REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCII • Enero-Febrero • Núm. 753

REVISTA CRÍTICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año XCII • Enero-Febrero 2016 • Núm. 753

REVISTA BIMESTRAL

Todos los trabajos son originales.
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
www.revistacritica.es
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 013296281

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28034 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 Gonzalo Aguilera Anegón
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

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

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

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Exdecano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz
Exdecano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Luis M.ª Cabello de los Cobos y Mancha
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de 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 Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Fernando Pedro
Méndez González
Exdecano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
Exdecano del Colegio de
Registradores de la Propiedad y
Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Cándido Paz-Ares Rodríguez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Gonzalo Aguilera Anegón
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Don Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina» / *Chattel which can have non-possessory pledges. Critical review of the doctrine* 11

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «Asuntos pendientes en el derecho de transmisión: el cónyuge viudo del transmitente y otros supuestos» / *What the Law Has Yet to Specify: The Widowed Spouse of the Owner and Other Cases* 75

PARDO NÚÑEZ, Celestino Ricardo: «Hipoteca flotante: selección de los créditos asegurados» / *Floating mortgage: selection of guaranteed credits* 125

TORRELLES TORREA, Esther: «La elección del orden de los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la Ley de Registro civil 2011» / *The choice of the order of surnames by parents and the criteria of determination in the absence of agreement in the Spanish Civil Registry of 2011* 185

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

CUCURULL POBLET, Tatiana: «La política de dividendos en la empresa familiar (A propósito de la reforma del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital)» / *Dividend Policy in the Family Business (The Reform of Article 348(2) of the Corporate Enterprises Act)* 225

GASPAR LERA, Silvia: «Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad» / *Matrimonial agreements in the legal property regime: private autonomy of spouses and Land Registry* 255

Págs.

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

ROSABAL ROBAINA, Yuniel: «Algunas consideraciones sobre el principio de prioridad registral en Cuba. Una visión desde el Derecho registral iberoamericano», *Some considerations on the principle of priority registration in Cuba. A view from the Latin American registry law* 287

SERRANO FERNÁNDEZ, MARIA: «Las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés: *Fixed charge* y *Floating charge:* su constitución y publicidad registral», / *Non-possessory security interests in English law: Fixed and Floating charge: attachment and perfection* 307

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES AND REGISTRIES

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO 353

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «Acogimiento residencial, suspensión del régimen de visitas del menor y su interés supremo / *Residential foster care of the minor, suspension of visitation, and its supreme interest*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 435

1.2. Derecho de familia:

— «La contribución a las cargas del matrimonio y la compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes» / *Contribution to charges of marriage and compensation for domestic work in the system of separation of property,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 449

Págs.

1.3. Derechos reales:

— «Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos o créditos hipotecarios (y II)» / *Controversial questions concerning the improper clauses included in lendings or mortgage loans (and II)*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 484

1.4. Sucesiones:

— «La sustitución fideicomisaria: notas sobre algunas cuestiones prácticas que plantea» / *Beneficiary substitution: determine its present-day utility*, por Patricia ESCRIBANO TORTAJADA..... 514

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Nuevamente sobre los grupos de contratos en el Crédito al Consumo: las aportaciones de la jurisprudencia desde la perspectiva de la Ley 16/2011, de 24 de junio de Crédito al Consumo» / *Again on the contracts groups in the Consumer Credit again: Jurisprudence contributions from the perspective of Law 16/2011 of June 24th of Consumer Credit*, por Georgina ÁLVAREZ MARTÍNEZ..... 535

1.6. Responsabilidad civil:

— «La ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito y la justicia restaurativa: sujetos pasivos y perjudicados por una amplia heterogeneidad de hechos delictivos» / *The law 4/2015, of the statute of the victim of the crime and the restorative justice: passive and other fellows for a heterogeneity of criminal facts*, por María FERNANDA MORETÓN SANZ 551

1.7. Concursal:

— «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores» / *Rescission of structural modifications in bankruptcy proceeding*, por María Luisa SÁNCHEZ PAREDES 578

2. MERCANTIL

— «Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria» / *Some Problems of Securitisation in Foreclosure,* por Francisco REDONDO TRIGO 599

Págs.

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

— «La inscripción de un proyecto de equidistribución tras la caducidad de la nota marginal de inicio del procedimiento» / *Registration of a plot-redivision proyect after the expiration date of the marginal note recording the commencement of the procedure*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN 620

4. DERECHO BANCARIO

— «Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia» / *Responsibility of financial entities in light of the Law 57/1968. Current positioning of the Jurisprudence*, por Mateo C. JUAN GÓMEZ 632

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades 651

ESTUDIOS

Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina

Chattel which can have non-possessory pledges. Critical review of the doctrine

por

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión de 1954 contiene una regulación bastante deficiente del objeto de estas garantías bajo el principio de doble taxonomía de bienes corporales susceptibles de cada una de las dos garantías típicas y en el entendimiento que los bienes registrables han de ser encuadrables en alguna de sendas listas de bienes «típicos». Este trabajo propone una interpretación «actualizadora» de la Ley que permita considerar que no existe un *numerus clausus* de bienes corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento; que es eventualmente posible pignorar bienes específicamente individualizados aunque lo habitual es que se graven como género y que, en fin, no es necesario que el bien radique en un cierto sitio o tenga definido un estable *status loci*. A continuación, se examinan críticamente los problemas típicos que presenta el anacrónico tratamiento de la base objetiva de esta garantía mobiliaria en la Ley de 1954 y a la luz de la experiencia comparada: la afortunada desaparición de la prohibición de dar en garantía bienes previamente gravados; los problemas derivados de la inexistencia

de una regla general de subrogación real y de la posible sujeción de conjuntos «dinámicos de bienes» descritos *sub specie universitatis*; la extensión objetiva sobre frutos, productos, mejoras y accesiones.

ABSTRACT: The 1954 Act on Chattel Mortgages and Non-Possessory Pledges provides quite inadequate regulations for the object of such guarantees under the principle of double taxonomy of tangible assets which can have one of the two typical guarantees, with the understanding that the registrable assets must fit in either list of «typical» assets. This paper proposes an «updated» interpretation of the Act, taking into account that there is no numerus clausus of tangible assets which can have non-possessory pledges and that it would be possible to pledge specific individual assets, although they are usually taxed because of their type and, anyway, they do not have to be based in a particular place or have a defined stable status loci. We will then provide a critical analysis of the typical problems of the anachronistic treatment of the objective basis for this chattel guarantee in the 1954 Act and in the light of the compared experience: the fortunate disappearance of the prohibition to provide previously taxed assets under guarantee; the problems due to the non-existence of a general rule on secured subrogations and to which the «dynamic groups of assets» are possibly subject, as described sub specie universitatis; and the objective extent over results, products, improvements and accessions.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca mobiliaria. Prenda sin desplazamiento de la posesión. Reipersecutoriedad. Bienes muebles registrables. Subrogación real. *Universitas facti*.

KEY WORDS: Mortgage chatel. Non-possessory pledge. Right of pursuit. Registrable chattel. Secured subrogation. Universitas facti.

SUMARIO: I. BIENES (CORPORALES) HIPOTECABLES Y PIGNORABLES BAJO LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO.—II. EL SUPUESTO REQUISITO DE LA IMPERFECTA IDENTIFICABILIDAD DE LOS BIENES SUSCEPTIBLES DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO: 1. Bienes fungibles y determinación genérica del objeto del gravamen. 2. Eventualmente, pueden sujetarse a prenda sin desplazamiento bienes perfectamente individualizados pero que, sin embargo, no tienen encaje en la lista legal de los hipotecables. 3. Conclusión.—III. EL SUPUESTO PRINCIPIO DE TIPICIDAD DEL OBJETO DE LA GARANTÍA MOBILIARIA.—IV. REVISIÓN CRÍTICA DE LA CUESTIÓN RELATIVA A LA SUPUESTAMENTE NECESARIA FIJACIÓN DE UN *«STATUS LOCI»*

DEL BIEN GRAVADO: 1. El peso dogmático de la tradición romanista. 2. La supuesta necesidad de la fijación del *status loci* en la prenda sin desplazamiento de la Ley de 1954. 3. Las diversas funciones del *status loci* en la dinámica del derecho real de prenda sin desplazamiento. 4. Inexistencia de un deber legal de fijar un *status loci* cuando no sea posible/no convenga establecerlo. La correspondencia entre el *status loci* fijado en el título y en la inscripción y la localización actual del bien gravado no es un requisito para la existencia del gravamen. 5. Revisión crítica del sentido del *status loci* en el estado actual de la técnica.—V. LA AFORTUNADA DESAPARICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DAR EN PRENDA BIENES PREVIAMENTE GRAVADOS.—VI. LA INEXISTENCIA DE UNA REGLA GENERAL DE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA PRENDA A BIENES SUBROGADOS EN EL LUGAR DE LOS PREVIAMENTE GRAVADOS («PROCEEDS»).—VII. PRENDA SOBRE BIENES FUTUROS: 1. La posibilidad de dar en prenda sin desplazamiento bienes futuros corporales («*AFTER-ACQUIRED PROPERTY*»). 2. El problema de la determinación de la extensión objetiva del gravamen mobiliario sobre los bienes de reemplazo en «conjuntos dinámicos». 3. Eficacia (en principio retroactiva) frente a terceros del gravamen sobre cosa futura.—VIII. MEJORAS, FRUTOS Y EXTENSIÓN A PARTES INTEGRANTES/PERTENENCIAS.

I. BIENES (CORPORALES) HIPOTECABLES Y PIGNORABLES BAJO LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Por diversas razones que son largas de examinar, suele darse por sobreentendido que ciertos bienes muebles corporales —o ciertas categorías de bienes muebles corporales— no pueden considerarse aptos para soportar gravámenes inscribibles en un registro público de bienes muebles y, menos aún, para acceder a un registro público de titularidades[1]. No obstante lo anterior, el perímetro de «lo registrable» (es decir: los «bienes muebles registrables») parece estar llamado a ampliarse con el avance de la técnica, de la industrial y de la jurídica. El Derecho comparado nos muestra que las razones que en su día justificaron algunas exclusiones de ciertos bienes muebles del sistema mobiliario registral deben ser profundamente revisadas.

Para FERRARA Jr., autor de la clásica monografía sobre hipoteca mobiliaria en que se formula, por primera vez, con todo rigor, la novísima categoría jurídica de «bien mueble registrable» (o, para él, bien mueble «registrado») sus notas distintivas serían las tres siguientes: (i) Un *notable valor económico* del bien; (ii) Su estabilidad: una *existencia duradera*, que les haga susceptibles de un uso reiterado y, por fin, (iii) Una *individualidad autónoma* que les identifique y diferencie de los otros objetos de la misma especie[2]. Otros autores añaden

o quitan requisitos. A juicio de VALLET DE GOYTISOLO, por ejemplo, la condición de registrable requiere de solo dos requisitos: la cosa en cuestión ha de gozar de determinada cualidad física que permita su individualización (*identificabilidad registral*) y, en fin, su intrínseco valor: el comercio jurídico no puede quedar perjudicado por la carga de examinar el contenido del registro[3].

Así las cosas, contrástense estos propósitos con el amplísimo elenco de bienes registrables que pueden funcionar como «collateral» en el & 9 UCC[4] norteamericano, que un tratadista[5] ha sistematizado así:

a) Bienes («goods»): bienes destinados al consumo personal o familiar («consumer goods»); productos agrícolas y ganaderos («farm products»); mercaderías («inventory»); bienes de equipo («equipment»); pertenencias inmobiliarias («fixtures»); accesiones a bienes muebles («accessions»).
b) Títulos valores y de legitimación («indispensable paper»): títulos de tradición («bill of lading»; «document of title»; «warehouse receipt»); efectos de comercio («draft», «check», «certificate of deposit»); valores negociables («stocks», «bonds» …).
c) Derechos incorporales («intangibles»).
d) Bienes subrogados («proceeds»).
e) Otros: madera dispuesta para ser talada, minerales, vehículos de motor, dinero, etc.

La *Guía legislativa sobre operaciones garantizadas* del UNCITRAL del año 2010 (UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transactions*) que ha elaborado aquella organización bajo los auspicios de las Naciones Unidas señala entre las exigencias básicas de todo régimen eficiente de garantías mobiliarias «que debe quedar garantizada la más universal de las coberturas; de manera que el sistema permita la financiación del más amplio espectro de deudores, de operaciones de crédito y de categorías de bienes y derechos susceptibles de gravamen». No se contemplan inconvenientes especiales, antes al contrario, se recomienda, la publicidad registral de bienes no susceptibles de perfecta identificación (como son los bienes fungibles), las universalidades, los bienes futuros, las pertenencias inmobiliarias … e incluso los mismos créditos (bienes incorporales)[6]. Se sigue aquí, como en tantas otras cosas, en cuanto a la extensión objetiva quasi-universal del «collateral» la experiencia del sistema norteamericano de garantías mobiliarias del famoso Article 9 del Uniform Commercial Code norteamericano (en adelante: UCC[7]).

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de 8 de febrero de 2002, que sigue de cerca el modelo del UCC, contiene un elocuente artículo 2 & 1 que merece ser citado en su versión española y que dice así: *«Las garantías mobiliarias a que se refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre unos o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de*

bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea titular de la propiedad».

El principio básico de la transparencia, y la necesidad de formular jurídicamente un régimen claro y predecible de reglas de prioridad (principios estos claves de todo sistema eficiente de garantías mobiliarias), pueden exigir del legislador el establecimiento de un registro de ciertas de estas garantías no posesorias (*«non-possessory»*) como instrumento privilegiado y preferente de oponibilidad de las así constituidas frente a los terceros. Si repasamos el Derecho comparado y los más modernos sistemas registrales a la luz de las recomendaciones de la citada Guía legislativa encontramos que las razones para justificar la exclusión de ciertos bienes o categorías de bienes del registro siempre obedecen a sopesadas razones técnicas.

Ello no obstante, la publicidad no es universal: no siempre la oponibilidad ha de descansar en la publicidad registral. Los estudiosos del sistema del UCC norteamericano nos dicen que junto a una «perfección registral» existen otras formas de «perfección»: la «perfección automática» o por mandato legal; la perfección por el desplazamiento posesorio; la perfección por el «control»[8]. Existen supuestos en que la preferencia es extra-tabular:

I. En los *privilegios legales,* en que la fuente exclusiva de la prioridad es la Ley. Esta puede considerar innecesario que el crédito en cuestión cumpla con especiales requisitos de publicidad (privilegios ocultos o hipotecas «tácitas»);

II. En la *prenda manual o tradicional,* en que la oponibilidad descansa en la «publicidad posesoria» amén del cumplimiento del perturbador requisito formal del instrumento público (cfr. art. 1865 del Código Civil);

III. En los supuestos de *incorporación del derecho al título* y, en general, en los casos que la doctrina norteamericana denomina de «perfección por el control»[9], porque se constituye una situación fáctica de apariencia quasi-posesoria que permite una inmovilización análoga a la conseguible con el traspaso posesorio. Por ejemplo: en la pignoración de los saldos de una cuenta de crédito bajo el régimen de las «garantías financieras» del Real Decreto-ley 5/2015 si la entidad financiera es el mismo acreedor o queda eficazmente constituida en la obligación de inmovilización del saldo en interés del acreedor garantizado[10].

En todo moderno sistema registral, pues, es inevitable deban resolverse los problemas de colisión entre derechos inscribibles (oponibilidad por la inscripción) y derechos no inscribibles (oponibles sin publicidad registral).

De cualquier manera, por muy poco justificadas razones de seguridad jurídica, quiso el legislador de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipo-

teca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (de aquí en adelante: LHMyPSD o sencillamente «la Ley») establecer un sistema cerrado —o *numerus clausus*— de bienes muebles registrables que necesariamente deberían ser encuadrables en una doble lista legal[11]. En palabras de la Exposición de Motivos de la venerable Ley de 1954: *«Por tratarse de una regulación nueva, se ha estimado indispensable fijar con exactitud y de un modo completo los bienes sujetos a hipoteca mobiliaria y a prenda sin desplazamiento»*.

Lo dice claramente la Ley en su propio artículo 1 & 1 *in fine*: solamente *«podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre los bienes enajenables que, respectivamente, se mencionan en esta Ley»*. A saber: los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria de un lado (art. 12 LHMyPSD); y los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento, del otro (arts. 52 a 54 LHMyPSD).

Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento se excluyen en cuanto a su objeto respectivo; lo que se nos dice doblemente, tanto en sede de hipoteca mobiliaria como en sede de prenda sin desplazamiento:

I. De un lado, no pueden hipotecarse los bienes que pueden darse en prenda sin desplazamiento *ex* artículos 52 a 54 Ley (cfr. art. 12 *in fine* LHMyPSD);

II. De otro lado, no puede constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes que pueden hipotecarse *ex* art 12 Ley (cfr. art. 55.1 LHMyPSD).

No cabe la menor duda que el sistema de la Ley de 1954 es manifiestamente anacrónico (está pensado en una economía tradicional, con un sector agropecuario fuerte) y muy poco eficiente. *La heterogeneidad de los bienes muebles registrables no justifica en modo alguno la perturbadora distinción entre dos categorías de garantías reales sin desplazamiento posesorio*: hubiera sido más sencillo regular una sola garantía y establecer la excepción de reipersecutoriedad o las reglas especiales que correspondan en materia de prioridad cuando procediera.

En principio, los bienes que no sean hipotecables —que no puedan darse en hipoteca mobiliaria— solamente pueden constituirse en prenda sin desplazamiento si, además de no ser hipotecables, *encajan dentro de alguna de las categorías típicas de bienes pignorables de los artículos 52 a 54 (cfr. art. 12* in fine *LHMyPSD)*. El sistema legal de la doble taxonomía del objeto posible de las garantías mobiliarias típicas parece no agotar el universo de todos los posibles bienes corporales que puedan existir en la naturaleza: dado el principio de tipicidad, puede conjeturarse la posible existencia de bienes corporales que no encuentren cabida en ninguna de las dos listas y que por ende no sean susceptibles de gravamen mobiliario registral.

Empecemos por indicar, en cuanto a la primera modalidad de garantía registral mobiliaria, la hipoteca mobiliaria, que la enumeración legal de bienes hipotecables carece de coherencia o de sano criterio inspirador.

En la lista del artículo 12 LHMyPSDPS encontramos como hipotecables cosas ciertamente heterogéneas[12]:

- Se menciona en la lista un bien mueble de entre los que podemos denominar «bienes registrables perfectos»: bienes destinados a inscribirse en una sección del Registro de Bienes Muebles en que se hacen constar no solo las cargas sino todas las situaciones jurídico reales; el Registro funciona como verdadero Registro de la Propiedad Mueble (el bien registrable perfecto está sujeto a una Ley de circulación tabular completa). Me refiero, claro es, a las aeronaves (cfr. art. 12.3.º). La inclusión de las aeronaves civiles en la lista de la LHMyPSD solo se justifica por la inexistencia de una Ley especial de Hipoteca de aeronaves a diferencia de lo que tradicionalmente ocurría con la Hipoteca Naval en relación con los buques (*vid*. ahora los arts. 126 y sigs. LNM). El registro de aeronaves no es un registro solo de gravámenes sino que funciona de manera equivalente a lo previsto para los buques en la «Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles» (arts. 67 a 77 LNM). Así resulta ahora con claridad de lo que se establece en el Real Decreto-ley 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles.
- Son hipotecables ciertos «bienes incorporales» objeto de «matrícula administrativa» y que, excepcionalmente, se consideran aptos para soportar una hipoteca mobiliaria inscrita en un registro de gravámenes distinto del correspondiente registro de derechos. Se trata de los derechos de propiedad industrial e intelectual (art. 12.5.º LHMyPSD).
- Se mencionan también dentro de la lista de los hipotecables a ciertos bienes muebles sujetos a una Ley de «circulación registral-administrativa» como son los vehículos de motor (y los vagones de ferrocarril): artículo 12.2.º.
- Puede hipotecarse una pluralidad de bienes registrables que se gravan en su conjunto bajo la cobertura única del instituto conocido como «hipoteca de establecimiento mercantil» (art. 12. 1.º).
- En fin, puede hipotecarse la «maquinaria industrial» del artículo 12.4.º LHMyPSD: bienes muebles específicos que cuentan con afección «pertenencial» a una empresa «industrial o minera». La Ley permite gravar con una sola hipoteca mobiliaria (=sin distribución de responsabilidad) una pluralidad de máquinas siempre que todas ellas estén afectas a una industria y aunque esa empresa se desarrolle en diferentes locales.

Algo semejante en cuanto a incoherencia del criterio legal subyacente a la «registrabilidad» bajo prenda registral puede decirse de los bienes que pueden darse en prenda sin desplazamiento. En la práctica, la lista legal de bienes pignorables que se infiere de la regulación contenida en los artículos 52 a 54 LHMyPSD funciona como un verdadero «cajón de sastre» (enumeración resi-

dual): se trata *prima facie* de bienes de menos perfecta, y variable, identificabilidad registral que los hipotecables. La única «coherencia» que presenta la Ley en este punto es una cierta coherencia con la tradición histórica: el artículo 52 sucede a la vieja «prenda agrícola» del viejo Título Primero del Real Decreto de 22 de septiembre de 1917[13]; el artículo 53 a la «prenda industrial» de la Ley de 17 de mayo de 1940; el artículo 54 recoge de la legislación anterior del Código Civil —los viejos artículos «bises» del Código Civil intercalados por la Ley de 5 de diciembre de 1941— una modalidad de garantía sobre conjunto de bienes de valor artístico (es decir: sin adscripción a un fin empresarial sino doméstico o de recreo).

En fin, la Ley parece exigir del título constitutivo de la prenda sin desplazamiento y dentro de su contenido mínimo, la expresión del «inmueble en que se situaren los bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito» (art. 75 Segundo LHMyPSD); mientras que nada se dice al respecto para la escritura de constitución de hipoteca mobiliaria en el artículo 13 de la Ley.

En razón de todo lo anterior, la doctrina suele señalar *hasta tres características que permiten cualificar a ciertos de entre los bienes muebles corporales para que puedan considerarse susceptibles de ser dados en prenda sin desplazamiento*: 1.º) Supuestamente, los pignorables son bienes muebles que no son suspectibles de una *perfecta identificabilidad registral*; 2.º) Parece que los pignorables deben tener en todo caso su encaje legal en alguna de las categorías típicas de bienes de los artículos 52 a 54 de la Ley; 3.º) Aparentemente, los bienes registrables bajo prenda sin desplazamiento deben contar con una ubicación o *status loci* so pena de que la eventual garantía constituida sobre los mismos no sea inscribible en el Registro de Bienes Muebles.

Me propongo en los apartados siguientes de este trabajo criticar estos tres postulados «tradicionales» por entenderlos carentes de justificación en Derecho positivo vigente: porque eventualmente es posible que se den en prenda sin desplazamiento bienes individualmente especificados; porque la tipicidad legal no produce *de facto* ninguna exclusión de ninguna categoría relevante de bien atípico; porque la determinación de un *status loci* no es requisito de constitución de la prenda sin desplazamiento.

A continuación, examino críticamente los problemas típicos que presenta el anacrónico tratamiento la base objetiva de esta garantía mobiliaria en la Ley de 1954 y a la luz de la experiencia comparada: la afortunada desaparición de la prohibición de dar en garantía bienes previamente gravados; los problemas derivados de la inexistencia de una regla general de subrogación real y de la posible sujeción de conjuntos «dinámicos de bienes» descritos *sub specie universitatis;* la extensión objetiva sobre frutos, productos, mejoras y accesiones. No estudiaré en este trabajo la vidriosa cuestión de las garantías reales impuestas sobre pertenencias inmobiliarias (los «fixtures») y las prendas sin desplazamiento sobre créditos, temas a los que he dedicado estudio monográfico en el pasado.

II. EL SUPUESTO REQUISITO DE LA IMPERFECTA IDENTIFICABILIDAD DE LOS BIENES SUSCEPTIBLES DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Por la simple lectura superficial de la doble lista de bienes muebles registrables —no digamos de la atenta lectura de la elocuente Exposición de Motivos—, al intérprete le resulta fácil constatar el criterio seguido por el legislador: para el redactor de la Ley *debe estarse a la más o menos perfecta identificabilidad registral de los bienes que constituyen el objeto del gravamen… y a la presencia o a la ausencia de reipersecutoriedad frente a tercer adquirente de las garantías reales sobre ellos impuestas*.

Los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria son aquellos bienes, se nos dice, que *«en el actual estado de Derecho»* son de fácil identificación y, por tanto, pueden soportar garantías mobiliarias que comportan el derecho de reipersecutoriedad. Tales bienes permiten una garantía *«más perfecta»* con inherente facultad de *«ser perseguidos por acción real ilimitada»* (cfr. Exposición de Motivos de la Ley); facultad derivada del hecho de que la hipoteca mobiliaria *«sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida»* (cfr. art. 16 LHMyPSD). Por el contrario, los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento son bienes de imperfecta identificación registral *«por sus cualidades específicas, por lo que, ante su fácil desaparición, transformación o confusión, los procedimientos ejecutivos, especialmente ágiles y rápidos, han de procurar de modo inmediato la reintegración posesoria al acreedor»* (cfr. también, en la misma Exposición de Motivos.

Esta diferencia en el grado de identificabilidad registral de sendas garantías típicas *se traduce en sendas técnicas registrales muy diferentes en lo que hace a la llevanza del Registro de Bienes Muebles*: mientras a cada uno de los bienes hipotecados se le abre folio registral propio (*sistema de folio real* independiente por bien hipotecado *ex* arts. 74.1 Ley y 23 Reglamento); en la prenda sin desplazamiento se sigue el sistema del *«folio contractual»* (un folio abierto a cada contrato de garantía aunque se refiera a una pluralidad de bienes pignorados *ex* arts. 74.2 Ley y 30 del Reglamento). En hipotecas se llevan índices por personas (acreedores e hipotecantes) y bienes hipotecados (lo que presupone la indexación real por tipos o categorías de bienes), mientras que en la prenda no se llevan índices por categorías de bienes (lo que presupone que la búsqueda de la garantía debe ser por acreedor o pignorante): cfr. artículo 8 reglamento.

Sin embargo, me propongo demostrar que no es rigurosamente cierto, como a veces se sostiene, que la Ley prohíba constituir prenda sin desplazamiento sobre bienes muebles que sí son susceptibles de perfecta identificación registral.

1. Bienes fungibles y determinación genérica del objeto del gravamen

Empecemos por señalar que la condición que se predica de ciertos bienes muebles de ser susceptibles de prenda sin desplazamiento *no es fruto de una supuesta cualidad intrínseca o física del bien en cuestión*. La posibilidad de gravamen de un concreto bien bajo alguna de las formas típicas de garantía real mobiliaria depende no tan solo, o no solo exclusivamente, de las características físicas del bien en cuestión *sino también, y fundamentalmente, de la voluntad de las partes en la configuración del concreto negocio jurídico de garantía en atención al destino o fin que quiera imprimirse al bien*. Dicho en claro: un mismo bien —que acaso sea susceptible de una perfecta identificabilidad *in abstracto*— puede darse en garantía mobiliaria en muy diversas condiciones y regímenes jurídicos típicos de sujeción al gravamen según interese a las partes.

La doctrina científica mayoritaria distingue entre bienes fungibles y bienes genéricos[14].

Cosas fungibles son las que pueden sustituirse unas por otras a la vista de su indistinguibilidad en el tráfico jurídico. La fungibilidad es, entonces, una cualidad (objetiva) de determinadas categorías de bienes, cualidad que se infiere de la común o general consideración social de los mismos bienes. Por lo tanto, la determinación de la cualidad de «fungible» que una cosa tiene queda sustraída a la valoración individual y a la autonomía de la voluntad. Los textos romanos hablaban de cosas *quae pondere, numero, mensurare consistunt* (Inst. 3, 14).

En cambio, *el género* no es algo que se encuentre en la naturaleza sino que constituye un constructo mental o determinación negocial (una suerte de «fungibilidad subjetiva»). Se habla entonces de «determinación genérica» de ciertos bienes en la medida que una prestación se refiere a cosas que solamente se consideran como objeto de la obligación o sujetas a un gravamen por referencia al género al que pertenecen o en el que se encuadran.

Como no son conceptos coincidentes, de aquí se deriva la posibilidad, de un lado, que una cosa fungible sea considerada como cuerpo cierto y determinado (por ejemplo: el vino que se encuentra y envejece dentro de una determinada cuba) y, de otro lado, inversamente, que cosas no fungibles puedan estar consideradas como bienes determinados genéricamente (una piara de cerdos frente al animal en concreto con la especificación individual que sea).

Una máquina —también un cierto vehículo— puede considerarse el ejemplo paradigmático de bien hipotecable por su perfecta identificabilidad registral y no en vano puede sujetarse específicamente al gravamen como tal bien individual según resulta del título y se hace constar en el Registro con indicación de las «*características de fábrica, número, tipo y cuantas peculiaridades contribuyan a su identificación*» (art. 43 LHMyPSD). Criterio este de identificabilidad registral que viene a coincidir con el seguido en la legislación de venta de bienes muebles a plazo en cuanto toca a la definición de lo que se entiende por «bienes identificables»:

«todos aquellos en los que conste la marca y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales, o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes» (art. 2 LVPBM y art. 8 Ordenanza). Sin embargo, a las partes puede no interesar o convenir sujetar individualmente la máquina al gravamen —con la consiguiente potencial reipersecutoriedad de la garantía inscrita frente a terceros— sino como si de una mercadería se tratare (imaginemos el *«stock»* de máquinas ubicadas en un establecimiento de venta de artefactos o un «stock» de vehículos no matriculados en un concesionario) o, sin reipersecutoriedad individual de cada bien, como parte de un conjunto dinámico de bienes corporales no identificados individualmente (por ejemplo, si se dijere: todo el utillaje de una industria o comercio que se encuentra dentro de la tienda, taller o establecimiento).

De hecho, se queda corto el redactor de la Exposición de Motivos cuando nos llama la atención sobre las diferentes formas posibles de configurar la garantía real sobre la maquinaria.

Para resolver la cuestión de si un determinado bien puede/debe darse en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento no basta atender a la naturaleza del bien sino que habrá, también, de considerarse la función del bien tal y como esta se quiere por las partes y se describe en el contrato de garantía en atención a su destino o aplicación previstos o previsibles.

Se queda, por ello, corto el redactor de la Exposición de Motivos cuando nos pone en guardia sobre las diversas posibilidades de gravamen de un mismo bien. Un motor, por ejemplo, puede gravarse (y solo cito los casos obvios):

a) Como pertenencia del establecimiento en la *hipoteca de establecimiento ex* artículo 21 b) LHMyPSD El legislador parece no solo contemplar la posible sujeción de la maquinaria en cuanto bien individualmente identificado (lo que exige identificar cada máquina) sino, alternativamente, como parte de un conjunto, como si se dijere «todas las que existen en el establecimiento y a su servicio» (identificación sub specie universitatis). Las consecuencias jurídicas de una u otra forma son bien distintas en lo que hace a la reipersecutoriedad del gravamen que solamente es posible en el primer caso.

b) Como objeto de *hipoteca de maquinaria industrial ex* artículo 42 LHMyPSD y con necesaria y exigente individualización (*vid*. las RRDGRN de 16 de noviembre de 1972, 6 de octubre de 1994, 16 de noviembre de 1998, 5 de mayo de 2000, 23 de febrero de 2005 y 23 de abril de 2014).

c) Como bien susceptible de prenda *sin desplazamiento de maquinaria* del artículo 53.1.º LHMyPSD, cuando faltan los requisitos de afección pertencial a una empresa censada exigidos por el artículo 42 LHMyPSD.

d) Como *mercadería (imaginemos en una tienda de venta de motores) en hipoteca de establecimiento con cláusula de extensión ex* artículo 22 LHMyPSD o en prenda sin desplazamiento del artículo 53.2.º LHMyPSD.

e) Como *materia prima* (imaginemos un motor en la cadena de fabricación de automóviles de una empresa industrial), *susceptible de prenda sin desplazamiento ex* artículo 53. 2.º LHMyPSDPS o en *hipoteca de establecimiento con cláusula de extensión ex* artículo 22 LHMyPSD.

f) Como bien de uso doméstico (una máquina para el jardín de casa), susceptible de prenda sin desplazamiento *ex* artículo 54 LHMyPSD en relación con el artículo 70. 4.ª.

g) Como *objeto de venta a plazos o leasing* en contratos sujetos o no a la Ley especial.

h) Como pertenencia en *hipoteca inmobiliaria* con cláusula de extensión del artículo 111. 1.º LH

i) Como *pertenencia de buque o aeronave* susceptible de ser gravada con la hipoteca respectiva: hipoteca naval e hipoteca mobiliaria, respectivamente.

El ejemplo de las máquinas que se dan en prenda como bien específico —no se determinan genéricamente como objeto de gravamen mobiliario— no es singular. Otro tanto pasa o puede pasar con las demás categorías de bienes pignorables. Un animal, por ejemplo, suele considerse como prototipo de bien genérico. Sin embargo, nada obsta a su consideración como cuerpo cierto individualmente identificado en su gravamen: no es lo mismo dar en prenda un ganado, un rebaño o una piara… que se grave el caballo «Lucero» y la yegua «Lucita». La Ley considera a todos los animales como bienes susceptibles de ser dados en prenda sin ulterior distinción (cfr. art. 52 Tercero LHMyPSD… sin necesidad de que que se graven dentro de la piara, rebaño, yunta, etc.).

Un bien típicamente fungible como es el vino puede quererse gravar como bien específico. Supongamos que quiere gravarse el vino que envejece en las cubas perfectamente identificadas en cierta bodega y compárese este supuesto con el gravamen de las mercaderías destinadas a la reventa. Las mercaderías circulan conforme a su destino (el conjunto permanece pero con entradas y salidas y con obligación de mantener y reponer) pero en el gravamen sobre el vino las partes no contemplan su circulación ni su reemplazo.

2. Eventualmente, pueden sujetarse a prenda sin desplazamiento bienes perfectamente individualizados pero que, sin embargo, no tienen encaje en la lista legal de los hipotecables

Dicho todo lo anterior, *no es rigurosamente cierto, como algunos pretenden que el único modo existente en Derecho español de «sujetar directa e inmediatamente» a una garantía registral mobiliaria un bien corporal que interesa gravar como perfecta e individualmente identificado sea mediante hipoteca mobiliaria*.

En el modelo legal de doble garantía, con sistema tasado de doble lista de bienes susceptibles del respectivo gravamen, la hipoteca mobiliaria parece responder al esquema de gravamen sobre bien específico individualmente identificado y la prenda sin desplazamiento al de gravamen sobre un bien genérico (cierta cantidad de cosas fungibles que se gravan por su número, medida, peso, calidad y situación) o de una pluralidad dinámica de bienes corporales que se gravan como tal conjunto …sin identificación individual de cada bien que lo compone. O, como dice la doctrina romanista: que son pignorados *sub specie universitatis*.

A estos efectos, se establecen en la Ley dos grupos de normas específicas de cada gravamen junto a las «disposiciones comunes» a sendas figuras y contenidas en los artículos 1 a 11 de la Ley: las «disposiciones generales de la hipoteca mobiliaria» (arts. 12 a 18) y las reglas particulares de la prenda sin desplazamiento que siguen al catálogo de bienes pignorables (arts. 55 a 66). Pues bien: como consecuencia del rigor del sistema de *numerus clausus* de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y doble lista de bienes, puede parecer *a priori* que no es posible constituir una prenda sin desplazamiento con individualización del gravamen sobre un bien cierto y específico.

Esto plantea problemas serios de coherencia y sistemática como se ve claramente con algunos ejemplos.

De acuerdo con la lógica de la clasificación, la maquinaria que se quiere dar en garantía como objeto específico de gravamen mobiliario debería, en principio, poderse sujetar exclusivamente a hipoteca mobiliaria *ex* artículo 12 Cuarto (en relación con lo que se establece en los arts. 42 y sigs. de la Ley). Sin embargo, los requisitos que se exigen de la maquinaria en la Ley para su hipotecabilidad mobiliaria son en la práctica muy restrictivos. Aunque interesare a las partes que la maquinaria en cuestión quedase determinada individualmente como objeto específico de gravamen, si hemos de seguir el tenor literal de la ley, no podrá hipotecarse… por la simple circunstancia de que el destino al que se aplica no es el industrial (maquinaria destinada a la agricultura, servicios, consumo), acaso por faltar una adscripción pertenencial a un establecimiento (la doctrina de la DGRN es muy rigurosa a este respecto pues exige la localización estable de la máquina en un establecimiento) o, incluso, en fin, por el simple incumplimiento de una norma administrativa (falta el alta censal).

Ante esta situación caben dos soluciones: o dichos bienes, específicamente gravados, se reputan hipotecables por analogía (por estar identificados en su determinabilidad) aunque no se incluyan en la lista legal; o se consideran alternativamente como bienes susceptibles de pignoración, al ser la prenda la garantía mobiliaria «residual» de los bienes no hipotecables. El legislador sigue claramente esta segunda opción.

Obsérvese que la opción por una u otra categoría de garantía mobiliaria típica puede no ser trivial por cuanto su respectivo régimen sustantivo y registral

(*vid*. supra) es acaso diferente: si se grava el bien con hipoteca existe reipersecutoriedad franca o plena contra tercero adquirente (el art. 16 Ley enerva la aplicación del art. 464 del Código Civil; no existe adquisición *a non domino* del tercero de buena fe ni siquiera usucapión liberatoria *contra tabulas* en los términos prohibidos a la misma por el art. 36.4 LH) mientras que si se pignora el mismo bien, aunque el bien pignorado estuviera individualizado en el contrato de garantía (no se diera como genérico o parte de un conjunto), existe débil reipersecutoriedad porque puede aparecer un tercero de buena fe protegido por el artículo 464 del Código Civil que adquiera el bien libre de cargas o que prescriba *contra tabulas*.

Tenemos así el tradicional «problema de los tractores» suscitado en su día por LACRUZ BERDEJO. Los tractores, remolcadores, etc. que se emplean en las faenas agrícolas normalmente incumplen alguno de los requisitos para su hipotecabilidad exigidos por los artículos 42 y siguientes Ley para la hipoteca de *maquinaria industrial;* además, si se emplean exclusivamente dentro de una explotación pueden carecer de matrícula conforme a la normativa de tráfico (= no son hipotecables como «vehículo de motor» *ex* art. 12 Segundo en relación con los arts. 34 y sigs. Ley). Aunque LACRUZ opta entonces por la solución científicamente coherente de entender a los tractores como bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria (por analogía al supuesto de hecho y en atención a su posible individualización), me parece claro que el legislador sigue el camino de encuadrarlos dentro de la prenda sin desplazamiento agrícola *ex* artículo 52.4 LHM.

La máquina, cualquier máquina, que no sea hipotecable pueda sujetarse al menos como bien perfectamente individualizado a una prenda sin desplazamiento. La doctrina no siempre parece advertir que tanto en la hipoteca de establecimiento con extensión legal a maquinaria *ex* artículo 21 b) LHMyPSD como en la propia prenda sin desplazamiento sobre maquinaria *ex* artículo 53. Primero LHMyPSD son posibles dos formas diferentes de sujeción a gravamen: con individualización/reipersecutoriedad y sin individualización y sin reipersecutoriedad (constitución *sub specie universitatis*). Lo mismo vale para las máquinas de reemplazo: los bienes futuros pueden quererse sujetar como bien específico o con determinación genérica[15].

Semejante cosa ocurre con los animales o con los bienes de colección que pueden ser pignorados en su individualidad específica.

Es bien sabido que animales y bienes de colección pueden darse en prenda sin desplazamiento *ex* artículo 52. Tercero y artículo 54 LHMyPSD, respectivamente. Pues bien, aunque el legislador presupone que los animales se gravan «como género» o formando parte de un rebaño, piara, yeguada… o en su conjunto (el viejo *pignus gregis* del Dig 20, 1, 13) y lo mismo pasa con los bienes de colección, que suelen ser gravables como un todo dinámico, nada parece deba obstar a que las partes quieran sujetar a gravamen el concreto caballo pura

sangre «Lucero» o el «Monet» de la colección. Téngase presente que, con el actual estado de la técnica, y muy especialmente con la rigurosa normativa que existe en materia de trazabilidad animal y de productos agro-alimentarios, es posible y hasta obligatorio identificar bienes que el legislador del siglo pasado consideraba de muy difícil/imposible identificación individual (*vid*. infra). En el extremo, una piara de cerdos o de vacas puede gravarse en su conjunto y sin individualizar la res (como si se dijere, todos los animales que hubiere en tal cuadra, establo, cochiquera…) o, incluso, bien a bien identificado por sus respectivos crotales. Porque los crotales —o el sistema de identificación correspondiente del perro o del gato como animales domésticos— funcionan a estos efectos como un número de serie que se inserta de forma indeleble o inseparable en el animal lo que permite excluir su confusión con otros animales de la misma especie aunque estén juntos. Y lo mismo cabe decir de un cierto cuadro, escultura, medalla, etc… que pueden incluso estar catalogados administrativamente.

Además, como no obliga la Ley a distribuir la prenda por bienes o grupos de bienes gravados de diferente naturaleza, pueden darse en garantía mobiliaria, dentro del mismo conjunto, bajo la misma prenda, algunos bienes corporales que se sujetan específicamente a la garantía junto a otros que se gravan en su determinación genérica.

Tomemos el supuesto examinado en la RDGRN de 2 de abril de 2013 en que se pretendió constituir una hipoteca mobiliaria de maquinaria industrial sobre ciertos bienes que sí se individualizaban separadamente con los datos correspondientes a cada uno de ellos. Al conjunto de tales máquinas se pretendieron agregar dentro de la misma hipoteca de maquinaria hasta 56 objetos inventariados conjuntamente en una lista y sin la necesaria identificabilidad individual exigible para la hipoteca de maquinaria (se hablaba de «escalera doble de seis peldaños, mini amoladora, polipasto eléctrico, etc…). El Centro Directivo desestimó el recurso y dio razón al registrador en el entendimiento de que la hipoteca mobiliaria hubiera exigido una singular individualización. En realidad, para solucionar este obstáculo hubieran podido constituirse dos garantías: una hipoteca mobiliaria sobre la máquina y una prenda sin desplazamiento sobre el resto. Pero también, hubiera podido constituirse una sola garantía mobiliaria bajo la forma de la prenda sin desplazamiento sobre todo el conjunto y de suerte que el bien principal estuviese perfectamente individualizado y el resto, con imperfecta identificabilidad.

3. Conclusión

Por todo lo visto anteriormente, en rigor no es exigible que los bienes que pretendan sujetarse a prenda sin desplazamiento sean bienes no específicamente determinados en el título constitutivo. Para que los bienes corporales sean

pignorables basta con que, aunque no se determinen genéricamente, no sean encuadrables dentro del artículo 12 LHMyPSD. Es decir: son pignorables los bienes que no sean hipotecables y aunque su grado de identificabilidad registral sea variable.

Como es lógico, que la determinación del bien pignorado no sea genérica debe traer consecuencias en cuanto a los efectos jurídicos que se siguen de las garantías regularmente constituidas. Así, en materia de reipersecutoriedad del bien dado en garantía, no es lo mismo una prenda sobre un conjunto dinámico o sobre bien determinado genéricamente que la prenda sobre bien singularmente identificado cuando del titulo se desprende con toda claridad que constituye voluntad de las partes la sujeción del bien individualmente considerado al gravamen (aunque estén sujetos a «mera» prenda sin desplazamiento pueden reivindicarse de quien, tercero, no esté tutelado por la protección del art. 464 del Código Civil o el art. 85 CCom) o en materia de conservación específica del bien (me parece, por ejemplo, aplicable al caso la «acción de devastación» del art. 18 LHMyPSD, por ejemplo, porque contempla la depreciación del bien específicamente gravado). Por simplificar mucho las cosas: en la hipoteca mobiliaria inscrita existe reipersecutoriedad plena porque la aplicación del artículo 16 Ley entraña la exclusión de tales bienes del ámbito de aplicación del artículo 464 del Código Civil; en la prenda sin desplazamiento sobre bien genérico no juega una reipersecutoriedad sobre cada bien miembro del conjunto porque existe una autorización expresa o implícita de enajenar o disponer los bienes como libres conforme a su circuito comercial o industrial; en la prenda sin desplazamiento sobre bienes individualizados existe una claudicante reipersecutoriedad (cuando falta la tutela del art. 464 del Código Civil). En los dos últimos casos, la pobre reipersecutoriedad se reequilibra por la habitual extensión del gravamen a los bienes subrogados y de reemplazo de los que se liberan del gravamen (*vid*. infra).

III. EL SUPUESTO PRINCIPIO DE TIPICIDAD DEL OBJETO DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Suele decirse que rige, al menos de manera formal, en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión, un principio de tipicidad legal en relación con el bien objeto del gravamen: solo pueden darse en hipoteca mobiliaria o en prenda sin desplazamiento los bienes muebles o categorías de bienes muebles que «se mencionan» o son susceptibles de inclusión en sendos catálogos legales. De ellos, los susceptibles de prenda sin desplazamiento, son solamente los que, sin ser hipotecables, se enumeran en los artículos 52 a 55 Ley.

Empecemos por indicar que no existen razones que justifiquen una opción restrictiva en materia de la determinación de bienes susceptibles de gravamen

hipotecario. Dicho de otra manera y como afirman con rotundidad estudiosos y textos internacionales: es tanto más ineficiente un sistema jurídico de garantías mobiliarias cuanto más numerosos y relevantes sean los supuestos de exclusión de la susceptibilidad de gravamen mobiliario. Sin razones graves de política legislativa debería permitirse gravar todos los bienes y derechos de contenido patrimonial y susceptibles de enajenación… aunque no estén en una lista. No convencen hoy los argumentos aducidos en su día por los redactores de nuestra Ley —que todavía lucen en su Exposición de Motivos— acerca de la «indispensable» necesidad de «fijar con exactitud y de modo completo los bienes sujetos a hipoteca mobiliaria y a prenda sin desplazamiento» (apartado «Naturaleza de la garantía»). Más aún, una vez que se admita una forma de garantía con «efectos débiles» sobre bienes de imperfecta identificación registral, no deberían excluirse ninguno de estos so pretexto de su escaso valor relativo, las mayores dificultades de identificación por sus cualidades específicas, su fácil desaparición, transformación, ocultación o confusión… y demás argumentos que suelen aducirse al uso.

Afortunadamente, no obstante el catálogo legal existente, *interpretada adecuadamente la Ley en atención a la realidad social y económica de cuando las normas se aplican, nuestra venerable Ley de 1954 no tiene por qué tener ninguna virtualidad excluyente de bienes no susceptibles de prenda*. Vamos a examinar con detalle las razones de la «otra posible interpretación» de la Ley y que nos conduce a negar la existencia del famoso *numerus clausus*.

La distinción que se hace en los primeros tres artículos del Título III, *De la prenda sin desplazamiento,* de la Ley en atención al tipo de empresa, «explotación» o destino a que se deben aplicar los bienes gravados obedece a razones históricas (la Ley sucede a y refunde, la vieja legislación separada de prenda agrícola y de prenda industrial), y carece hoy ya de relevancia práctica. Dicho en otros términos: *entiendo que puede construirse una interpretación razonable de la Ley para que ninguna categoría de bienes deba quedar excluida por el solo hecho del singular (o atípico) género de actividad/fin a que se dedican o destinan los bienes*. En atención a su destino o fin, todos los bienes corporales pueden quedar cubiertos por las normas legales contenidas en los artículos 52 y siguientes. Ello es posible *porque el artículo 53 de la Ley funciona como «primera cláusula de cierre» en relación con los bienes no hipotecables que no se destinan a la explotación de una actividad del sector económico primario y el artículo 54 LHMyPSD funciona como «segunda cláusula de cierre» en relación con el resto de los bienes no hipotecables que no se afectan a ninguna actividad económica*

Efectivamente, en relación con las distintas actividades a que se afectan o destinan los bienes quedan desde luego comprendidos en la Ley como susceptibles de prenda sin desplazamiento:

A) Bienes destinados a su circulación comercial o reventa (mercaderías almacenadas)

Las mercaderías —bienes destinados a la reventa— pueden ser gravadas como una parte de un conjunto y dentro de la modalidad típica de la hipoteca mobiliaria de establecimiento (que se extiende a ellas mediante pacto *ex* artículo 22 LHMyPSD) o bajo una autónoma prenda sin desplazamiento de «mercaderías almacenadas» *ex* artículo 53. 2.º LC. El vendedor a plazos de este tipo de bien, que no puede sujetar la financiación a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, puede no obstante aceptar en prenda las mercaderías en garantía del pago de su crédito (cfr. art. 2 *in fine* LHMyPSD).

El título constitutivo, escritura o póliza, debe describir las mercaderías que se pignoran, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que permiten identificar sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes las que componen el conjunto en cada momento (art. 57.1.º LHMyPSD). La Ley requiere se trate de «mercaderías almacenadas»: es necesario precisar el *status loci* donde se encuentran y donde no pueden ser desplazadas sin consentimiento del acreedor (cfr. art. 60 LHMyPSD). Por eso deberá determinarse en el título de constitución la tienda o establecimiento, el inmueble, almacén, depósito, etc. en que se almacenaren o guardaren las mercaderías.

En atención a su naturaleza, las mercaderías están destinadas a circulación comercial en los términos pactados y, a defecto de pacto, conforme a los usos de comercio (cfr. art. 22.2 LHMyPSD). Esto supone que deben reemplazarse las que salen por otras *«en cantidad y valor igual o superior»* al que se determine en el título de constitución. Ni que decir tiene que el tercero de buena fe que las adquiere bajo la regla de irreivindicabilidad del artículo 85 del Código de Comercio las recibe libre de cargas (desafectas del gravamen).

B) Bienes generados o empleados en explotaciones forestales o agropecuarias

Aquí deberían incluirse todos los bienes existentes en este tipo de explotaciones… aunque no se incluyan en el artículo 52 LHMyPSD que es heredero de la tradición de la «prenda agrícola» de la vieja legislación de 1917:

1.º Las semillas, pienso, alimentos y demás *materias primas* para la explotación: arg. *ex* artículo 53.2.º LHMyPSD.

2.º Las máquinas, utensilios, aperos y demás *material «de equipo»* de la explotación: artículo 53.4.º LHMyPSD. El «bien de equipo» por excelencia de una explotación agropecuaria (además de las máquinas) son los animales: artículo 53.3.º LHMyPSD. Se plantean problemas serios sobre la determinación de la extensión de la prenda a las crías y a los productos de los animales cuando el título no determina este extremo.

3.º Los frutos y productos de la explotación agropecuaria, tanto sean «naturales» (por utilizar la venerable expresión del artículo 355 del Código Civil: las producciones espontáneas de la tierra y demás productos de los animales) como «industriales» (e.d. los que se producen «a beneficio del cultivo o del trabajo»). Se incluyen aquí, además de la eventual producción espontánea de las fincas, la cosecha esperada en el año agrícola (frutos esperados; art. 52.1.º LHMyPSD); los frutos pendientes (los aún no separados; art. 52.2.º LHMyPSD), así como los recolectados y almacenados (art. 52.2.º LHMyPSD) o las crías y los productos de los animales (cfr. art. 52.3.º LHMyPSD). También se incluye el aceite (como en la vieja prenda aceitera), la resina y la madera de las explotaciones forestales en atención a las talas y cortas ordinarias y extraordinarias…

C) Materias primas y productos elaborados, fabricados o manufacturados y que se encuentran en sus talleres, fábricas o establecimientos

Las materias primas de establecimientos industriales debidamente almacenadas pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento *ex* artículo 53.2.º LHMyPSD. No en vano, el artículo 53 LHMyPSD permite de hecho la constitución de garantías sobre cualesquiera «materias primas almacenadas».

Obsérvese que en el «universo mental» del legislador del siglo pasado la explotación minera o extractiva es una especie de la explotación industrial, aunque hoy tendemos a encuadrarla en el sector primario junto con la agricultura, ganadería y pesca. De todas formas, esa distinción es irrelevante toda vez que el artículo 53 Ley cubre las materias primas de actividades distintas de las enumeradas en el artículo 52 LHMyPSD. Por este mismo motivo, no debería haber incluso ningún inconveniente en que puedan gravarse bienes análogos en empresas de servicios (bienes afectos a la empresa de servicios pero que no constituyan material de equipo de la misma).

Como antes, el título constitutivo, escritura o póliza, debe describir las materias primas que se pignoran, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que permiten identificar sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes las que componen el conjunto en cada momento (art. 57.1.º LHMyPSD). La forma habitual de determinar las materias primas es por su género o géneros (puede existir un conjunto de materias primas heterogéneas de distintos géneros o cualidades): en atención a su peso, número o medida y calidad. La Ley requiere se trate de «materias primas almacenadas»: es necesario precisar el *status loci* donde se encuentran (cfr. art. 57.2.º Ley y art. 33 Reglamento) y donde no pueden ser desplazadas sin consentimiento del acreedor (cfr. art. 60 LHMyPSD). Por eso deberá determinarse en el título de constitución establecimiento, la fábrica, el inmueble, almacén, depósito etc. en que se almacenaren o guardaren.

En atención a su naturaleza, las materias primas están destinadas a su circulación industrial: a ser empleadas en el proceso productivo para transformarse en otros bienes o productos. La Ley, y solo en el caso de hipoteca de establecimiento, contempla la misma obligación de reemplazo del *tantundem* que en caso de mercaderías. Resta por saber, la Ley no está clara al respecto, si la prenda sobre materias primas se extiende o prolonga sobre los bienes manufacturados con ella y que restan en el almacén o depósito.

Es de suponer que cuando los productos elaborados salen de la fábrica, almacén o depósito conforme a su destino, quedan libres de garantía por desafectación aunque, a menos que la propia fábrica tenga una tienda o establecimiento comercial abierto de sus productos, no haya un tercero comprador (distribuidor mayorista o minorista) que caiga bajo la protección del artículo 85 CComercio.

D) Utensilios y bienes de equipo empleados en explotaciones que no son agropecuarias

Como es sabido, la hipoteca mobiliaria de establecimiento se extiende, salvo que otra cosa se pactare, a las *«máquinas, mobiliario, utensilios y demás productos de producción y trabajo»* [cfr. art. 21 b) LHMyPSD]. No obstante, los bienes de equipo pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento cuando no resultan encuadrables dentro del marco de la hipoteca mobiliaria de maquinaria industrial de los artículos 42 a 44 de la Ley. O sea: cuando no interese una identificación individual de cada máquina gravada (existe una determinación genérica del bien o del conjunto de bienes) o/y cuando no exista adscripción pertenencial a una determinada explotación censada administrativamente (falta el alta censal *ex* art. 42.1 in *fine* Ley o/y falta una adscripción pertenencial a un inmueble en donde se desarrolla la explotación).

Los bienes de equipo de cualquier tipo de empresas, sean industriales, comerciales o, incluso, de servicios, deben entenderse cubiertos con lo que se establece en los artículos 52.2.º LHMyPSD (máquinas y aperos de las explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias) o en el artículo 53.1 LHMyPSD (máquinas y demás utensilios *de otro tipo de explotaciones*). El concepto «explotación» del artículo 53 Ley debe ser reinterpretado en un sentido muy amplio para incluir toda actividad de servicios e incluso a las actividades propias del sector cooperativo y no-lucrativo (actividad no-mercantil) con la exclusión de la adscripción a fines domésticos, a que se refiere el artículo siguiente.

Las materias primas, utillaje, aperos, etc., se identificarán en la forma usual. También deben ser localizados en un sitio de referencia: cfr. artículo 57.2.º Ley y artículo 33 Reglamento.

Hemos de entender que ese material o conjunto de bienes de equipo se utilizará conforme a su destino y «sin merma de su integridad» porque de la Ley

se infiere con claridad que pesan sobre el deudor los deberes de conservación, mantenimiento y, previsiblemente, de reposición: *vid*. artículo 61 LHMyPSD. En cuanto a equipo, no existe una previsión legal similar a la prevista para mercaderías y materias primas en el artículo 22.2 *in fine* LHMyPSD en cuanto a la reposición conforme a los usos de comercio. Se supone, aunque la Ley no está muy clara, que el gravamen se extiende o prolonga sobre los bienes (futuros) de reemplazo de los desechados… pero es muy discutible si el legislador pretende en este caso que el deudor venga obligado a tener en el establecimiento bienes de equipo *«en cantidad y valor igual o superior al que se fijó en el título constitutivo»*.

E) «Bienes residuales» no incluidos en las anteriores categorías

Fuera de los supuestos anteriores, quedan los «bienes de colección» a que se refiere el artículo 54 LHMyPSD. Bien es cierto no obstante que el texto legal es ambiguo y parece exclusivamente referirse a objetos de «valor artístico o histórico»… aunque «no formen parten de una colección».

La determinación legal de tales bienes de colección es ciertamente desafortunada.

Para empezar, no es necesario sujetar tales bienes en conjunto o como género (una colección como *universitas facti*) ya que es perfectamente posible que las partes quieran sujetar de manera directa e inmediata un cierto y perfectamente identificado bien de una colección artística (el Monet, el Ribera, etc.) a una garantía real «fuerte» con reipersecutoriedad, como hemos visto. Amén de ello, el concepto de valor «artístico o histórico» es enormemente relativo y no se entienden las razones por las que la cuestión no se deba entregar a la discreción de las partes: los bienes de vil valor no tienen por qué quedar fuera del sistema de garantías mobiliarias.

Desde siempre se ha dicho que en pura teoría los bienes de escaso valor (sean o no fungibles) carecen objetivamente de aptitud para entrar en cualquier sistema mobiliario registral. La circulación mobiliaria de estos bienes «viles», se dice, no puede sujetarse a una Ley registral, por ínfimos que sean los costes del sistema: ni el acreedor ni el deudor estarían dispuestos a soportar los costes e incomodidades derivados de la publicidad registral exorbitante; ni los terceros esperan razonablemente encontrar registrados tales bienes, ni debe condenárseles a soportar la carga de la consulta registral. Es significativo que la LHMyPSD parezca reservar la prenda sobre bienes de colección a los casos de que estén compuestas de «objetos de valor artístico o histórico» (art. 54). Es posible que, individualmente considerados, los bienes destinados al consumo y que son de escaso valor, sobre todo los vendidos a crédito, no debieran soportar el rigor de la inscripción prevista en la legislación de ventas a plazos. Desde luego, tales

bienes muebles caerían dentro de la excepción del artículo 5.4 LVP («*aquellos contratos de venta a plazos o préstamos para su financiación cuya cuantía sea inferior a la que se determine reglamentariamente*»)… si supiésemos cuál es la cuantía de que estamos hablando ya que el Gobierno todavía no la ha determinado.

Así las cosas, el argumento debe revisarse sustancialmente. Muchos bienes muebles de escaso valor que entran en los procesos productivos industriales, en el comercio y en el sector primario podrían ser objeto de garantías si se gravan como genéricos, conjuntamente con otros. El «género nunca muere», y el mecanismo de subrogación real que estudiaremos con más detalle más abajo proporciona respuesta adecuada a necesidad de compatibilizar la efectividad de la garantía constituida con el reconocimiento de la irreivindicabilidad de los que entran en posesión de un tercero protegido por los artículos 85 C.Com. o 464 del Código Civil.

Nuestra LHMyPSD, en definitiva, no excluye operaciones de garantía por razón del ínfimo valor de los bienes hipotecados o pignorados. Hemos de pensar que la oponibilidad a terceros y la eficacia legitimadora de la inscripción exigirían, incluso en estos casos, la inscripción de las hipotecas o de las prendas sin desplazamiento… sin perjuicio de que puedan jugar —en sede extraconcursal[16]— los correspondientes privilegios del vendedor, suministrador, acreedor refaccionario, etc.

Además de todo lo anterior, no se me alcanza justificación alguna para limitar la condición de gravable por prenda sin desplazamiento a los bienes cuyo destino, distinto de la adscripción a una actividad económica o empresarial entendida en su sentido más amplio, sea diferente del coleccionismo (¿placer estético o inversión?). No es razonable, por ejemplo, que unos caballos deportivos no puedan darse en prenda porque el epígrafe de «animales» del artículo 52 LHMyPSD se refiere a los bienes que son destinados a explotación agrícola o ganadera (o forestal) mientras que los bienes de equipo, mercaderías o materias primas valen… cualquiera que sea la explotación a la que se adscriben (el art. 53 LHMyPSD contempla la posibilidad de dar en prenda tales bienes «aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere al art. anterior»).

No es razonable, en fin, que un bien destinado al placer estético del coleccionista se incluya entre los gravables y los adscritos a fines deportivos o domésticos no. Toda vez, en cuanto a estos últimos, que los electrodomésticos, por ejemplo, o el propio mobiliario de una empresa cualquiera cabría dentro del artículo 53. 1.º LC. Por este mismo motivo, no comparto la opinión, avanzada por algunos, de que no es lícita, por ejemplo, la constitución de prenda sobre animales domésticos[17].

No solo deben interpretarse las normas conforme a la realidad social del tiempo en que se aplican sino, también, a los antecedentes históricos. El propio Derecho romano suministra ejemplos de «prendas de universalidades» sobre

conjuntos de bienes adscritos a cualquier fin…incluso el no-económico. De hecho, la prenda de *ilata e invecta* se construyó para asegurar el pago de la renta de un arrendatario… también de una vivienda urbana (no solo de fundo rústico) y se imponía sobre los muebles que el inquilino traía a la vivienda.

En conclusión: frente a lo que pueda parecer, *todos los bienes corporales no hipotecables pueden caber dentro de los artículos 52 a 54 de la Ley:*

I. Los bienes corporales no hipotecables que se insertan en el circuito productivo del *sector primario* caben perfectamente dentro del artículo 52 Ley que es la «nueva prenda agrícola» (y ganadera);

II. Los bienes corporales no hipotecables que se insertan en el circuito de producción del *sector secundario y en el comercio* (bienes destinados a la reventa), caen dentro del artículo 53 Ley que sucede a la vieja «prenda industrial»;

III. Los bienes corporales no hipotecable que se emplean y que circulan como consecuencia de la *actividad económica del sector servicios* (distinto del comercio) quedarían aparentemente fuera del marco regulatorio típico. Sin embargo, bien vistas las cosas no es así, toda vez que el artículo 53 se refiere a bienes/conjuntos de bienes «*aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior*». Por lo tanto, las materias primas, bienes de equipo y demás bienes tangibles que se emplean en este tipo de actividades quedaría incluido en el artículo 53 LHMyPSD.

IV. Los bienes que no se insertan en alguna actividad económica —entendida esta en su sentido más amplio— deben quedar encuadrados en el artículo restante, el artículo 54 LHMyPSD. Son bienes destinados al uso o consumo doméstico o familiar, a fines recreativos y de placer, etc.

IV. REVISIÓN CRÍTICA DE LA CUESTIÓN RELATIVA A LA SUPUESTAMENTE NECESARIA FIJACIÓN DE UN *«STATUS LOCI»* DEL BIEN GRAVADO

1. El peso dogmático de la tradición romanista

Aunque hoy pueda parecernos algo extraño, la promulgación de la venerable Ley de 1954 vino precedida de animadas discusiones doctrinales. Tuvieron mucho peso en ellas quienes, como VALLET DE GOYTISOLO, participaron en los trabajos preparatorios de aquella norma y que, por entonces, estaban profundamente imbuidos por la tradición romanista del *pignus* (especialmente en su modalidad de prenda sobre colectividades de bienes como el famoso instituto de la *«pignus tabernae»)* y de la teoría intermedia de las *universitates facti*[18].

Los propios juristas romanos eran alérgicos a las grandes construcciones dogmáticas y lo del *status loci* en la prenda de cosas sin desplazamiento po-

sesorio, o por mero acuerdo, nace más bien de la reelaboración doctrinal de la institución romana del *«pignus»* por la doctrina intermedia, y de las construcciones científicas de la propia Ciencia del Derecho contemporánea, muy especialmente la italiana de la primera mitad del siglo XIX con FERRARA a la cabeza. De cualquier manera que sea, esa tradición romanista pesó mucho en la doctrina de los primeros comentaristas de nuestra legislación de garantías registrales mobiliarias, sobre todo en VALLET, que por otra parte nunca se mostró muy partidario de una figura como la prenda sin desplazamiento ni valoró en demasía la publicidad registral sobre bienes de deficiente identificabilidad[19].

Como es sabido —son abundantes los trabajos sobre la institución—, el *pignus* romano era una figura de garantía real enormemente versátil porque se aplicaba tanto a bienes muebles como a bienes raíces y se constituía tanto mediante traslado posesorio de la cosa empeñada al acreedor (*traditio possessionis*) como mediante un mero acuerdo de voluntades (*conventio pignoris*)[20]. De hecho, la prenda sin desplazamiento tiene antecedentes remotos, puesto que los primeros ejemplos de prenda aparecen en la obra de CATÓN, *De agri cultura*[21]. En sucesivas fórmulas encontramos ejemplos que luego llegarán a nuestros días de prenda de frutos que están en el árbol, de utillaje entrado en la finca del *dominus* por el colono o sobre ganado. Numerosos fragmentos del Digesto (no solo el relativo a la famosa *pignus tabernae* examinada por VALLET) y documentos epigráficos recientemente descubiertos (nos referimos a las famosas *Tabulae Pompeianae* en que se recoge el *pignus* de mercaderías con depósito en almacén público[22]) revelan el papel que hubo de desempeñar en el entendimiento práctico del funcionamiento de la prenda lo que luego ha dado en llamarse *status loci* en un sistema jurídico que, sorprendentemente, desconocía la publicidad registral (salvo en derecho romano-egipcio) y en donde, sin embargo, no se encontraron motivos para reconocer plena eficacia real frente a terceros y reipersecutoriedad a la prenda sin desplazamiento (a través de las *actio Serviana* y demás de la misma familia).

Parece efectivamente que la forma tradicional de constituir bienes corporales en prenda sin desplazamiento en Roma era mediante la realización de actos concluyentes de sujeción de los bienes corporales a un cierto señorío del acreedor a quien se le procuraban amplias facultades de autotutela de su derecho asegurándosele la localización estable de las cosas empeñadas en un fundo, casa-habitación, depósito o ubicación a la que aquel podía tener franco acceso. Así, el *dominus* podía vigilar la entrada y salida, así como el estado de los bienes importados al fundo por el colono y que quedaban constituidos en garantía del pago de la renta (los famosos *invecta e illata*); el subalterno o portero del edificio que trabajaba por cuenta del dueño podía vigilar las entradas de mobiliario del inquilino de la *insula* en *locatio*; el acreedor con prenda sobre *tabernae* las mercaderías del negocio en establecimiento abierto al público; el depositario público, por cuenta del acreedor, la supervisión de

que los 7.000 modios de trigo de Alejandría situados en el almacén número 12 en recipientes situados en los intercolumnio, etc… Los ejemplos abundan incluso en el trasporte marítimo (el esclavo del acreedor vigilaba los bienes empeñados, por ejemplo).

Puede ser, aunque esto es discutible, que esa situación antes descrita se explicase como un verdadero traspaso posesorio equivalente a la entrega o *traditio* de la cosa en la prenda manual y que operaba nudo consenso cuando no convenía a las partes privar del uso de la cosa al pignorante. Puede ser también, como apuntan otros, que esa técnica de sujeción de la cosa al señorío —casi una posesión mediata— del acreedor tuviera su origen en el derecho que se concedió a los *publicani* en la adjudicación de contratos y concesiones públicas por los magistrados[23]. De cualquier modo, con todos esos antecedentes no es de extrañar que para un sector de la doctrina extranjera y española de la primera mitad del siglo XIX se entendiera que la manera común de constituir prenda sin desplazamiento era mediante la sujeción de la cosa a un *status loci* estable de suerte que esa situación cumpliera una función equivalente en la prenda sin desplazamiento a la que desempeña la entrega manual de la cosa en la prenda ordinaria.

2. La supuesta necesidad de la fijación del *status loci* en la prenda sin desplazamiento de la Ley de 1954

La supuesta necesidad de determinar el *status loci* de las cosas pignoradas se infiere, según común parecer de la doctrina, de lo que se establece en nuestro Derecho en los artículos 52-2.º y 57-2.ª de la Ley y en los artículos 31 a 33 del Reglamento[24].

Frente al silencio del aspecto relativo a la ubicación del bien en la hipoteca mobiliaria, el artículo que en prenda corresponde al artículo 13 de la Ley (el que fija las circunstancias que deben constar en el título y en el asiento), el artículo 77, nos dice en su apartado Segundo que habrá de determinarse en la escritura o póliza, en su caso, *«el inmueble en que se situaren esos bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito»*.

Es cierto que también en la hipoteca de maquinaria industrial se exige un riguroso requisito de adscripción pertenencial de la maquinaria a una explotación, pero en materia de bienes pignorables esa parece ser la regla general sin excepciones. De hecho, es relevante que la Ley solamente parezca contemplar como pignorables a las mercaderías y materias primas… «almacenadas» (cfr. art. 53 Ley). El Reglamento es elocuente: el artículo 31 Reglamento prevé que en la inscripción de la prenda de frutos pendientes o máquinas agrícolas se indique «*la finca en que se produzcan o en que se hallen instalados*»; el artículo 32 Reglamento establece que *«cuando se pignoren frutos o productos*

separados, se expresará en la inscripción el almacén donde se encuentren, y si no estuvieren almacenados el lugar donde deben depositarse», y, en fin, el artículo 33 Reglamento que obliga a hacer constar para los demás bienes «el local en que se hallaren situados o depositados».

3. Las diversas funciones del *status loci* en la dinámica del derecho real de prenda sin desplazamiento

La fijación del *status loci* de un bien o conjunto de bienes pignorados en prenda sin desplazamiento puede desempeñar funciones diferentes[25]:

1.ª Permite la identificabilidad de los bienes genéricamente gravados y su singularización entre los demás bienes del pignorante

Los bienes objeto de prenda sin desplazamiento suelen ser de imperfecta identificabilidad registral (*vid*. supra). En ellos no es posible o, siendo posible, no interesa la individualización de cada bien singular para la sujeción al gravamen real. Tanto da que esa imperfecta individualización sea debida a la determinación genérica de la cosa dada en prenda (toda la maquinaria de la empresa localizada en el establecimiento; cierto volumen de vino que envejece en tal barrica, etc.) o responda a la imposibilidad de individualizar cada unidad en los conjuntos dinámicos de cosas muebles (en que también se pretende gravar, por cierto, a bienes futuros de reemplazo). La referencia a la ubicación permite completar la identificación de los bienes que no interesa gravar específicamente y conviene tanto al acreedor como al propio deudor. Pensemos en un deudor que desea gravar no todo el grano de su establecimiento sino el grano que existe en tal lagar o depósito con exclusión del otro. Eso no obsta a que la DGRN en algunas ocasiones haya defendido en sus resoluciones que la simple mención del *status loci* no tiene suficiente consistencia individualizadora (*vid*. por ejemplo en la resolución DGRN de 30 de noviembre de 1992 sobre una prenda sin desplazamiento de mercaderías sitas en una oficina de farmacia que no estaban a juicio del Centro Directivo suficientemente bien identificadas en el título).

2.º La determinación un status loci *facilita al acreedor la vigilancia de la existencia y estado de los bienes gravados*

Interesa al acreedor la fijación de un cierto lugar o ubicación porque así podrá ejercer sus funciones de vigilancia o supervisión sobre la existencia o el estado de las cosas gravadas y sobre el cumplimiento de los deberes de custodia

del pignorante que la Ley detalla en los artículos 59 y siguientes todos los cuales presuponen una ubicación estable de posible acceso por el acreedor. Como en los casos del *pignus* romano, podrá el acreedor desplazarse e incluso introducirse en el local para comprobar las entradas de bienes de reemplazo, comprobar los bienes que conformen en un momento dado el conjunto y que están dentro del recinto, local, etc. y, en fin, los bienes que salen por su aplicación a su destino y, eventualmente, quedan liberados del gravamen (en el modelo paradigmático, el comprador de las mercaderías las recibe libre de gravamen).

La ficción del «propietario-depositario» del artículo 59 Ley y siguientes parece presuponer una estable localización o adscripción pertenencial de los bienes gravados: el acreedor podrá localizarlos para comprobar el cumplimiento de los deberes de conservación, reparación, administración y recolección (art. 61 Ley), para que pueda hacer efectivo el deber de trasladar su posesión a un tercero en depósito, enterado de la muerte del deudor (art. 59 Ley) o solicitar el vencimiento anticipado o la inmediata venta de la cosa empeñada en caso de mal uso de los bienes o por incumplimiento de las obligaciones de custodia, así como instar la indemnización de perjuicios contra quien corresponda (art. 62 Ley). Porque se presupone existe una ubicación estable de los bienes gravados se establece el principio de que los bienes pignorados no pueden trasladarse del lugar en que se encuentren según el título sin consentimiento del acreedor (art. 60 Ley), y porque existe un derecho a comprobar la existencia y el estado de los bienes gravados en su ubicación, la Ley permite al acreedor salvar la resistencia del pignorante a permitir penetrar en el lugar o almacén donde radiquen los bienes mediante decisión judicial autorizatoria *ex* artículo 63 Ley y sin perjuicio de poder dar por vencida la obligación garantizada desde el requerimiento frustrado hecho al deudor. En fin, podrá comprobar en el lugar de su ubicación el estado de abandono de los bienes para poder encargarse de la conservación y administración de los mismos *ex* artículo 64 Ley.

3.º La determinación del status loci *permite seleccionar la oficina registral competente o el juzgado que haya de entender de la ejecución directa sobre los bienes dados en prenda*

En un sistema registral con pluralidad de oficinas con competencia territorial excluyente, la fijación del *status loci* de la cosa gravada permite seleccionar la competente entre aquellas en donde hubiere de inscribirse la prenda sin necesidad de presentar el título, en principio, en múltiples oficinas registrales. Como el registro es ahora provincial, el supuesto de inscripción en registros colindantes por extenderse la finca en sendas circunscripciones ha perdido virtualidad.

El Registro en cuya circunscripción estuviere el lugar de ubicación de la cosa empeñada fijado en el título, escritura o póliza, de la prenda sin desplazamiento

(*vid*. art. 57 Ley), constituye el criterio básico seguido en la Ley para fijación de la competencia registral en su artículo 70. Será competente el Registro en cuya circunscripción se halle la finca en que se produjeren los frutos pendientes, cosechas esperadas o en que se verifique la explotación a que estuvieren afectas la maquinaria y aperos comprendidos en el artículo 52 (apartado Primero del art. 70); el almacén en donde estuvieren depositados o hubiere de depositarse los productos de explotaciones agrícolas, frutos separados o mercaderías y materias primas almacenadas (apartado Segundo del art. 70); las cuadras, establos, viveros o criaderos en donde se hallare la finca a cuya explotación estuvieren adscritos los animales, crías y productos (apartado Tercero del art. 70); el domicilio del pignorante en el caso de los bienes de colección porque se presume que es donde este tiene la colección (apartado Cuarto del art. 70).

En la prenda sin desplazamiento, el lugar en que se hallaren, estén almacenados o se entiendan depositados los bienes determina la competencia del Juzgado que ha de conocer del procedimiento de ejecución «directa» sobre bienes pignorados a falta de un pacto de sumisión establecido en el título de constitución *ex* artículo 684. 4.º LEC. De la misma manera, para la venta en subasta notarial de los bienes pignorados en aplicación del procedimiento extrajudicial regulado en el artículo 94 de la Ley será competente el notario hábil para actuar en el lugar donde se hallaren, estén almacenados o se encuentren depositados los bienes que es, en principio, salvo desplazamiento que deberá ser autorizado, el que se fijare en el título.

4.º La discutible función de publicidad del status loci

En la idea, muy romanista por cierto, que el *status loci* es esa situación en que se coloca la cosa gravada en su correcta ubicación para que el acreedor pueda ejercer sobre ella su poder de comprobación, vigilancia o supervisión de existencia y estado, a veces se habla de una cierta «función publicitaria» que complementa o perfecciona a la publicidad registral.

Hemos visto cómo en Derecho romano es posible que los mecanismos ideados para que el acreedor pudiera ejercitar la auto-tutela de sus derechos (vigilancia de los bienes que se importan y exportan en la finca de propiedad; depósito del género en un almacén público; vigilancia del portero de los objeto introducidos por el inquilino en su *insula*; vigilancia por el esclavo de los bienes pignorados en el trasporte marítimo, etc.) hubieran podido conceptualizarse como una suerte de sucedáneo o «equivalente funcional» del desplazamiento posesorio en la prenda manual (*traditio possesionis*). De la misma forma que la prenda manual se perfecciona por la puesta en posesión del acreedor de la cosa pignorada, en la prenda sin desplazamiento ese «control» del acreedor sobre los bienes «inmovilizados» en su localización estable o permanente constituye un

instrumento de notoriedad (publicidad-noticia) de la situación de sujeción de la cosa al derecho de otro distinto del dueño (el que la gestiona y conserva con la ocasional y acaso públicamente interfiere en la gestión ordinaria).

En el fondo, en esos autores y corriente doctrinal esa supuesta necesidad de la función publicitaria del *status loci* encontraría justificación, aunque no se diga paladinamente, en la insuficiencia del sistema registral para cumplir sus fines. Por eso se ha asegurado que el *status loci* complementa la publicidad registral de suerte que la publicidad registral no sería en alguna forma o en algún caso perfectamente eficaz sobre bienes de imperfecta identificabilidad si la cosa no radicara o permanece en el *status loci* (esta es la tesis de VALLET sobre la reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento[26]) o, para otros, en la circunscripción registral donde en atención del *status loci* se hubiere inicialmente localizado el bien aunque luego se hubiere desplazado dentro de la misma circunscripción registral (tesis que parece inaugurar LACRUZ[27]).

4, Inexistencia de un deber legal de fijar un *status loci* cuando no sea posible/no convenga establecerlo. La correspondencia entre el *status loci* fijado en el título y en la inscripción y la localización actual del bien gravado no es un requisito para la existencia del gravamen

Empecemos por señalar que de ser cierta la tesis de la exigibilidad legal de la fijación de un *status loci* para la regular constitución registral de la prenda sin desplazamiento habría de seguirse de ello, como conclusión forzosa, que quedan fuera de la prenda sin desplazamiento bienes que no es posible ubicar de manera estable o que no interesa a las partes localizar en un sitio determinado. No es esto lo que aquí se defiende.

Hay ciertos casos, que el legislador parece contemplar sin mayores problemas, el caso de *ausencia provisional de localización definitiva del bien*: el *status loci* provisional o interino de los bienes que actualmente no se encuentran en el almacén o lugar de su destino definitivo como, por lo demás, forzosamente ocurre con los frutos de la cosecha futura de cierta finca[28]. También sin problemas se admite por la doctrina y prácticas registrales los casos de *múltiple localización del bien mueble gravado* (en la misma hipoteca de maquinaria industrial se admite que se hipoteca una maquinaria que se emplea en explotaciones dispares y lejanas en el espacio y sin necesidad de distribuir la responsabilidad; cfr. RDGRN de 7 de octubre de 1991). Nos referimos, incluso, en fin, a los casos más radicales *de imposible/inconveniente inmovilización* —bienes en tránsito o de residencia ambulatoria— como sería el supuesto tradicional del ganado trashumante o el de las mercaderías o productos trasportados en buques o aeronaves.

En este punto del *status loci* del bien registrable, la Ley es mucho menos rigurosa que lo que se nos dice. Empecemos por indicar que en ningún caso

se pretende que el bien tenga localización actual, en el momento de su otorgamiento, en el *status loci* fijado en la escritura o en la póliza. No parece haber problemas a la existencia de un *status loci* interino: se habla en ocasiones en la propia Ley del sitio en que «hubiere de depositarse» el bien, típicamente los frutos de la cosecha pero no solo ni necesariamente, (cfr. art. 52 Segundo Ley) o de bienes que si no están aún almacenados estuvieren destinados a un lugar definitivo donde «deban depositarse» (art. 32 Reglamento).

Por otra parte, la regla de que no puedan desplazarse los bienes pignorados del *status loci* fijado en el título constitutivo sin consentimiento del acreedor y que se encuentra en el artículo 60 LHMyPSD no presupone necesariamente la obligatoriedad de localización estable del bien empeñado porque el acreedor puede perfectamente consentir anticipadamente en el título de constitución, expresa o tácitamente, la movilización del bien gravado con las condiciones que quiera establecer e incluso, libérrimamente (como si exonerara de cumplir el art. 60 por considerar que el bien no es localizable en un sitio fijo). Obsérvese, además, que, como acertadamente advirtió LACRUZ, el interés tutelado en la prohibición de movilización inconsentida es el del acreedor y no el de terceros: el derecho real existe, aunque el acreedor consienta anticipadamente en la movilidad de los bienes con las condiciones que se quiera fijar para asegurar los derechos de vigilancia que a favor de aquel se establecen en la Ley o en el contrato (por ejemplo: estableciendo la obligación de preaviso, etc.). LACRUZ, por ejemplo, nos dice con razón que: *«La falta de correspondencia podrá tener consecuencias desfavorables para el acreedor, al restringir la eficacia del derecho de prenda, y, para el dueño de los bienes pignorados, a quien puede acarrear sanciones de todo orden, pero no afecta a su existencia»*.

Por otra parte, es bien significativo el silencio de la Ley y del reglamento en cuanto a la (inexistente) necesidad de trasladar la hoja registral a un nuevo registro competente cuando, previa modificación del título constitutivo, es de suponer, el bien gravado cambia *status loci* a lugar de la circunscripción de otra oficina registral.

En fin, el propio tenor de la Ley es claro al respecto porque el artículo 57 Segundo establece que la escritura o la póliza contendrán la determinación del *status loci*… «en su caso». Esa locución adverbial no ha sido pasada por alto por casi nadie.

5. Revisión crítica del sentido del *status loci* en el estado actual de la técnica

En el estado actual de la técnica, con las posibilidades y facilidades de la «trazabilidad» de los bienes corporales, trazabilidad a la que por cierto puede estar obligado el propio pignorante por aplicación de la legislación de segu-

ridad, medioambiental, sanitaria, de animales, etc… no se plantean problemas técnicos para que puedan cumplirse más que satisfactoriamente las funciones que desempeñaba el viejo *status loci*:

1.º Existen herramientas mucho más eficientes que las tradicionales para asegurar la identificabilidad de bienes fungibles aunque estos no tengan una radicación física en un cierto lugar.

Existen desde hace algún tiempo a disposición de los usuarios eficientísimos y muy económicos sistemas y técnicas para marcar de manera indeleble en los bienes o lotes de bienes las claves codificadas de identidad del bien, con toda la información necesaria para individualizar dicho bien a lo largo de toda la cadena de producción y de distribución. No solamente las máquinas y aperos industriales son susceptibles de ser «marcados» de manera indeleble con un número de bastidor para evitar que se confunda con otros bienes de la misma clase o género; los crótalos en los animales y el ganado, los chips eléctricos insertados en los animales domésticos (perros, gatos), los diferentes sistemas de etiquetado de productos y lotes (código de barras, las etiquetas RFID pasivas[29] o con TAG activos, etc.) cumplen mucho mejor la función de individualización que la mera indicación de que se trata de bienes que se encuentran en cierto emplazamiento o en cierto almacén.

2.º Existen técnicas que permiten la geolocalización, monitorización y rastreo de bienes muebles.

Las herramientas de «rastreo» («trazabilidad» animal, alimentaria o industrial) cuya implementación exige el cabal cumplimiento de las normas de trazabilidad animal y alimenticia o medioambiental permiten alcanzar soluciones técnicas impensables hasta hace poco, y que pueden hacer posible un control más eficiente de la existencia y estado de los bienes gravados por parte del acreedor. El acreedor no necesitará que alguien se desplace físicamente al local donde se almacenan los bienes. Mejorarán con creces las tareas de vigilancia del acreedor si a aquel se le asegura el acceso franco a los sistemas de trazabilidad establecidos por el deudor. El deudor no solamente pondrá a disposición de la Administración (sanitaria o de consumo, etc.) las herramientas y sistemas de trazabilidad sino que habilitará o autorizará su uso e incluso el acceso remoto al propio acreedor. El acreedor podrá reducirse a vigilar el cumplimento de los estándares, accederá ocasionalmente si lo desea, a la información que procesa el software, podrá confiar en la vigilancia de las autoridades o en la homologación de empresas de control de estandarización o de buenas prácticas… El

propio bien puede tener un chip insertado con GPS que permita la permanente localización del bien en el espacio. Instalar ese chip es ya habitual para animales domésticos, lo implanta el veterinario con una sencilla cirugía y permite la localización de animales extraviados (existen también collares como los que se colocan a presos o enfermos de Alzheimer, etc.).

3.º Siempre es posible determinar la competencia registral aunque los bienes no hubieren de tener precisa localización.

Cuando los bienes están en tránsito, normalmente es posible fijar un punto de conexión relevante para fijar la competencia de la «correcta» oficina registral. Así, cuando se pactare el lugar de expedición, el de destino, el de estabulación temporal más frecuente, etc.

Aún en el supuesto de que fuere absolutamente imposible seleccionar un punto de conexión territorial más relevante, siempre existiría la regla residual del artículo 70 Cuarta de la Ley para cuando los bienes «tuvieran características propias». A saber: serán inscribibles las prendas en el Registro correspondiente al domicilio del pignorante.

4.º La supuesta insuficiencia publicitaria de la inscripción de la prenda sin desplazamiento a los efectos de oponibilidad de la prenda así constituida.

VALLET es el principal y más convencido defensor de la supuesta necesidad del *status loci* en la prenda sin desplazamiento, puesto que vino a defender, influido por esa tradición romanista, que el expediente técnico equivalente, en la prenda sin desplazamiento, a la entrega de la cosa en la prenda manual no era la inscripción del contrato en un registro público sino la sujeción de la cosa al señorío/supervisión del acreedor que exige la fijación de su *status loci*. Para aquel, los efectos jurídico-reales de la prenda sin desplazamiento, al imponerse sobre cosas corporales con deficiente individualización y por ende, con pobre identificación registral dependían no solo de la correcta inscripción del contrato en el Registro, sino de que esta última fuere «complementada» con la notoriedad fáctica de la «publicidad-noticia» que se infería de la permanencia de la cosa en la ubicación estable diseñada para ello. De lo anterior se inferiría que, desplazada la cosa mueble de su *status loci* indicado en el título y en la inscripción, la prenda se debilitaría en sus efectos *erga omnes*… aunque estuviere inscrita en un registro público.

Una variante de la tesis anterior es la de quienes defienden la existencia de un cierto «*status loci* registral»: que, en ausencia de un verdadero y propio Registro Central de Bienes Muebles que centralice la información de las prendas

inscritas en registros locales, no pueden oponerse a terceros adquirentes de buena fe prendas sin desplazamiento sobre cosas compradas fuera de la circunscripción del Registro. Desplazado de ese «status registral» la cosa mueble, la publicidad para estos autores quiebra… porque cabe esperar que el comprador consulte el registro donde se localice la cosa en el momento de la venta.

Existe en todo caso el problema técnico derivado del muy deficiente diseño del sistema registral en lo que hace al nivel central. La única regulación sobre coordinación entre Registros de Bienes Muebles provinciales y el Registro Central (como «centro coordinador e informativo de los Registros Provinciales, con los que estará conectado a través de correo electrónico u otras técnicas informáticas similares») se contiene en normas de rango ínfimo, en sede de la legislación de venta a plazos, y con un detalle regulatorio insuficiente: *vid*. artículos 3 y 7 de la Orden de 19 de julio de 1999 (Justicia) por la que se aprueba la Ordenanza para el registro de venta a plazos de bienes muebles. El reglamento de la LHMyPSD solo contempla la llevanza de «Índices» por cada registro provincial y solo en relación con ciertas categorías o clases de bienes (exclusivamente para los susceptibles de hipoteca mobiliaria), acreedores (acreedores hipotecarios y pignoraticios) y constituyentes de la garantía (hipotecantes y pignorantes): cfr. artículo 8 del Reglamento.

Obsérvese, no obstante, que en el estado actual de nuestro Derecho de garantías mobiliarias registrales: (i) No se prevé la llevanza por los registradores de bienes muebles provinciales de un índice de bienes muebles gravados con prenda sin desplazamiento (solo pueden hacerse búsquedas por categorías de bien hipotecables o vendidos a plazos); (ii) Aunque el bien gravado no haya salido de la circunscripción registral, el tercero a quien se intenta oponer la garantía solo puede conocer de la existencia de la misma a través del Registro cuando quien se la enajena irregularmente se encuentra en el censo (o índice) de pignorantes.

Sin necesidad de entrar a examinar, otra vez, el muy controvertido tema de la reipersecutoriedad (o la falta de ella) en la prenda sin desplazamiento en nuestro Derecho de garantías mobiliarias, cabe decir que la anterior «explicación» del funcionamiento dinámico de la prenda inscrita según la cual la fijación del *status loci* es requisito para la oponibilidad a terceros de la prenda registrada carece manifiestamente de cualquier apoyo en la Ley. En línea de principio, en la prenda sin desplazamiento la reipersecutoriedad solo funciona, residualmente, cuando se dan dos circunstancias cumulativas: cuando fuere conforme a la voluntad de las partes que la cosa gravada quedare individual o específicamente sujeta al gravamen constituido cualquiera que fuera su poseedor (lo que no ocurre cuando expresa o tácitamente se permite al deudor enajenar libremente o emplear la cosa individualmente considerada conforme a su destino empresarial, comercial o industrial) y, además, cuando el adquirente no estuviere protegido por el artículo 464 del Código Civil, que la LHMyPSD no deroga en

esta sede a diferencia de lo que ocurre en hipoteca mobiliaria (cfr. art. 16 Ley sin equivalente en sede de prenda). El desplazamiento del *status loci*, cuando exista y se fije en el contrato, solo será relevante a efectos de la eventual pérdida de la reipersecutoriedad cuando conforme a lo pactado la ruptura del vínculo pertenencial (adscripción de la cosa a inmueble o a explotación) entrañara la liberación del gravamen como ocurre con las pertenencias inmobiliarias del artículo 111 LH o/y cuando dicho desplazamiento sea relevante a los efectos de aplicar o no aplicar el artículo 464 del Código Civil.

V. LA AFORTUNADA DESAPARICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DAR EN PRENDA BIENES PREVIAMENTE GRAVADOS

La eventual colisión de varios derechos reales sobre el mismo bien mueble susceptible de gravamen dejó perplejo al legislador de 1954. Se quiso zanjar el problema a la manera salomónica: sencillamente, eliminándolo del horizonte jurídico-positivo.

Como es sabido, el legislador de 1954 adoptó medidas para prevenir la aparición de la concurrencia de varios gravámenes —primero inmobiliario luego mobiliario— por el aparentemente banal sistema de prohibir la constitución de gravámenes mobiliarios típicos sobre bienes (incluidas las pertenencias inmobiliarias) previamente gravados o embargados *ex* artículos 2 y concordantes de la Ley. Incluso se previno del mismo modo la eliminación de otro posible conflicto sobre las cosas vendidas entre el privilegio del vendedor (sobre la cosa vendida y por el precio aún no satisfecho, haya o no reserva de dominio o prohibición de enajenar) y el derecho del acreedor hipotecario o pignoraticio sobre la misma cosa.

El legislador de la LHMyPSD fue en exceso cauteloso en materia de prevención de la eventual colisión de varios gravámenes sobre una misma cosa mueble. Trató de evitar estas situaciones con una preocupación que se revela casi obsesiva. Lo que debería haberse resuelto mediante el juego de las oportunas reglas de prioridad o preferencia entre los varios gravámenes reales que se imponen sobre la misma cosa se resuelve en la Ley por una regla prohibitiva de extensión objetiva de las garantías que trata de inhibir en raíz los problemas de colisión[30].

Decía el artículo 2.º:

«No podrá constituirse hipoteca mobiliria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado».

Amén de lo anterior, el artículo 56 Ley se cuidaba de recordar que la constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecían.

La prohibición era de rigurosísimo alcance:

I. Se prohibió dar en hipoteca mobiliaria o en prenda sin desplazamiento bienes muebles pertenenciales de finca hipotecada anteriormente con pacto de extensión a ellos conforme a lo dispuesto en el artículo 111.1.º Ley Hipotecaria: cfr artículos 2 y 55 Ley.

II. Se prohibió *ex* artículo 2 Ley constituir una segunda hipoteca mobiliaria sobre bienes previamente hipotecados bajo hipoteca mobiliaria y contra el criterio establecido en el artículo 107.3.º LH.

III. Se prohibía una segunda prenda sin desplazamiento sobre bienes previamente sujetos a otra prenda sin desplazamiento (arts. 2 y 55.1 Ley) o sobre bienes que estuvieren en prenda manual bajo la posesión del acreedor o del tercero (cfr. art. 55.2 Ley).

IV. Se prohibió expresamente la subhipoteca mobiliaria (la hipoteca del derecho de hipoteca mobiliria) *ex* artículo 12 *in fine* de la Ley y, cabe suponer, aunque no se decía, el derecho de subprenda sin desplazamaniento (prenda sin desplazamiento sobre el derecho de prenda sin desplazamiento).

V. Se prohibió constituir esas garantías reales típicas sobre bienes embargados o cuyo precio estuviere aplazado a menos que la garantía fuese constituida precisamente con ese propósito: artículo 2 Ley. Para evitar la colisión de la garantía con el privilegio del vendedor de cosas por precio aplazado en sede de hipoteca de establecimiento existe una regla particular de prohibición de extensión objetiva de la hipoteca a los bienes de propiedad industrial y a maquinaria, así como a las mercaderías y materias primas, cuando su precio de adquisición no estuviere íntegramente satisfecho: artículos 21 y 22 Ley. Obsérvese también, en operaciones sujetas a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el artículo 5.3 que declara quedan excluidas de la Ley *«los préstamos y ventas garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato»*.

Obviamente, esta prohibición no impedía que por acuerdo de ambas partes se amplíe la hipoteca o prenda ya constituida a nuevas deudas contraídas con el hipotecante primitivo acreedor.

La doctrina mayoritaria (VIOLA, COSSÍO, GULLÓN, BLASCO GASCÓ, GONZÁLEZ-BUENO, CARRASCO PEREA…) entendió que la hipoteca cons-

tituida sobre un bien previamente gravado o cuyo precio no ha sido satisfecho era nula (cfr. arts. 2 y 55 LHMyPSD en relación con el art. 6.3 CC). No han faltado otros criterios interpretativos distintos: VALLET sostuvo en su día que se trataba de un supuesto de mera anulabilidad y, por fin, LALAGUNA configura la ineficacia como supuesto de acción revocatoria. En mi opinión, la tesis de la nulidad radical era la más segura y, al parecer, la seguida por nuestra jurisprudencia (cfr. STS de 14 de octubre de 1965 y RDGRN de 16 de noviembre de 1972, a las que siguieron otras).

Así las cosas, el legislador de 1954 era perfectamente consciente de lo escasamente justificada que estaba esa opción legislativa. Estimaba que, *«desde un punto de vista práctico»,* debían evitarse las colisiones de derechos por razones «de sencillez y seguridad» (¡). Prudente en exceso, nuestro legislador tuvo sin embargo el acierto de anunciar ya entonces la conveniencia de *«ulteriores reformas legislativas que puedan hacer aconsejable la supresión de estas prohibiciones»* (*vid*. Exposición de Motivos en disp. comunes). Las referencias que allí se hacen a la «seguridad jurídica» son especialmente irritantes para los que se enfrentan con el problema de la mala resolución legal de los supuestos de colisión de gravámenes que aún así todavía seguían existiendo… porque no pudo o no quiso impedirlos el legislador. Los más significativos de estos problemas son los casos de colisión entre embargos y las garantías mobiliarias y los de colisión entre aquellos y la hipoteca inmobiliaria. Particulares dificultades suscitaba al intérprete, también, la declarada falta de idoneidad para ser gravados de los bienes cuyo precio no ha sido totalmente satisfecho.

Como el título inscribible normalmente ocultará esta circunstancia de falta de pago íntegro del precio, el Registrador no tiene mecanismos para contrastar esa información… a menos que el aplazamiento del pago resulte del propio Registro. Ese es el caso de una reserva de dominio o de una prohibición de enajenar en ventas a plazos, o de una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento constituidas para garantizar ese pago aplazado *ex* artículo 2 *in fine* LHMyPSD. Fuera de estos supuestos, el Registrador inscribirá y el acreedor por precio insatisfecho tendrá que desarrollar una conducta diligente para hacer valer en tiempo y forma oportunos su preferencia; so pena que, en el peor de los casos, se llegue a enajenar la cosa en subasta y la prohibición sean ineficaz frente a un adjudicatario de buena fe. Podrá utilizar para ello la oportuna tercería de mejor derecho o seguir procedimiento ordinario declarativo. En ambos casos, la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente se entiende implícita en la acción contradictoria del derecho inscrito (art. 15.2 LVP).

Ingenuamente, el legislador del RHMyPSD pensó solucionar el tema declarando inscribibles *«los títulos de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, siempre que consten en escritura pública»* (cfr. art. 13 RHMyPSD). Amén de que por motivos que no se nos alcanzan, la previsión

reproducida no menciona a los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento y de que no quedan claros los efectos de la inscripción o ausencia de inscripción de reservas de dominio y condiciones resolutorias en su aplicación (fuera del hecho de facilitar la calificación del registrador que podrá denegar hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento ulteriores *ex* art. 2 LHMyPSD); es evidente que el problema de colisión subsiste.

Además de no conseguir evitar lo que se propuso el legislador (eliminar en lo posible colisiones de preferencias sobre una misma cosa en beneficio de la más sencilla aplicación del sistema); la exclusión objetiva de los bienes previamente gravados de la posibilidad de segundas y ulteriores garantías reales típicas; como bienes inidóneos para levantar nuevos gravámenes, está hoy injustificada, y es contraria a las más elementales razones de eficiencia del sistema. Provocaba además la aparición de ciertos recursos ociosos, los previamente gravados, que no pueden ser movilizados.

Pues bien, aprovechando la ocasión de la reforma de la regulación del mercado hipotecario y del sistema hipotecario y financiero, la disp. final 3.1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha dado operado un verdadero cambio de paradigma al dar una nueva redacción al artículo 2 de la Ley que reza así:

«Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar.

También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.

El presente apartado carecerá de efectos retroactivos».

En su consecuencia, se han derogado las prohibiciones que hemos examinado antes. Incluso se contempla la posible titulización de créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento.

No obstante lo establecido en la reforma, el legislador no fue demasiado cuidadoso porque «se olvidó» de reformar preceptos dispares del articulado que permanecen con la redacción antigua: artículos 12 *in fine* LH (que sigue prohibiendo la subhipoteca mobiliaria a pesar del nuevo art. 2 Ley); los artículos 21 y 22 (en materia de extensión objetiva de la hipoteca de establecimiento); artículo 55 Ley (en lo que hace a la colisión con hipoteca inmobiliaria con extensión a pertenencias y en relación con la segunda prenda). Amén de ello, la prohibición de enajenar los bienes dados en hipoteca o en prenda *ex* artículo 4 Ley debe entenderse que no excluye la posibilidad de volverlos a hipotecar o pignorar *ex* artículo 2 Ley.

Desaparecida la prohibición de múltiples gravámenes sobre bienes hipotecados o pignorados, quedamos enfrentados a la inevitable cuestión de resolver

el problema de seleccionar la adecuada regla de preferencia entre derechos compatibles que se imponen/extienden sobre pertenencias[31]. Sin embargo, no es este el lugar para tratar de la cuestión.

Existe, además, una restricción objetiva de gravamen mobiliario sin desplazamiento posesorio para el caso *de bienes (muebles registrables) que estuvieren en proindivisión o pertenecieren en usufructo y en nuda propiedad a varios titulares*. Según el artículo 1.2 LHMyPSD, tales bienes *«solo podrán hipotecarse o pignorarse en su totalidad y mediante el consentimiento de todos los partícipes»*. Tal norma carece en absoluto de justificación, es contraria a todo nuestro Derecho Civil e hipotecario y por ello debería ser suprimida.

Según la Exposición de Motivos de la Ley, el legislador creyó conveniente no permitir la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de ciertos bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallaren en *«situaciones jurídicas especiales»* aún reconociéndose la ausencia de inconvenientes técnicos para ello. Por supuestas y nunca justificadas razones «prácticas», la Ley prohíbe la hipoteca/prenda de cuota indivisa sobre bien registrable y obliga al comunero a hipotecar la totalidad del bien con el consentimiento de todos los demás partícipes; lo que es tanto como decir que se le obliga a conseguir otros tantos hipotecantes aunque no sean deudores. La DGRN ha interpretado incluso que ni siquiera está permitido que el dueño de la totalidad hipoteque una cuota indivisa de su bien; aunque tal supuesto no entre dentro del tenor literal del supuesto de hecho del precepto (*vid*. RDGRN de 29 de noviembre de 1995 en el supuesto de una hipoteca de cuota indivisa de marca; a la sazón, la cabecera de un periódico)[32]. No es necesario recordar que nuestra legislación hipotecaria —por cierto que invocada como supletoria en la disp. ad. 3.ª LHMyPSD— permite expresamente la hipoteca de cuota, como permite también la hipoteca de usufructo (cfr. arts. 216 y 217 RH; artículo 107.1.º LH). El propio Código Civil reconoce expresamente al comunero la legitimación para hipotecar su parte, de suerte que los efectos de la hipoteca queden limitados a la porción que se le adjudique al cesar la comunidad (cfr. art. 399 del Código Civil). Por si fuere poco, a menos que se entienda que la Ley crea un supuesto adicional de inembargabilidad no contemplado en la LEC, lo que me parece ir muy lejos, no hay motivos para entender que es imposible el embargo de cuota indivisa de bien registrable, gravamen inscribible en el Registro de Bienes Muebles *ex* artículos 68 d) LHMyPSD y 34 y 39 RHMyPSD.

VI. LA INEXISTENCIA DE UNA REGLA GENERAL DE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA PRENDA A BIENES SUBROGADOS EN EL LUGAR DE LOS PREVIAMENTE GRAVADOS *«PROCEEDS»*

En Derecho comparado, la extensión legal «automática» de la garantía mobiliaria registral sobre los «bienes subrogados» en lugar de los inicialmente

gravados (los famosos *«proceeds»* o «bienes subrogados»[33]) tiene una posición vertebral en todo sistema moderno de garantías mobiliarias. La idea básica es que como la tutela de la seguridad del tráfico obliga a reconocer una eficacia pobre de la reipersecutoriedad de la garantía constituida sin desplazamiento de la posesión en favor del tercer adquirente de buena fe (*«buyer in the ordinary course of business»* que se corresponde grosso modo con nuestro tercero del art. 464 del Código Civil); tal situación queda reequilibrada por una generosa formulación legal de las reglas de extensión objetiva de la garantía sobre bienes subrogados en lugar de los enajenados, con y sin consentimiento del acreedor, y, en general sobre ciertos bienes «asimilados» a los subrogados por tener «causa cierta» identificable en los mismos bienes (son *«trazables»*). De esta forma, se asegura al acreedor la conservación del valor de la base objetiva de la garantía no obstante la salida del bien del patrimonio del garante en términos «regulares» (cuando la disposición del bien gravado es conforme a lo pactado o consentida libremente, así como cuando se pierde o consume conforme al destino comercial o de producción) e incluso en enajenaciones irregulares (cuando se enajena ilícitamente pero el tercero adquiere posición inatacable).

La regulación contenida en el artículo 9 del UCC norteamericano es ejemplar al respecto, y consiste en:

a) *Una definición legal amplísima del concepto de los «proceeds»* o «subrogados»: s. 9-102 (64) UCC[34]. Bajo el régimen del artículo 9 UCC el concepto de *«proceeds»* comprende no solo los bienes/derechos que sustituyen a los enajenados/perdidos y previamente gravados por causa de «subrogación real» (*«exchange and replacement cases»*) sino, también, a ciertos bienes o derechos futuros que sin ser estrictamente de reemplazo o «subrogados» mantienen con los originariamente gravados una «estrecha relación» aunque no se pueda hablar aquí, en sentido estricto, de subrogación real (*«close association cases»*) cual es el caso, por ejemplo, de los «frutos civiles» de aquellos (rentas y dividendos). Se incluyen como *«proceeds»* tanto el precio/contrapartida (*«cash proceeds»; pretium succedit loco rei*) como los bienes subrogados (*«non-cash proceeds»; res loco rei*) así como, en fin, incluso, los subrogados de subrogados (*«proceeds of proceeds»*) siempre que sean *«identifiable and traceable»*.

b) Una presunción de «extensión objetiva» de la garantía (*«attachment»*) sobre los bienes subrogados en lugar de los previamente gravados que opera «automáticamente» o por ministerio de la Ley y sin necesidad de pacto expreso al respecto: section 9-315 (a) 2 UCC. Esto diferencia a los *«proceeds»* de los demás bienes futuros (*«after-acquired property»*) cuya sujeción al gravamen requiere de previsión en el título constitutivo de la garantía (*vid. infra*).

c) Una regla de preferencia según la cual la prioridad de la garantía sobre los *proceeds* se gana o retrotrae desde la eficaz constitución de la garantía contra terceros (desde la *«perfection»* normalmente mediante inscripción o *«filing»*)

sin perjuicio de la eventual protección de los que adquieren luego derechos por financiar la adquisición (la famosa regla de prioridad invertida a favor del *Purchase Money Security Interest*): & 9-315 (a)[2] y 9-324 UCC.

En la elaboración de la Ley de 1954 pesó mucho, como siempre, la tradición romanista del *«Pignus Tabernae»* y en particular, la discusión científica sobre la eventual existencia de una regla de subrogación legal como mecanismo técnico que servía para explicar la eventual sujeción de ciertos bienes futuros en la constitución de garantías sobre *universitas facti* o «colectividades», posibilidad que era tan habitual en el Derecho romano clásico e intermedio. La doctrina intermedia siempre defendió que la existencia de patrimonios relativamente separados entrañaba de manera «natural» la aplicación del instituto de la subrogación real[35]. Así las cosas, se advirtió entonces que la extensión objetiva de la garantía sobre bienes futuros que se integraban *ex* post en el conjunto dinámico no exigía el recurso a la explicación técnica tradicional puesto que tal extensión objetiva nacía sencillamente de la constitución del gravamen *sub specie universitatis*… y aunque no existiera subrogación real en sentido estricto.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurre en Derecho comparado y en nuestro Derecho histórico, el legislador de la Ley de 1954 *no optó por establecer una regla general de subrogación real en nuestro Derecho positivo de garantías registrales mobiliarias* (es decir: una regla de extensión de la garantía a bienes subrogados en el lugar de los previamente gravados) sino una regla particular de obligación legal de reemplazo o de «conservación del valor del stock» en las mercaderías.

Según la Ley de 5 de diciembre de 1941, el que fue artículo 1865 bis del Código Civil rezaba lo siguiente: *«Podrá también garantizarse el cumplimiento de una obligación con prenda sin desplazamiento constituida sobre un conjunto de cosas de calidad determinada y en cantidad variable entre los límites previamente pactados. En tal caso, las cosas pignoradas que se enajenen serán sustituidas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalentes»*. Dicho precepto es, con algunas diferencias —y referido en exclusividad a mercaderías y materias primas en sede de hipoteca de establecimiento— el antecedente inmediato del fundamental artículo 22 & 2 de la LHMyPSD: *«Quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio, pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos de comercio»*.

Obsérvese que existen diferencias fundamentales entre uno y otro precepto:

I. La Ley de 1941 establecía una regla general de reemplazo que valía para toda prenda sobre conjunto dinámico de bienes corporales mientras que la Ley

de 1954 solo refiere la regla a materias primas y mercaderías y, además, exclusivamente en sede de hipoteca de establecimiento. No existe inconveniente en extender la misma regla de reemplazo establecida en sede de hipoteca mobiliaria de establecimiento a los casos de prenda sin desplazamiento de mercaderías y materias primas de los artículos 52 y 53 Ley. No obstante, se antoja muy difícil averiguar la intención del legislador en relación con el alcance, si es que existe, del deber de reemplazo en los demás casos como en la prenda de ganado, de bienes de colección, maquinaria, etc.

II. Bajo la Ley de 1941 debía fijarse en él, aparentemente, un límite inferior y otro superior (de cantidad/calidad/valor): el «suelo» funcionaba como «saldo mínimo» a efectos del cumplimiento periódico del deber de restitución o de reemplazo y el «techo» determinaba el máximo de lo gravado (el resto quedaba libre). En cambio, la Ley de 1954 se contenta con el «saldo mínimo» y en el bien entendido que debe mantenerse un conjunto de bienes (de la calidad y características especificadas en el título, se entiende), «en cantidad y valor al menos igual o superior». Los bienes en exceso de los límites fijados en el título— en relación con la cantidad o/y el valor del conjunto— que permanezcan en el local, se entienden ahora gravados.

Después de VALLET DE GOYTISOLO[36] hay cierto acuerdo doctrinal en señalar que dicho precepto de la Ley no consagra una regla general de subrogación real en la hipoteca mobiliaria o en la prenda sin desplazamiento… al menos, en el sentido estricto o técnico del término[37]. Es obvio que para que —en caso de regular cumplimiento por el pignorante de su deber de reemplazo— se extienda la garantía sobre el objeto corporal de reemplazo que ingresa en el local fijado en el título, no es necesario rastrear la procedencia del bien hasta encontrar su antecedente/correspondiente en un bien originariamente gravado que ha salido del conjunto por causa lícita o ilícita. Dicho de otra manera: la hipoteca o la prenda sin desplazamiento se extienden «automáticamente» sobre las nuevas mercaderías/materias primas que se traen al establecimiento o al almacén… pero sin necesidad de acreditar que hayan sido adquiridas por el pignorante con dinero procedente de la enajenación de otras mercaderías a los clientes o por el empleo a fines industriales de las materias primas previamente gravadas. Los bienes de reemplazo quedan sujetos desde la constitución del gravamen mobiliario como bienes futuros y en razón de la determinación del objeto de gravamen como conjunto dinámico o *sub specie universitatis*.

La subrogación real sobre los *«proceeds»,* como regla legal de extensión objetiva de la garantía, tiene, pues, un papel marginal en nuestra dinámica de las garantías reales mobiliarias típicas bajo la Ley de 1954 puesto que en puridad solo se aplica a la prolongación de la garantía sobre el justiprecio o la indemnización del seguro. Ello no es óbice a que las partes convengan, en la constitución de la garantía, la extensión objetiva del gravamen sobre ciertos

bienes futuros como tengan por conveniente (*«after-acquired property»*). Si se quiere ver así, estaremos, en su caso, ante una suerte de posible extensión objetiva (mejor que «subrogación») de naturaleza voluntaria o convencional: a falta de regla expresa en la Ley de extensión objetiva de la garantía constituida sobre bienes «subrogados» en su sentido más estricto, no hay inconveniente a que las partes convengan, con la extensión y alcance que prefieran, incluso implícitamente, la extensión objetiva o «prolongada» de la garantía sobre ciertos bienes futuros que podemos calificar de bienes de «reemplazo», entendido este término en un sentido amplio y de conformidad con la dinámica de circulación, altas y bajas, que se pacte para el conjunto de bienes.

Contrástese el mecanismo de «subrogación impropia» del artículo 22 LHMyPSD con la previsión que encontramos, en Derecho de sucesiones común, en la disciplina del derecho de reversión consagrado en el artículo 812 del Código Civil que establece una regla de subrogación real prácticamente igual de amplia que la americana sobre *«proceeds»*. Bajo el modelo paradigmático de subrogación del artículo 812 del Código Civil quedan sujetos al deber de restitución (i) Los bienes originariamente afectos si subsisten cuando se hace efectivo el ejercicio del derecho de reversión y (ii) si hubieran sido enajenados, las acciones que se tuviera con relación a ellos, el precio si se hubieran vendido, o los bienes con que se hayan sustituido si los permutó o cambió. Es decir: la cosa por la cosa (como en la permuta), el precio por la cosa vendida, expropiada o enajenada (cosa por precio) y la cosa adquirida con el precio procedente de la enajenación de la cosa originariamente gravada (subrogación de segundo grado de cosa por precio de cosa).

Esta opción legislativa de abandono de la subrogación real como principio vertebral del sistema de garantías registrales mobiliarias posiblemente se justifique en la necesidad de ahorrar a las partes y al sistema jurídico los problemas —no precisamente triviales como demuestra la experiencia americana propósito de las *«Rules for Tracing Proceeds»*— de prueba de la procedencia de los bienes cuya afección se cuestiona y que son inherentes a toda regla de subrogación real en sentido estricto y muy especialmente cuando el dinero procedente de la enajenación de las mercaderías o bienes que salen del patrimonio del pignorante ingresa en una cuenta corriente indistinta con la que se hace frente a los gastos generales del negocio[38].

En nuestro derecho, basta con que las mercaderías ingresen en el local que se determina en el título como *status loci*… aunque no hubieran sido compradas con dinero de mercaderías enajenadas e, incluso, aunque ni siquiera hubiera el pignorante terminado de cobrar su precio del comprador, de existir este. El acreedor garantizado puede comprobar el cumplimiento regular del deber de reemplazo a través de los amplios derechos que le concede la Ley para supervisar la existencia, calidad, cantidad y estado de los bienes en el local que se fijare en el título: cfr. artículos 59 y siguientes. Obviamente, faltando el *status loci*

(bienes corporales sin ubicación estable), habrá que estar a los criterios que se establezcan para permitir la sujeción de cada bien en concreto al gravamen por su ingreso en el conjunto y en cuanto al derecho de supervisión del estado de los bienes comprendidos en el conjunto (*vid*. supra en cuanto a este particular).

En los Derechos que siguen el modelo del UCC norteamericano se distingue entre los *«proceeds that are goods»* (bienes subrogados) y *«cash proceeds»* (créditos subrogados). Los bienes subrogados —nosotros diríamos bienes «de remplazo»— son el resultado de la permuta o, lo más habitual, de la adquisición con dinero procedente de la enajenación de bienes gravados (*«proceeds acquired with cash proceeds»*). Los «bienes» de reemplazo pueden ser de la misma especie que los originariamente gravados (una mercadería por otra mercadería) o, incluso, de distinta especie (una maquinaria que se compró con dinero procedente de la enajenación de la mercadería gravada).

En el Derecho comparado de los sistemas afiliados al modelo del artículo 9 del UCC, uno de los problemas capitales de la posible extensión de la garantía sobre los *«proceeds»* de los bienes previamente gravados reside en el requisito de «rastrear» o probar el origen y causa de los mismos. Solo se entiende que están gravados como *«proceeds»* aquellos bienes respecto de los cuales pueda demostrarse cumplidamente su rastro causal hasta un bien previamente gravado (*«proceeds identifiable and traceable»*). Las enormes dudas y vacilaciones de la doctrina y de la jurisprudencia norteamericanas y de otros ordenamientos en punto a los medios y mecanismos lícitos para «rastrear» los créditos dinerarios y acreditar su condición de subrogados o *«proceeds»* no son de estudiar aquí.

Para hacerse idea de la abrumadora complejidad de las soluciones adoptadas al problema, pueden verse los criterios sentados en los tribunales de Canadá para «rastrear» los *«proceeds»* (*«Rules for Tracing Proceeds»*)[39]. El caso más habitual examinado por doctrina y jurisprudencia es el del depósito del importe de la enajenación o realización del bien originariamente gravado en una cuenta indistinta del deudor[40]. Es decir: cuando su importe no se deposita en una cuenta especial para ello. Como quiera que esto no suele quedar resuelto en los Derechos inspirados en el artículo 9 del UCC, la jurisprudencia suele forjar algunas reglas o criterios como, por ejemplo, la del saldo intermedio más pequeño (*«lowest intermediate balance method»*). Se presume que el deudor retira de la cuenta antes el montante libre o parte no gravada que lo que monta el dinero subrogado. La parte del saldo gravado como *«proceeds»* se presume permanece en la cuenta siempre que el saldo total de la misma sea igual o superior a la cantidad afecta. Si el saldo total de la cuenta deviene inferior, los derechos del acreedor se reducirán a la cantidad representada por el saldo mínimo de la cuenta en el periodo intermedio desde la enajenación del bien y la ejecución de la garantía. Así, suponiendo que el deudor enajena el bien gravado por 1000 cuyo importe se deposita en una cuenta con un saldo inicial de 1300. Si posteriormente se retiran 500 (saldo 800); se ingresan 300 (saldo

1100); se retiran por segunda vez 500 (saldo 600) y se ingresan otra vez 1000 (saldo 1600), la afección será la del saldo intermedio más bajo; a saber: 600.

También se plantean similares problemas en el caso de la transformación del bien gravado y la extensión del gravamen sobre el bien resultante de la transformación y sobre el precio de enajenación del bien resultante del proceso. Bajo la regla del & 9-336 UCC 1999, por ejemplo, si A y B son acreedores pignoraticios sobre un stock de azúcar y otro de harina cuyo coste se utiliza para confeccionar pasteles industriales; la garantía de A y B recaerán sobre aquella fracción del stock de pasteles —y su precio de venta— en proporción a los costes de los materiales empleados.

No obstante, existe una regla particular de subrogación real en sentido estricto en el artículo 5 de la Ley en materia de indemnizaciones por siniestro (extensible a eventual expropiación). Tal regla es equiparable a la establecida en sede de hipoteca inmobiliaria en el artículo 110.2.ª LH. En sede de usufructo *vid*. artículos 518 y 519 del Código Civil con análogo fundamento y alcance de la regla de subrogación real.

En cuanto a la naturaleza de la subrogación del artículo 5 LHMyPSD, estamos ante una auténtica subrogación real —y una mera subrogación imperfecta como ocurre con la hipoteca inmobiliaria— por cuanto el régimen jurídico de sujeción es el mismo de prenda por prenda: siniestrada o expropiada la cosa gravada con prenda sin desplazamiento, la prenda subsiste o «continúa» como prenda sin desplazamiento de crédito (cfr. art. 54 en relación con el art. 57. Cuarto LHMyPSD) y la garantía puede «prolongarse» o continuar su efectividad como «garantía financiera» del Real Decreto-ley 5/2005 cuando el importe de la indemnización se ingresa en una cuenta y se inmoviliza su saldo en la forma habitual.

El hecho determinante de la subrogación es sin duda el obvio del siniestro en relación con la indemnización del seguro que se haya pactado constituir o que se hubiera constituido por obligación legal. La Ley no impone con carácter general una obligación de asegurar la cosa dada en prenda como requisito de constitución del seguro, pero puede pactarse lo que se estime conveniente. De concertarse seguros, deberán identificarse en el título (art. 57 Cuarto). La falta de pago de la prima del seguro de los bienes gravados, cuando proceda el aseguramiento, faculta al acreedor para dar por venida la obligación o para abonar su importe por cuenta del obligado a su pago (art. 6 LHMyPSD). En principio, a falta de pacto expreso, como quiera que son de cuenta del deudor los gastos y expensas para la debida conservación de la cosa empeñada (cfr. art. 61 Ley), la prima del seguro corresponde al pignorante.

Obviamente, la Ley no menciona la expropiación en su artículo 5, como sí hace la Ley hipotecaria en su artículo 112 LH quizás porque pudiera pensarse en ello. Con todo, es obvio que por motivos de interés público pueden expropiarse bienes muebles corporales gravados con prenda (pensemos en bienes

de colección o antigüedades expropiables según la legislación de defensa del patrimonio histórico-artístico), en cuyo caso el justiprecio queda afecto al gravamen como prenda de crédito.

Creo, también, con VALLET, *que existen buenas razones para extender la aplicación analógica del artículo 5 Ley a los casos de ilegal enajenación de la cosa cuando esta es irreivindicable en manos de tercero de buena fe*. Entiendo que cuando el pignorante infringe la prohibición de enajenar y el tercero adquiere *a non domino* (por aplicación del artículo 85 CComercio o el art. 464 del Código Civil) la cosa gravada, el acreedor garantizado puede dirigirse contra el comprador para recuperar la parte del precio aplazado y para el ejercicio de las demás acciones que le correspondan contra el comprador (arg. *ex* art. 1186 del Código Civil). A tal efecto, enterado de la «privación ilegal» realizada por el pignorante, el acreedor garantizado podrá denunciar el hecho al comprador constituyéndole en la obligación de no pagar el precio aplazado al vendedor-pignorante por aplicación analógica de lo previsto en los artículos 112 LH y 5 LHMyPSD. Esta *denuntiatio* —como ocurre en la cesión de créditos en relación con el deudor cedido— no libera al comprador que paga al pignorante.

Obviamente, no puede despreciarse la posibilidad de que las partes convengan en el título de constitución un pacto de subrogación convencional. Por ejemplo, como suele hacerse en la reserva de dominio convenida al modo alemán[41], si se dijere que en caso de trasformación o aplicación de la materia prima gravada con prenda sin desplazamiento —amén del deber de reemplazo a cargo del pignorante *ex* artículo 22— la prenda sin desplazamiento se extiende sobre los productos, objetos transformados o fabricados con esas mismas materias primas.

VII. PRENDA SOBRE BIENES FUTUROS

1. La posibilidad de dar en prenda sin desplazamiento bienes futuros corporales («*after-acquired property*»).

La prenda sin desplazamiento normalmente entraña el gravamen de bienes futuros, entendiendo por tales los inexistentes en el patrimonio del pignorante en el momento de la contratación de la garantía.

En puro Derecho privado, no se ven obstáculos para sujetar a una prenda sin desplazamiento bienes futuros ya que el artículo 1271 del Código Civil permite contratar sobre cosas futuras. Por otra parte, ni siquiera puede aducirse a favor de la prohibición de constitución de tales garantías razones históricas: quizás convenga recordar que Las Partidas admitieron expresamente el «pignus» sobre cosa futura[42].

En puridad, se trataría de cosas aún no existentes pero de existencia posible; bien porque se espere que su existencia se deba al contratante que fabrique, críe, descubra o extraiga el bien en cuestión; bien porque para que la cosa alcance su existencia sea necesaria la intervención de un tercero (un tercero constructor o armador) o bien, por fin, porque su producción o generación es espontánea por obra de la naturaleza. El contrato sobre cosa futura no es un precontrato (cfr. STS de 17 de junio de 1986) y, como se sabe, puede configurarse como *venditio spei* (contrato aleatorio en que uno de los contratantes asume el riesgo de que la cosa no llegue a existir) o *venditio rei speratae* (contrato sometido a la *conditio* de la existencia de la cosa futura).

La doctrina civilista defiende la admisibilidad y eficacia obligacional del convenio de prenda manual sobre cosa futura en el bien entendido que el derecho de prenda solo comenzará respecto de esa cosa como tal derecho real —y con su preferencia concursal y extraconcursal, desde que la cosa misma contemplada exista y solo cuando el acreedor tomare de ella posesión. Mientras tanto, solo existe una promesa de prenda. En cambio, en nuestro Derecho positivo mobiliario-registral, hemos de admitir la posibilidad de garantías mobiliarias no posesorias sobre cosas futuras al amparo de lo establecido en la Ley de 1954, en la LHN y en el viejo RRM en que los efectos jurídico-reales se despliegan desde la regular constitución registral (así la prioridad) aunque, como es lógico, la prenda sobre sujetará a la cosa con efectos reales en el supuesto de que la cosa contemplada llegue a existir (la existencia funciona como *conditio iuris* de su eficacia real pero los efectos se retroatraen al momento de constitución registral). En cambio, la legislación especial de VP y *leasing* presupone la existencia de la cosa para la inscripción del contrato en cuestión, aunque no quede muy claro si es esto en lo que está pensando el legislador cuando pronuncia enfáticamente en la Ordenanza la no inscribibilidad de *«los contratos preparatorios o actos preparatorios de otros inscribibles»* [art. 6.1 a) LVP][43].

En la LHMyPSD, expresamente, se admite el gravamen de mercaderías futuras de reemplazo junto con la de materias primas que se reponen después de su aplicación al proceso de producción (en la hipoteca de establecimiento *ex* art. 22 &2 LHMyPSD y, por ende, también en la prenda se mercaderías *ex* art. 53. Segundo). Siguiendo la tradición que ya viene desde la obra de CATÓN y, por supuesto, de la legislación anterior de prenda agrícola, no solo se permite la prenda de frutos separados sino también de frutos pendientes (de frutos que están en el árbol, por ejemplo) y hasta sobre la cosecha esperada (cfr. art. 52 LHMyPSD). Es evidente que el legislador permite que la prenda de rebaño comprenda también las crías futuras como ocurre con el usufructo (cfr. art. 499 del Código Civil) y en el Derecho histórico (en el *pignus gregis* del Digesto) porque el artículo 52 menciona a los animales junto con sus crías y productos (apartado Segundo), etc.

Podemos decir que esta misma admisibilidad de prenda sobre cosa futura puede generalizarse a los demás casos de bienes pignorables: el deber de conservación de máquinas que se determinan genéricamente previsiblemente requiere la reposición de las gastadas por su aplicación industrial normal conforme al uso de comercio o industrial y, en fin, es lógico contemplar que las colecciones gravadas *ex* artículo 54 Ley tengan nuevas entradas de bienes que posiblemente se querrán sujetos al gravamen del conjunto. También el artículo 9 del Decreto 3837/1970 admite la prenda sin desplazamiento de películas que están todavía en realización. La cosa no plantea problemas en la práctica registral: *vid*., por ejemplo, la RGDRN de 16 de noviembre de 1972, por todas, en que se admite garantía sobre maquinaria futura por referencia a dos partidas de maquinaria que aún no estaban en la finca ni pertenecían todavía al pignorante.

El legislador a veces es cauteloso en punto a la admisibilidad de la garantía sobre cosa futura. Esta precaución no siempre está justificada. Por ejemplo: cuando exige que la cosecha esperada sea exclusivamente la del año agrícola (cfr. art. 52.1.º LHMyPSD); sin que se entiendan muy bien los intereses que protege la necesidad legal de constituir prenda año a año (como ocurre en el famoso caso de la STS de 6 de mayo de 1995 con dos prendas sin desplazamiento sobre las cosechas de los años 1984 y 1985 y una hipoteca inmobiliaria con extensión a frutos). También demuestra prudencia cuando permite la hipoteca mobiliaria de bienes registrables en construcción tratándose de buques (art. 16 LHN) o aeronaves (art. 38.3 LHMyPSD) exigiéndose no solo que haya comenzado la construcción sino que, además, se hubiere invertido una parte (en concreto: un tercio) de la cantidad presupuestada.

A efectos de dar cumplimiento al principio de especialidad registral en estos casos, basta con que la cosa futura sea determinable. A tal efecto, basta con que en el título se contenga una regla de determinabilidad suficiente del bien susceptible de ser gravado según la forma de constitución de la garantía y lo que se pretenda por las partes: no es lo mismo sujetar bienes futuros como partes integrantes de un género o «conjunto dinámico» (las cosas futuras son determinadas *sub specie universitatis*) que contemplar la posible sujeción específica de bienes futuros determinables al gravamen ya constituido y tras su eventual (futura) individualización.

Como vemos, el caso más típico de pignoración de bienes futuros es el supuesto de constitución de garantías sobre género o sobre conjuntos dinámicos de bienes.

Efectivamente: (i) En la *prenda de género o de bienes determinados genéricamente*, porque la obligación de conservar la sustancia se traduce en la de mantener bienes en cantidad y en valor gual o superior al que se determine y, a tal fin, reponer los bienes que hayan desaparecido por su uso o porque han sido aplicados a su destino con otros de reemplazo (cfr. art. 22 LHMyPSD); (ii) *En la prenda de los «conjuntos dinámicos»*, en la medida en que la determinación

del conjunto como unidad objetiva del derecho de prenda y la consideración de los bienes integrados en el conjunto *sub specie universatis* usualmente llevará a que bienes futuros integren el conjunto y se sujeten con la entrada a la prenda para «rellenar» los huecos dejados por bienes que salen del mismo por su uso o aplicación.

Tampoco *puede despreciarse que interese a las partes que se sujeten individualmente a la garantía, como bienes específicos, los correspondiente bienes futuros contemplados en el contrato, sobre todo si son de valor singular, y de suerte que quedan sujetos a la garantía ya constituida, con efectos retroactivos, a medida que vayan surgiendo en el patrimonio/explotación del garante*.

Por ejemplo: si se contemplara que la maquinaria del establecimiento se sujetare al gravamen no como género (como si dijera: toda la maquinaria existente en el local X) sino específica e individualmente… con la consiguiente eventual reipersecutoriedad frente a tercero no protegido en su adquisición. Será entonces, en este último caso, necesaria una descripción individualizada y singular del bien cuando proceda: habrá que modificar el contrato original para adicionar el bien y modificar en este sentido la inscripción[44]; el deudor puede incluso autorizar al acreedor a remitir al Registro un listado actualizado (con altas y bajas) de bienes que se quieren sujetar específicamente al gravamen.

2. El problema de la determinación de la extensión objetiva del gravamen mobiliario sobre los bienes de reemplazo en «conjuntos dinámicos»

El legislador de la Ley de 1954 solo regula con algún detalle la extensión objetiva de la prenda sobre los bienes de reemplazo en el caso de que se den en prenda mercaderías y materias primas. Presupone en ambos casos, y solo bizarramente en hipoteca mobiliaria de establecimiento, que quedan liberadas de prenda las mercaderías vendidas en el comercio y, acaso, las materias primas aplicadas a procesos industriales, con la obligación de conservar *el tantundem* durante la fase de seguridad de la prenda. A saber: debe asegurarse *ex* artículo 22 Ley un *«saldo mínimo de bienes gravados»* en cantidad y calidad al menos igual al que se determine en el título constitutivo (p. ej. las X toneladas de trigo de la calidad Y) y hacer la reposición de las mercaderías vendidas o las materias primas empleadas *«con arreglo a los usos de comercio»*. Se supone que en cuanto «depositario» en la ficción legal del artículo 59 Ley, el pignorante debe conservar el *tantundem* si las cosas desaparecen aplicándolas a su destino toda vez que se le reconoce derecho de usar la cosas (y el deber de conservarlas) «sin menoscabo de su valor». Ese principio de conservación del *tantundem* se trae del derecho anterior a la Ley y se inspira en soluciones similares en contratos civiles en que se impone deber de conservación y de restitución de cosas fungibles: el artículo 22 Ley da al problema solución similar a la diseñada para

el usufructo de cosas que pueden usarse en el artículo 482 del Código Civil o para el mutuo en el artículo 1753 del Código Civil. El incumplimiento de esa obligación da derecho al acreedor a instar la devolución de la cantidad adeudada por vencimiento anticipado de la obligación garantizada o la inmediata venta de los bienes sin perjuicio de las indemnizaciones que corresponda (cfr. art. 62 Ley). Por lo demás, puede comprobar la existencia e inspeccionar el estado del saldo existente conforme a lo previsto en el artículo 63 Ley.

El problema es que fuera del caso anterior, *no resulta claro cómo ha de funcionar la reposición y extensión del gravamen sobre las cosas futuras a falta de pacto expreso sobre el particular*. Por ejemplo, ausente una norma similar a la del usufructo de rebaño del artículo 499 del Código Civil, ¿es exigible del pignorante con prenda de ganado reemplazar con todas las crías nacidas las cabezas que mueran anualmente o bastará con que mantenga un número y calidad de cabezas, reses o animales que respete el saldo mínimo? Similares dudas se plantean en la prenda sobre maquinaria (¿se extiende la hipoteca a todas las máquinas que se encuentran en el local adscritas a la explotación o solamente a las originarias y a las que reemplazan a las inutilizadas?) o en la prenda de bienes de colección (¿se extiende a las nuevas adiciones a la colección?), etc. Con todo, la cuestión parece haber preocupado muy poco a la doctrina y probablemente con razón *porque cabe esperar que el acreedor pacte estos extremos en el título de constitución de la prenda sin desplazamiento*. Puede pactarse en el título lo que convenga a las partes: que no haya reemplazo (por ejemplo si se limitare a los bienes depositados como si se pignorare vino que envejece en barrica y que no se espera vender) o que funcione el reemplazo con la extensión y condiciones que se quiera (por ejemplo si obligare a sustituir el cuadro vendido con nuevas incorporaciones de valor al menos igual al estimado por experto, etc.).

Ahora bien, conviene aclarar que el hecho de que se pacte que la garantía mobiliaria se extienda sobre un conjunto dinámico de bienes determinado genéricamente —o sub specie universitatis— *no significa que nuestro Derecho contemple en este caso la constitución de una suerte de «prenda flotante»* (*«floating charge»*) como las que habitualmente se contratan en Derecho del Common Law[45]. Según este último modelo explicativo, la preferencia de la garantía mobiliaria sobre bienes genéricamente determinados no «cristaliza» o no sujeta, con carácter jurídico-real, a los bienes adscritos hasta que se exija el cumplimiento de la obligación… y de suerte que los actos de ejecución y de gravamen intermedios (desde la constitución de la garantía hasta su efectividad y que son realizados en la «fase de seguridad») perjudican siempre el derecho del acreedor. En el modelo de nuestra prenda sin desplazamiento constituida *sub specie universitatis*, en cambio, la garantía sujeta los bienes del conjunto en la fase intermedia o de seguridad sin perjuicio de poder liberarlos del gravamen por actos de disposición o circulación («desafectación»)[46].

Creación jurisprudencial del Derecho inglés[47], la *«floating charge»* —figura opuesta a la *«fixed charge»*— es aquella garantía sobre una pluralidad de bienes en la que se permite al gravado, expresa o tácitamente, la libertad de disponer, mediante enajenación o gravamen— de los elementos que componen la pluralidad «in the ordinary course of business» y hasta el momento en que la carga se dice que «cristaliza». En Derecho anglosajón se dice que la carga flotante «cristaliza» —básicamente en caso de impago o cumplimiento de ciertas condiciones— cuando el gravamen se «fija» (se transforma en *«fixed charge»*) sobre bienes concretos existentes en ese momento cuya custodia y administración se sustrae del poder del deudor y habitualmente se encarga a un administrador judicial (*«receiver»*).

Lo habitual en Derecho británico es que la *«floating charge»* se imponga sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor. No necesariamente ha de ser así (se admiten cargas flotantes solo sobre bienes presentes o solo sobre bienes futuros o sobre ciertas clases de bienes con o sin deber de reemplazo). Aunque se admite que se pacte un régimen mayor o menor de extensión del gravamen, lo esencial es que por no trabarse la circulación de los bienes estos no estén afectos individualmente hasta que la carga cristalice en un momento dado (normalmente cuando se incumple la obligación garantizada).

Mientras la carga no cristalice y como quiera que los bienes no están aún afectos el deudor puede imponer gravámenes sobre bienes y créditos individuales que pasan antes en prioridad que la carga cuando esta cristalice. O como dice gráficamente el Código Civil de Québec a la que allí se llama «hipoteca abierta»: *«Cuando cristaliza, la hipoteca abierta produce los efectos de una hipoteca, mobiliaria o inmobiliaria, en relación con los derechos que aún conserva el constituyente en ese momento sobre los bienes gravados (…/…)»* (art. 2719 CCQ).

La *«floating charge»* ha sido utilizada como vehículo de la constitución de garantías sobre conjuntos patrimoniales muy amplios, incluso sobre todo el patrimonio empresarial. El Derecho del artículo 9 UCC consigue unos similares efectos prácticos mediante la generosa —y problemática— admisión de las más diversas categorías de bienes/derechos susceptibles de sujeción (*«collateral»* puede ser cualquier cosa o derecho), incluyéndose aquí a los bienes/derechos futuros (*«after-acquired property»*) y a los subrogados de los bienes gravados (*«proceeds»*) que pueden ser gravados en garantía de cualquier clase de obligaciones, incluso las futuras (*«future advances»*).

Algunas sentencias del TS parecen avalar esta tesis en relación con nuestra LH al indicar, de manera bien confusa, y para explicar la extensión automática y dinámica de la hipoteca del artículo 111.1.º LH, que mediante este pacto *«se ha fijado el tiempo de la ejecución como estado final de la unidad pertenencial»* (cfr. por todas, con cita de las anteriores, la STS de 27 de junio de 2007). Parece como si se quisiera decir que antes de la fase de ejecución no existe

sujeción real sobre los muebles colocados en el fundo. Sin embargo, creo que esa tesis carece de fundamento en nuestro Derecho positivo habida cuenta que de los textos legales se infiere que, a menos que del título resulte claramente lo contrario, *también en la fase de seguridad,* la garantía real sujeta los muebles que pertenezcan al conjunto.

3. Eficacia (en principio retroactiva) frente a terceros del gravamen sobre cosa futura

Como hemos visto antes, en lo que hace a determinar la prioridad registral en la colisión de derechos reales y embargos sobre la cosa futura, los efectos jurídico-reales de la prenda sin desplazamiento constituida se despliegan desde la regular constitución registral (así la prioridad) aunque, como es lógico, la prenda sobre sujetará a la cosa con efectos reales en el supuesto de que la cosa contemplada llegue a existir. A saber: la existencia funciona como *conditio iuris* de su eficacia real pero los efectos se retroatraen al momento de constitución registral.

En general, el problema principal de la extensión de los gravámenes mobiliarios sobre cosa futura es el *de la eventual preferencia de la garantía constituida sobre los mismos en relación con,y frente, a los derechos (y la preferencia correspondiente) de los suministradores y acreedores refaccionarios sobre tales bienes*. Los supuestos de colisión son potencialmente numerosos porque se plantean siempre en relación con la extensión, legal o convencional, de la garantía constituida sobre los bienes subrogados y en particular, también, en el caso del gravamen de los accesorios (las partes integrantes o pertenencias que ulteriormente se afectan o integran un mueble o inmueble previamente gravado); incluyendo aquí las mejoras derivadas de la conservación y refacción del bien.

El que inscribe una garantía susceptible de extensión a cosa futura naturalmente aspirará a que su preferencia se anticipe temporalmente de modo que arranque desde la originaria inscripción de la garantía. Por lo tanto, antes de la existencia misma de la cosa. El que pacte o tenga derechos a la extensión del gravamen sobre «subrogados» pretenderá, como es lógico, beneficiarse de lo que los americanos denominan gráficamente «continuidad de la perfección».

Téngase en cuenta, en cambio, que, en caso de prenda global, de universalidades o con extensión a bienes futuros, los suministradores de la cosa, cuando el precio no está todavía satisfecho, o los que tienen un crédito por refacción no pueden anticipar sus derechos: los acreedores por precio aplazado o crédito refaccionario solo pueden hacer efectiva su garantía cuando la cosa se venda a crédito o sea objeto de refacción. ¿Esto supone que necesariamente dichos acreedores hayan de resultar siempre postergados (son de peor rango que los de los acreedores que en su día inscribieron)? ¿Es razonable que sean postergados

por el mero hecho de la previa existencia de un gravamen con extensión sobre esa cosa futura?

La cuestión ha obsesionado a los redactores de sistemas registrales inspirados en el artículo 9 del UCC norteamericano y se resuelve en una regla de superprioridad de los denominados *«purchase money security interests»* (en su lenguaje críptico: PMSI) en contra de la regla de la preferencia según el *«prior tempore»* (*«prior filing»*) de los derechos inscritos. En los sistemas de esta familia, un *«security interest»* enormemente habitual sobre todos los bienes muebles del deudor, presentes y futuros, aunque la garantía fuese debidamente inscrita y anterior, no se considera preferente respecto del derecho, posterior en el tiempo, de un vendedor a crédito de un bien mueble que inscribe su propio derecho de PMSI dentro del plazo de gracia que se le concede (20 días a contar desde que el deudor adquiere la posesión de la cosa).

La regla de «prioridad invertida» o «superprivilegiada» del PMSI recogida ahora en el complejísimo & 9-324 UCC tiene encontrados opositores y su justificación es controvertida. Con todo, no puede decirse que tal regla sea excepcional en el panorama del Derecho comparado porque un Derecho como el francés, que no pertenece a la misma familia que el americano, llega a similares conclusiones prácticas. Así, en el caso del *«nantisement de l'outillage et du material»* (correspondiente a nuestra hipoteca mobiliaria sobre maquinaria en garantía del pago de su precio), y en el supuesto de incorporación de la maquinaria a un inmueble como bien pertenencial se establece la regla según la cual *«le privilège du créancier nanti (…) subsiste si le bien qui es grevé devient immeuble par destination»* (cfr. art. L.525-8 CCom). En todo caso, es necesario que la garantía real se inscriba en el registro público (el de Comercio) dentro del plazo legal so pena de nulidad. Regularmente constituida e inscrita la garantía mobiliaria del «nantissement» vence esta a la hipoteca inmobiliaria —incluso anterior— con extensión a pertenencias. La doctrina y la jurisprudencia aplican la misma doctrina para resolver el caso de una hipoteca de buques y aeronaves con extensión a las máquinas incorporadas[48].

Para empezar, parece intuitivamente injusto y social y económicamente ineficiente, postergar los derechos de quien facilita la adquisición de bienes por el deudor: ¿quién financiará la adquisición sabedor de que sobre la cosa adquirida por el deudor pasan antes derechos previamente constituidos con extensión a cosas futuras? En evitar esta situación estaba pensando el legislador cuando prohibió que la hipoteca de establecimiento se extendiera a mercancías, materias primas o maquinaria cuyo precio no estuviera íntegramente satisfecho (cfr. arts. 21 y 22 Ley). Amén de lo anterior, es de advertir que la hipoteca se extiende a pertenencias y la pertenencia inmobiliaria existe en el tráfico cuando se produce la adscripción pertenencial… ERGO, de existir un gravamen anterior a la adscripción pertenencial, no es temerario postular que la cosa queda adscrita ya desde ese momento como cosa gravada. Esa parece ser, por lo demás,

la solución que está pensando el legislador de la Ley de Navegación Marítima en su confusísimo artículo 62.2 que está pensando en el caso de una hipoteca naval que se extiende a partes integrantes y pertenencias pero que pasa después sobre ellas en el caso de que un tercero hubiera adquirido derechos por «acto generador de gravamen» (*vid*. también, en sede de hipoteca naval, el art. 134.1 de la misma Ley).

Creo que esta tesis es defendible por las siguientes razones:

a) Por coherencia con la «lógica» del sistema previsto por el legislador de 1954 que trató de preservar siempre incólume el derecho de quien financia la adquisición del bien mueble respecto del derecho de quien eventualmente podía estar interesado en extender su garantía mobiliaria sobre cosa futura. El legislador de 1954 tenía bien presente no solo el caso de la venta con reserva de dominio o con condición resolutoria expresa sino el «simple» privilegio del vendedor del artículo 1922.1.º del Código Civil.

Efectivamente, si se prohibió dar en hipoteca o prenda sin desplazamiento bienes cuyo precio no estaba totalmente satisfecho (*vid*. art. 2 Ley en la antigua redacción) es porque se trataba de preservar incólume la posición del vendedor/financiador de la operación (sea o no suministrador o vendedor). La cosa pareció obsesionar al redactor de la Ley: se permitió incluso la inscripción del contrato de compraventa con precio aplazado *ex* artículo 13 Reglamento de la Ley para evitar que se «colaran» al registrador garantías registrales indebidas. Amén de ello, como es sabido, para evitar la colisión de la garantía con el privilegio del vendedor de cosas por precio aplazado en sede de hipoteca de establecimiento existe una regla particular de prohibición de extensión objetiva de la hipoteca a los bienes de propiedad industrial y a maquinaria, así como a las mercaderías y materias primas, cuando su precio de adquisición no estuviere íntegramente satisfecho: artículos 21 y 22 Ley. *Obsérvese que la reforma de 2007 no ha derogado, por algo será, los artículos 21 y 22 LHMyPSD*.

Si después de la reforma de 2007 se contempló como posible la constitución de subsiguientes garantías sobre el bien muebles previamente registrado con ocasión de anterior garantía, *la única forma razonable de cohonestar el diseño y arquitectura legal de la Ley con la nueva realidad lícita de la pluralidad de gravámenes sobre los mismos bienes es postular la existencia de una regla de inversión de prioridad similar a la que existe en Derecho comparado y que recomienda el UNCITRAL*: que pase antes el derecho de quien financia la adquisición y que continúe o se «prolongue» la preferencia mobiliaria ya constituida no obstante la adscripción del mueble a un inmueble ya hipotecado.

b) Por analogía con lo establecido para la financiación de operaciones sujetas a la LVP o con lo previsto en el artículo 112 LH (aunque en puridad el acreedor no sea un tercer poseedor la defensa de su posición se justifica por idénticas razones) y, en general, con el sistema previsto en los créditos refac-

cionarios en cuyo caso también se establece una inversión del orden natural de preferencias. No es ocioso recordar que existe un fundamento similar de inversión preferencial en el caso del artículo 66 LHMyPSD: los créditos por suministro de semillas, gastos de cultivo etc. pasan antes.

Efectivamente, si se protege en el artículo 112 LH al tercer poseedor del fundo hipotecado frente a una extensión objetivamente indeseable, por inequitativa e ineficiente, de la hipoteca *ex* artículo 111. 1.º LH es precisamente porque el tercer poseedor (comprador, arrendatario, superficiario, etc.) costea la mejora de la finca hipotecada y porque es injusto y socialmente ineficiente desincentivar la incorporación de mejoras a cargo de persona distinta del deudor. Lo mismo cabe decir del privilegio del acreedor refaccionario que es primero sobre la parcela de valor en que resulta mejorado el bien previamente gravado como consecuencia de la refacción.

VIII. MEJORAS, FRUTOS Y EXTENSION A PARTES INTEGRANTES/ PERTENENCIAS

Incumbe al pignorante —y no al acreedor, como en la prenda manual *ex* artículo 1867 del Código Civil— la conservación de los bienes gravados, principales y accesorios, con la diligencia del buen padre de familia: cfr. artículo 17 Ley, por analogía. Como es de sobra conocido, el legislador acude a la ficción de considerar al pignorante como un «depositario» (cfr. art. 59 Ley). Son de cuenta del pignorante las «expensas y gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados»: artículo 61 Ley. En igual sentido, en sede de depósito, *vid*. el artículo 1779 del Código Civil. *Va de suyo, entonces, que la prenda se extiende, aunque nada se diga en el título de constitución, a las mejoras realizadas*. Algo que, por cierto, también ocurre en la hipoteca inmobiliaria (cfr. art. 110.1.º LH).

Los frutos «naturales» de las cosas inmuebles o muebles pueden ser objeto directo (separadamente del bien-madre) de una prenda sin desplazamiento. Así, la Ley menciona expresamente en el artículo 52 a los frutos pendientes y las cosechas esperadas, los frutos separados y los productos de explotaciones agropecuarias o forestales, las crías y productos de los animales (lana, miel, leche, resina…) etc. Con todo, como hemos examinado anteriormente, se plantea el problema de determinar la extensión de la prenda cuando se impone sobre cosas naturalmente fructíferas si no se dice nada en el propio título. El ejemplo típico, otra vez más, es la prenda de rebaños o de animales.

Pues bien, entiendo que es posible formular una regla de extensión objetiva legal de la prenda sin desplazamiento a los frutos de la cosa gravada. Entiendo que, aunque nada se diga en el contrato, a menos que se infiera del mismo

otra cosa, la prenda se extiende sobre los frutos de las cosas empeñadas como ocurre con la hipoteca inmobiliaria «de cualquier clase»: argumento *ex* artículo 110.2.º LH. Es de advertir que la disp. adicional Tercera de la LHMyPSD se remite supletoriamente, en caso de insuficiencia de los preceptos de la Ley, a lo previsto en la legislación hipotecaria. Entiendo, además, que la regla vale tanto para los frutos naturales como para los frutos civiles (ejemplo: rentas derivadas del arrendamiento del bien dado en garantía).

Más problemas de extensión se plantean en relación con las «accesiones». O por mejor decir: los bienes muebles corporales que se integran o se unen a los bienes muebles previamente gravados (partes integrantes y pertenencias de bienes muebles previamente gravados).

Algunos de los bienes gravados (por sí, si se sujetan específicamente o como elementos del conjunto dinámico objeto del gravamen) pueden ser cosas compuestas. Es decir: formadas por partes integrantes y pertenencias. Vale aquí, en relación con los bienes pignorados compuestos, lo dicho para los buques por la Ley de Navegación marítima (cfr. art. 60 Ley 14/2014): son partes integrantes aquellos elementos que constituyen la estructura del bien conforme a su naturaleza y destino socio-económico al que se le aplica sin que puedan separarse del bien sin menoscabo de si entidad y función; son pertenencias los elementos destinados al servicio del bien gravado de una manera permanente, pero sin integrar su estructura; el bien gravado conserva si identidad aun cuando sus partes integrantes y pertenencias sean sucesivamente sustituidas, reemplazadas o cambiadas.

Pues bien, falta en la LHMyPSD una regla clara según la cual la prenda sin desplazamiento se extiende a las partes integrantes y a las pertenencias (no a los accesorios, por cierto). Una tal regla sí existe en la Ley en la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a pertenencias mobiliarias *ex* artículo 111.1.º LH (accesiones de muebles a inmuebles, los *«fixtures»* de la práctica norteamericana); en la hipoteca de aeronaves (art. 39 Ley) y, con mucha mayor claridad, en los buques. Precisamente, los artículos 62 y 134.1 de la Ley de Navegación Marítima son muy claros al respecto: los negocios jurídicos relativos al buque como cosa compuesta se extienden a sus partes integrantes y pertenencias pero no a los accesorios salvo pacto en contrario.

Sin perjuicio de que haya que respetar los derechos legítimamente adquiridos por terceros antes de la adscripción pertenencial o unión con el bien gravado *ex* artículo 56 Ley (por ejemplo, los derechos del vendedor con reserva de dominio sobre el motor que se instala en la máquina; *vid*. art. 62.2 LNM), no debería haber inconveniente para entender que, a falta de pacto expreso, la prenda se extiende, en beneficio del acreedor, a los bienes muebles incorporados o unidos a los gravados. Obviamente, si los bienes muebles unidos pertenecen a tercero distinto del pignorante habrá que estar a las reglas, inútilmente complejas, que rigen la accesión mobiliaria.

Distingamos varios supuestos:

a) *El derecho del propietario de la cosa gravada continúa sobre la cuota proporcional del bien resultante*; como en los supuestos de los artículo 381 y 382 del Código Civil.

En ese caso el derecho del acreedor continúa sobre la cuota proporcional en el conjunto (misma solución para los *«commingled goods»* en el & 9-336 UCC). Así, si se mezclan mercaderías, ganado sin marcar, materias primas, etc… de distintos dueños alguno de los cuales soportaba un gravamen mobiliario previo, el acreedor conserva su derecho sobre la cuota correspondiente. Según entiende la mejor doctrina, esta comunidad incidental no viola la prohibición del artículo 1 LHMyPSD (prohibición de hipoteca o prenda de cuota).

b) *El derecho del propietario de la cosa gravada se pierde por accesión en favor de tercero y a cambio de una indemnización*, como ocurre en el caso del 375 del Código Civil.

En ese supuesto, lo razonable es entender que la hipoteca o la prenda sin desplazamiento se extiende a la indemnización (cfr. art. 5 LHMyPSD) en concepto de subrogado real del bien desaparecido.

c) *El caso más problemático es el de que el propietario de la cosa gravada pierda su derecho por accesión, confusión o conmixtión con otra y sin derecho de indemnización*. Por ejemplo: cuando *ex* artículo 382.2 del Código Civil el propietario de cosa mueble la mezcla o confunde con otra de mala fe.

Habrá que aplicar las reglas sobre menoscabo o pérdida de la cosa empeñada *ex* artículos 62 y siguientes Ley.

Acabemos señalando, en fin, que nuestra legislación de garantías mobiliarias suministra pobre fundamento normativo para solucionar los complejos problemas de colisión de varias garantías mobiliarias sobre pertenencias mobiliarias: hipoteca mobiliaria con extensión a pertenencia *vs*. hipoteca mobiliaria autónoma o prenda sin desplazamiento sobre la misma pertenencia; hipoteca mobiliaria o prenda *soin* desplazamiento *vs*. reserva de dominio también en pertenencias, etc. Pero este tema no es objeto de este estudio y lo dejamos para otra ocasión.

NOTAS

[1] *Vid*. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El registro de bienes muebles*, Marcial Pons, 2005, pp. 89 y sigs. IDEM, en La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias, en: LAUROBA, M. E. y MARSAL, J. (eds.). *Garantías reales mobiliarias en Europa,* Marcial Pons, 2006, pp. 91 y sigs.

[2] *L'Ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della publicitá*, Roma, 1932, pp. 141 y sigs.

[3] *Estudios sobre garantías reales*, Montecorvo, 1984, 2.º ed., p. 246.

[4] Se define «collateral» en &9-102(a)(12) del UCC de 1999.

[5] HENRY J. BAILEY III-RICHARD B. HAGEDORN, *Secured Transactions*, West Group, 2000, pp. 31 y sigs.

[6] *Vid*. ROJO AJURIA, L., Las garantías mobiliarias (fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América), *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 717 y sigs.

[7] Fruto de una labor privada de «codificación», el modelo del Uniform Comercial Code norteamericano (de aquí en adelante, «UCC») no solo ha sido acogido por todas las legislaciones de todos los estados de la Unión —incluso en Luisiana, de tradición romanista— sino que goza de una enorme popularidad y una fuerza expansiva internacional que es absurdo negar. No hay año en que no ingresen nuevos estados en el «club». Ya no se trata tan solo de las diversas legislaciones estatales de Canadá (una *Personal Property Security Act* en cada provincia; especialmente también en la de Québec) o de la legislación australiana (*Australia Personal Property Securities Act* 2009) o la de Nueva Zelanda (*New Zealand Personal Property Securities Act* 1999). En nuestro propio área cultural acaba de aprobarse, en febrero de 2002, por la Organización de los Estados Americanos, una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias afiliada a este modelo y, cuando esto escribo, las propias Naciones Unidas, a través de una de las comisiones de trabajo de Uncitral, está elaborado una Guía legislativa sobre el particular; Guía en que la inspiración en Derecho norteamericano ofrece pocas dudas. No está de más recordar que existen otras iniciativas internacionales similares, como la representada por la Ley Modelo del *European Bank for Reconstruction and Development* para los países de Europa del Este (*European Bank's Model on Secured Transactions*); por no citar otros casos más exóticos como es el de la Ley uniforme de la *Organisation por l'Harmonisation en Afrique du Droits des Affaires* (OHADA).

El artículo 9, que lleva el título de «operaciones garantizadas» («secured transactions»), es el más complejo y probablemente el más estudiado e influyente de cuantos contiene el famoso «Código». La aportación científica fundamental en esta materia es la de Grant GILMORE, cuya obra clásica, en dos volúmenes, *Security interests in Personal Property*, Little, Brown & Company, 1965, aunque desfasada ya, sigue siendo de obligada lectura. La redacción original del famoso «artículo 9» que data de 1962 ha sido objeto de numerosas revisiones. La reciente revisión, que entró en vigor el 1 de julio de 2001, es la que ahora se cita. Con algunas diferencias entre los diferentes estados, el artículo 9 ha sido incorporado al Derecho positivo de todos ello; aunque no en Puerto Rico. Existe una literatura científica abundantísima. Me parece recomendable por su carácter pedagógico el libro de H. J. BAILEY III y R. B. HAGEDORN, *Secured Transactions*, West Nutshell Series, St. Paul Minn., 2000. En el marco de un comentario general pueden merecer la pena la lectura de: WHITE and SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5 ed., Student Ed., West Publishing Co., 2000; STONE, *Uniform Commercial Code in a Nutshell*, 4 ed., West Publishing Co., 1995; HART, F. M. y MARTIN, N., *Secured Transactions*, Emanuel Law Outlines, Wolters Kluwer, 2 ed., 2011 o el de WHITE, J. y SUMMERS, R. S., *Principles of Secured Transactions*, Thomson West, 2007. Para el que tenga paciencia o que quiera experimentar las delicias del método pedagógico americano de casos puede resultar interesante la lectura del moderadamente fatigoso libro de J. O. HONNOLD, S. L. HARRIS y Ch. W. MOONEY, Jr., *Security interests in Personal Property. Cases, Problems and materials*, 3 ed., University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001. Existe una revista especializada que conviene consultar: la *Uniform Commercial Code Law Journal* en donde se publican artículos especializados sobre la interpretación del «Código». Con todo, la obra fundamental es la «interpretación auténtica» que se contiene en la edición del *Uniform Commercial Code. Official Text and comments*, en donde se contienen comentarios detallados y «oficiales» de las «normas». Tengo la edición de 2003 editada por THOMPSON y WEST. Existe una valiosísima traducción española de todo el UCC en GARRIDO, J. M.ª, *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*, Marcial Pons, 2002.

En Derecho comparado, me parecen muy interesantes las monografías dedicadas al examen del sistema del UCC desde otras perspectivas jurídicas; desde los diferentes ordenamientos

nacionales, algunos con una muy distinta tradición jurídica. Me limitaré a indicar las siguientes obras: EIGENMANN, A., *L'effectivité des sûretés mobilières*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, en donde se hace un estudio crítico del Derecho suizo a la luz del norteamericano; J.-F., RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, LGDJ, París, 1997 y A.-M., MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, Paris, 1990, donde se hace lo propio desde la perspectiva del Derecho francés; P. A. U. ALI, *The Law of secured finance. An international Survey of Security Interests over Personal Property*, Oxford University Press, 2002, en que se afronta el examen comparativo de los Derechos del *Common Law* fuera de EE.UU. (Reino Unido, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Hong Kong, Malasia, Singapur).

La experiencia norteamericana es fundamental en todo el Derecho proyectado internacional de garantías mobiliarias. Aquí, déjeseme solo citar el número dedicado a las garantías mobiliarias de la *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, Unidroit, vol. VII, año 2002-1, donde se contienen los textos de los más recientes Instrumentos de Derecho uniforme tradicional además de importantes artículos que permiten hacerse una idea del estado de la cuestión en Derecho comparado.

Por último, no quiero dejar de señalar la inmensa labor que están desarrollando las Naciones Unidas a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, UNCITRAL). En el portal del organismo (www.uncitral.org) pueden fácilmente localizarse los documentos elaborados por un grupo de trabajo (el «Grupo de Trabajo/Working Group VI») sobre «garantías reales». Me parece fundamental la atenta lectura de los diversos documentos, algunos con varias versiones, de los diversos capítulos del Proyecto de Guía legislativa de operaciones de garantía y cuyos textos pueden encontrarse traducidos al español en el mismo portal. En su primer periodo de sesiones, celebrado en Nueva York, del 20 al 24 de mayo de 2002, el Grupo de Trabajo VI del UNCITRAL tuvo a su disposición un primer anteproyecto de guía legislativa. Se publicó en el año 2010 y está disponible en el citado portal. Se supone que la Guía legislativa servirá de ayuda a los diferentes estados para incorporar un Derecho uniforme de garantías que no oculta la influencia del UCC norteamericano.

[8] *Vid*. por ejemplo, el artículo 10 de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

[9] El concepto de «control» (&9-104 y sigs.), se refiere a la posibilidad de dar instrucciones respecto de una cuenta bancaria o de una cuenta de activos de inversión, a la cesión de derechos derivados de un crédito documentario o al control de la copia fehaciente de un recibo electrónico con garantía sobre mercaderías (*«electronic chattel paper»:* & 9-105). *Vid*. S. M. ROCKS y R. A. WHITE, *«Getting control of control agreements»,* en 31 *UCC Law Journal*, 1999, pp. 318 y sigs. Citado por J. M.ª Garrido, *Código uniforme de comercio de los Estados Unidos*, Pons, 2002, p. 72. También: HONNOLD, J. O., HARRIS, S. L. y MOONEY, C. W., *Security interests in personal property*, 3 ed., University Casebook Series, 2000, pp. 387 y sigs.

[10] En realidad, en Derecho norteamericano es incluso posible la *«perfección registral»* de las garantías constituidas sobre documentos de crédito o activos financieros. La *«security interest»* impuesta sobre una acción, una obligación, un certificado de depósito, un cheque, el saldo de una cuenta corriente, etc… es «inscribible» (o «notificable»). El problema es que la preferencia que se consigue por medio del «control» del documento o del activo financiero, aunque recaiga sobre bienes o derechos gravados previa y exclusimente en el registro, siempre gana. Así, && 9-102(a) (49), 9-106, 9-328 y &8-106.

[11] La bibliografía sobre la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento no es muy abundante. Entre otros: CAMY SÁNCHEZ y CAÑETE, B., Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria, *RCDI*, 1956, pp. 347 y sigs., 509 y sigs. y 654 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M., *Tratado de los derechos de garantía*, 3.ª ed., 2002, Tomo II, pp. 57 y sigs. para la hipoteca mobiliaria y 351 y sigs. para la prenda sin desplazamiento; COSSIO, El sistema mobiliario registral, en el *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.ª, Estudios jurídicos varios, vol. II, 1962, pp. 371 y sigs.; DE LA RICA

Y ARENAL, R., El embargo judicial y la hipoteca mobiliaria según una sentencia del Tribunal Supremo, *RCDI*, 1966, pp. 655 y sigs.; DÍEZ RONCAL, *Garantías reales sobre maquinaria industrial*, 1966; FUENTES LOJO, *La hipoteca de establecimientos mercantiles y la Ley de arrendamientos urbanos*, 1955; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El Registro de bienes muebles*, Pons, 2004, passim; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 3 ed., 2001, pp. 2267 y sigs.; GARCÍA-PITA y LASTRES: La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en el Derecho mercantil, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coordinados por NIETO CAROL y MUÑOZ CERVERA, 1996, tomo II, volumen 1, pp. 149 y sigs.; GÓMEZ-ACEBO SANTOS: La hipoteca de establecimiento mercantil. Estudio exegético del título II, capítulo II, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, *RDM* 1955, pp. 123 y sigs.; GÓMEZ-ACEBO SANTOS: La hipoteca de propiedad intelectual y propiedad industrial, *AAMN XI*, 1961, pp. 175 y sigs.; GÓMEZ GÁLLIGO: El Registro de bienes muebles, *RCDI* 657, 2000, pp. 973 y sigs.; GONZÁLEZ BUENO CATALÁN DE OCÓN: *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, 1996; GUIMERA PERAZA: Prenda agrícola, *AAMN*, XI, 1961, pp. 261 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, A., Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, *ADC*, 1964, pp. 771 y sigs.; HERMIDA LINARES, La Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, *RCDI*, suplemento del año 1955, pp. 72 y sigs., y 198 y sigs.; LACRUZ BERDEJO: La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento, *AAMN XI* 1961, pp. 345 y sigs.; LALAGUNA: Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles, *RCDI* 1967, pp. 677 y sigs.; MARCO MOLINA: Comentario al artículo 53, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CABO, 2.ª ed. 1997, pp. 851 y sigs.; MASSAGUER: Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual, *La Ley* 1995-4, pp. 1166 y sigs.; MUÑOZ-SECA y DE ARIZA: La hipoteca mobiliaria y el crédito a las industrias, *AAMN XI,* 1961, pp. 227 y sigs.; PAU PEDRÓN: La hipoteca de propiedad intelectual, *RCDI* 642, 1997, pp. 1747 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 1999; PIÑÓN PALLARES, Validez y efectos de la prenda sin desplazamiento no inscrita, *Estudios Broseta*, 1995, pp. 2995 y sigs.; POVEDA MARTÍN: Interpretación y cumplimiento del artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, *RCDI,* 1961, pp. 937 y sigs.; PRIETO-CASTRO: Los procedimientos de ejecución de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, *AAMN XI*, 1961, pp. 479 y sigs.; RAMOS FOLQUÉS, El Registro de Hipoteca Mobiliaria, *RCDI,* suplemento del año 1955, pp. 171 y sigs.; RAMS ALBESA: Comentario al artículo 53, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, 1995, tomo V, volumen 4.º A, pp. 811 y sigs.; RAMS ALBESA, FERNÁNDEZ y TRESGUERRES GARCÍA, La hipoteca y el embargo sobre derechos de explotación de la Ley 11 de noviembre de 1987, *Revista Jurídica del Notariado,* abril-junio de 1994, pp. 177 y sigs.; RODRÍGUEZ HERRERO: *La hipoteca de bienes muebles registrables*, 1997; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, 1996; SANZ FERNÁNDEZ, La prenda sin desplazamiento, AAMN, II, 1950, pp. 123 y sigs.; SERRANO GARCÍA: *La hipoteca de establecimiento mercantil*, 1975; SEUBA I TORREBLANCA, J. C., Hipoteca mobiliaria de la cuota indivisa de una marca, *Revista Jurídica del Notariado,* enero-marzo de 1999, pp. 219 a 260; VALLET de GOYTISOLO: «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», *RDP* 1953, pp. 34 y sigs. y, Planteamiento y cuestiones generales sobre la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, *RDN 8*, 1955, pp. 31 y sigs.; VIOLA SAURET: Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento a través de los principios, *AAMN XI*, 1961, pp. 401 y sigs.

[12] En realidad, existen tantas modalidades de hipoteca mobiliaria como bienes susceptibles de la misma: las normas comunes son menos importantes que las especialidades, sustantivas y procesales.

[13] Al que sucedió la legislación especial sobre prenda triguera (Decreto de 12 de julio de 1934) y prenda aceitera (Decreto de 29 de noviembre de 1935). *Vid*. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El Registro de Bienes Muebles*, *op. cit.,* pp. 48 y sigs. y prenda aceitera (Decreto de 29 de noviembre de 1935).

[14] *Vid*. por todos: BIONDI, B., *Los bienes*, Bosch, 2003, pp. 87 y sigs.

[15] Una garantía sobre paneles fotovoltaicos puede constituirse bajo hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión, bajo hipoteca mobiliaria o, en fin, prenda sin desplazamiento. En la práctica, las diferencias entre estas dos últimas formas de constitución no son decisivas. *Vid*. CARRASCO PERERA, A., «Tres cuestiones sobre hipotecas y paneles fotovoltaicos», *La Ley* 14284/2010, pp. 3 y sigs.

[16] Argumento *ex* artículo 90.2 Ley Concursal *a contrario sensu*, que requiere de la publicidad (requisitos de oponibilidad) para que la preferencia especial tenga relevancia concursal.

[17] Contra la opinión de CARRASCO, CORDERO y MARÍN LÓPEZ, Tratado de los derechos de garantía…, *op. cit.,* tomo II, p. 365.

[18] Todavía sigue mereciendo la pena leer, eso sí, con cierta distancia, el trabajo de Juan B. VALLET DE GOYTISOLO sobre el *Pignus Tabernae* publicado en el *Anuario de Derecho Civil,* VI-IV (octubre-diciembre de 1953), pp. 783 a 838. *Vid*. también en su libro: *Estudios sobre garantías reales,* 2 ed., Editorial Montecorvo, 1984, pp. 315 y sigs. Ahora, es de imprescindible lectura la sugerente monografía de MENTXAKA, R., *La pignoración de colectividades en el Derecho romano clásico*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, 1986.

[19] Véanse los sucesivos trabajos publicados conjuntamente en sus *Estudios sobre garantías reales* y que se incluyen en los capítulos VIII, IX, X y XI.

[20] Puede verse: FUENTESECA, M., *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*, Andavira Editora, 2013.

[21] *Vid*. GÓMEZ GARZÁS, J., «El *pignus* comisorio en el *De agricultura* de Catón», UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho* núm. 26, 2005, pp. 516-521.

[22] Se trata de tres documentos epigráficos descubiertos en el año 1959 en la localidad italiana de Murénice, al construirse la autopista entre Salermo y Pompeya y que son conocidos colectivamente como Tabulae Pompeianae. *Vid*. por todos, MENTXAKA, R., La pignoración de colectividades…, *op. cit*., pp. 195 y sigs.

[23] *Vid*. GÓMEZ GARZÁS, J., El *pignus* comisorio…, *op. cit.,* p. 513.

[24] *Vid*. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., Tratado de los derechos de garantía…, 3.ª ed., *op. cit.,* pp. 374 y sigs.

[25] Sobre las distintas funciones del *status loci*, el trabajo clásico es el de LACRUZ BERDEJO, La forma constitutiva…, *op. cit.,* pp. 380 y sigs.

[26] Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, *RDN* 8, pp. 96 y sigs.

[27] LACRUZ BERDEJO, La forma constitutiva…, *op. cit.,* pp. 386 y sigs. Parecen ser de esta opinión CARRASCO, CORDERO y MARIN, Tratado de los Derechos de garantía, *op. cit.,* Tomo II, p. 380.

[28] En cuanto al status loci de frutos separados, mercaderías y materia primas, de los artículos 32 y 33 del reglamento se infiere que no es preciso que el *status loci* constituya una realidad actual, bastando que se identifique una futura localización. El artículo 70 Segunda de la Leyestablece en cuanto a estas prendas que es competente el Registro correspondiente «al lugar en que se halle el almacén donde estén depositados o hubieren de depositarse».

[29] Las siglas corresponden a la identificación por radiofrecuencia: Radio Frequency Identification.

[30] Existe, además, todavía, una restricción objetiva de gravamen mobiliario sin desplazamiento posesorio para el caso *de bienes (muebles registrables) que estuvieren en proindivisión o pertenecieren en usufructo y en nuda propiedad a varios titulares*. Según el artículo 1.2 LHMyPSD, tales bienes *«solo podrán hipotecarse o pignorarse en su totalidad y mediante*

el consentimiento de todos los partícipes». Tal norma carece en absoluto de justificación, es contraria a todo nuestro Derecho Civil e hipotecario y por ello debería ser suprimida.

Según la Exposición de Motivos de la Ley, el legislador creyó conveniente no permitir la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de ciertos bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallaren en *«situaciones jurídicas especiales»* aún reconociéndose la ausencia de inconvenientes técnicos para ello. Por supuestas y nunca justificadas razones «prácticas», la Ley prohíbe la hipoteca/prenda de cuota indivisa sobre bien registrable y obliga al comunero a hipotecar la totalidad del bien con el consentimiento de todos los demás partícipes; lo que es tanto como decir que se le obliga a conseguir otros tantos hipotecantes aunque no sean deudores. La DGRN ha interpretado incluso que ni siquiera está permitido que el dueño de la totalidad hipoteque una cuota indivisa de su bien; aunque tal supuesto no entre dentro del tenor literal del supuesto de hecho del precepto (*vid*. RDGRN de 29 de noviembre de 1995 en el supuesto de una hipoteca de cuota indivisa de marca; a la sazón, la cabecera de un periódico). No es necesario recordar que nuestra legislación hipotecaria —por cierto que invocada como supletoria en la disp. ad. 3.ª LHMyPSD— permite expresamente la hipoteca de cuota, como permite también la hipoteca de usufructo (cfr. arts. 216 y 217 RH; art. 107.1.º LH). El propio del Código Civil reconoce expresamente al comunero la legitimación para hipotecar su parte, de suerte que los efectos de la hipoteca queden limitados a la porción que se le adjudique al cesar la comunidad (cfr. art. 399 del Código Civil). Por si fuere poco, a menos que se entienda que la Ley crea un supuesto adicional de inembargabilidad no contemplado en la LEC, lo que me parece ir muy lejos, no hay motivos para entender que es imposible el embargo de cuota indivisa de bien registrable, gravamen inscribible en el Registro de Bienes Muebles *ex* artículos 68 d) LHMyPSD y 34 y 39 RHMyPSD.

[31] Obviamente, no se plantearán problemas de ordenación de rango cuando el acreedor con hipoteca inmobiliaria consiente la postergación del rango de su hipoteca (consiente en que pase primero la garantía mobiliaria aunque se inscriba después) o cuando renuncia mediante novación objetiva de su hipoteca a la extensión objetiva de la hipoteca sobre los muebles (en cuyo caso, el gravamen mobiliario es primero y único).

[32] Un comentario crítico que, en sustancia, compartimos en: SEUBA i TORREBLANCA, J. C., «Hipoteca mobiliaria de la cuota indivisa de una marca», en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 1999, pp. 219 a 260.

[33] J. M. GARRIDO señala acertadamente que «el concepto de *proceeds* es difícil de recoger en la traducción española». Sin embargo, añade el mismo autor, «consideramos que la idea a la que responde este término jurídico queda recogida con exactitud en el concepto de subrogados de un bien». *Vid*. GARRIDO, J. M., *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto Oficial. Estudio preliminar y traducción*, Pons, 2002, Madrid, p. 70, nota 168. En Guatemala, se prefiere el concepto de «bienes muebles derivados» que recoge el amplio espectro semántico del término [art. 2 (g) de la Ley de Garantías Mobiliarias de 16 de noviembre de 2007].

[34] Así, según la sección 9-102 (a) (64) UCC se lee lo siguiente: «*proceeds, except as used in Section 9-609 (b), means the following property: (A) whatever is acquired upon the sale, lease, license, exchange, or other disposition of collateral; (B) whatever is collected on, or distributed on account of, collateral; (C) rights arising out of collateral; (D) to the extent of the value of collateral, claims arising out of the loss, nonconformity, or interference with the use of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral; or (E) to the extent of the value of collateral and to the extent payable to the debtor or the secured party, insurance payable by reason of the loss or nonconformity of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral*». El apartado A) incluye los «proceeds» que nacen de verdadera subrogación real de resultas de actos dispositivos sobre el bien gravado. El D) y el E) los «proceeds» que nacen de subrogación real de resultas de la alteración física o pérdida del bien gravado. Los apartados B) y C) permiten la extensión automática de la garantía sobre los frutos civiles producidos por los bienes originariamente gravados. También el A) permite la extensión a la renta obtenida con el leasing del bien. Por alguna razón que se nos escapa,

en la interpretación mayoritaria, los frutos naturales no son considerados «proceeds». *Vid*. TARABAL BOSCH, J., El concepto de proceeds en el artículo 9 UCC, *Indret*, Barcelona, enero de 2010. A nivel internacional, el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, propone un concepto más restringido de los *«proceeds»* dirigido a resolver, exclusivamente, los problemas que surgen cuando los bines dados en garantía hayan sido perdidos, destruidos o expropiados [*vid*. art. 1 (w)]. Por su parte, el proyecto de Guía Legislativa sobre operaciones garantizadas del UNCITRAL adopta una definición amplísima de los «proceeds» que abarca incluso los frutos naturales. *Vid*. & 72 a 85 de la Guia Legislativa de 2010 divulgada en el portal.

[35] *Vid*. MENTXACA, R., La prenda de colectividades en Derecho romano clásico, *op. cit.;* ANDRÉS SANTOS, F. J., *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho romano clásico*, Universidad de Valladolid, 1997; TRULLÉN GALVE, F., El principio de subrogación real. Algunas manifestaciones en la sexta partida del Rey Sabio, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 2, 2000, pp. 277 y sigs.; MARÍN PADILLA, M. L., La formación del concepto de subrogación real en *RCDI* núm. 510, septiembre-octubre de 1975, pp. 1111 y sigs.; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La subrogación real en el derecho común español*, Colegios Notariales de España, 2000.

[36] *Vid*. VALLET DE GOYTISOLO: «Pignus Tabernae», *op. cit.,* pp. 486 y sigs., y Estudios sobre garantías reales, *op. cit.,* pp. 360 y sigs.

[37] Además de Vallet *vid*., por ejemplo, MARÍN PADILLA, M. L., El principio general de la subrogación real en los Derechos reales de garantía y goce, en la *RCDI*, núm. 529, noviembre-diciembre de 1978, pp. 1174 y sigs. *Vid*. también: CORDERO LOBATO, E., Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria en: LAUROBA-MARSAL, Garantías reales mobiliarias en Europa, *op. cit.,* pp. 88 y 89.

[38] Por todos pueden verse: TARABAL BOSCH, J., «El concepto de proceeds…», *op. cit.,* pp. 30 y sigs.; RIFFARD, J. F., Le security interest ou l'approche fonctionnelle…, *op. cit.,* pp. 330 y sigs.

[39] *Vid*. R.C.C. CUNNING, «Protecting security interests in proceeds: equity and the Canadian Personal Property Security Acts», en D.W.M. WATERS (ed.), *Equity, Fiduciaries and Trusts* 1993, Toronto, Carswell, 1993, pp. 423 y sigs.

[40] *Vid*. ilustración en BAIRD & JACKSON, *Security Interests in Personal Property*, University Casebook Series, 2 ed., 1987, Foundation Press, p. 296.

[41] *Vid*. SERICK, R., *Garantías mobiliarias en derecho alemán*, Tecnos, 1988, traducción de CARRASCO PERERA, pp. 49 y sigs. sobre las reservas de dominio «prolongada» y «ampliada».

[42] La Ley II, del título XIII de la Partida V reza así: «Empeñarse puede toda cosa quier sea nacida o por nascer, asi como el parto de la sierva, el fruto de los ganados, el de los árboles, el de las heredades et todas las otras rendas que los homes han de qual natura quier que sean, tambien las que son corporales como las que no lo son (…/…)». *Vid*. RUIZ FERNÁNDEZ, E., «El *pignus* como garantía real en la tradición romanística», en VV.AA., *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, Ramón Areces, 2001, pp. 2135 y sigs.

[43] Sobre la inscribibilidad del precontrato en el Registro de la Propiedad ha escrito recientemente A. PAU en su magnífica monografía, *La prioridad registral: un nuevo enfoque*, 2004, pp. 182-185.

[44] *Vid*. MUÑOZ-SECA Y DE ARIZA, J., *La hipoteca mobiliaria y el crédito a las industrias,* Instituto editorial Reus, Madrid, 1961, pp. 254 y sigs.

[45] Es bien conocido que el término «prenda flotante» es polisémico. *Vid*. por todos: MARSAL GUILLAMET, J., Las prendas flotantes. Un término polisémico, en LAUROBA-MARSAL, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, *op. cit.,* pp. 355 y sigs. Aquí se emplea para referirse a la *«flotaing charge»* del Derecho británico en el sentido expuesto en el texto.

[46] También de esta opinión es CORDERO LOBATO, E., Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria…, *op. cit.,* p. 89.

[47] La bibliografía es abundantísima. Déjeseme citar tan solo las siguientes publicaciones: ALI, P.A.U., *The Law of Secured Finance*, *op. cit.,* pp. 114 y sigs.; GOWER AND DAVIES, 8th ed., *Principles of Modern Company Law*, Thomson, London, 2008, pp. 1196 y sigs.; FERRAN, E., *Company Law and Corporate Finance*, Oxford, 1999, pp. 507 y sigs. Una buena exposición del estado de la cuestión: MOKAL, R., The Floating Charge. An Elegy, *Commercial Law and Commercial Practice*, Sarah Worthington, ed., Oxford: HART, August 2003.

[48] *Vid*. RIFFARD, J.-F., Le security interest…, *op. cit.,* p. 340.

(Trabajo recibido el 8-7-2015 y aceptado para su publicación el 28-7-2015)

Asuntos pendientes en el derecho de transmisión: el cónyuge viudo del transmitente y otros supuestos

What the Law Has Yet to Specify: The Widowed Spouse of the Owner and Other Cases

por
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad
Doctor en Derecho

RESUMEN: Una de las cuestiones más difíciles y complejas del Derecho de Sucesiones se producen cuando el heredero llamado por un primer causante fallece después que este sin aceptar ni repudiar la herencia, en cuyo caso, pasa a sus propios herederos, el mismo derecho que tenía su transmitente o segundo causante. Las discusiones doctrinales para resolver los numerosos problemas se centran en dos teorías que se han venido denominando teoría clásica o de la doble transmisión y teoría moderna o de la adquisición directa. El Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 11 de septiembre de 2013 fija doctrina jurisprudencial entendiendo respecto a un caso de partición de la herencia del primer causante por un contador partidor judicial, que no hay una doble transmisión de bienes o paso por dos herencias, sino que existe una adquisición directa de los herederos respecto al primer causante en cuanto a su herencia. Pero esta doctrina deja abiertas numerosas cuestiones para otros supuestos distintos que se pueden plantear en el futuro, como son los del cónyuge

viudo del transmitente, los herederos del heredero que no habían nacido en el momento de fallecimiento del primer causante y otros supuestos, que exigen una solución propia fuera de apriorismos o dogmatismos, y que son objeto de análisis y propuesta de solución en el presente estudio.

ABSTRACT: One of the thorniest, most complex cases in succession law happens when the heir named by a deceased person dies himself before either accepting or disclaiming his inheritance. In that case, the right of the second deceased passes to his own heirs. Learned discussion to settle the many problems involved mainly boils down to two theories, which are widely known as the classic or double conveyance theory and the modern or direct acquisition theory. In its ruling of 11 September 2013, the Plenary First Division of the Supreme Court established jurisprudence in a case of the distribution of the first deceased's estate by a court-appointed auditor. The court ruled that there was no double conveyance of ownership or inheritance of an inheritance, but that the heirs acquired their legacy directly from the first deceased. But this doctrine leaves a good many questions open in other cases quite likely to arise in future. What happens to the widowed spouse of the deceased? What about heirs of the heir who were not yet born at the time of the first deceased's death? These and other instances require a solution that does not depend on a-priori conditions or dogmatism. We analyse such cases and propose a solution.

PALABRAS CLAVE: Aceptación de herencia. Partición de herencia. Cónyuge viudo. Legítima.

KEY WORDS: Acceptance of inheritance. Distribution of inheritance. Widowed spouse. Reserved portion.

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013.—II. EL VALOR Y EFECTOS DE LA FIJACIÓN DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. EL POSIBLE DERECHO DEL CÓNYUGE VIUDO DEL TRANSMITENTE RESPECTO A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE.—IV. LA DISCRIMINACIÓN DE TRANSMISARIOS SEGÚN LA TEORÍA DE LA DOBLE CAPACIDAD (TAMBIÉN LLAMADA «TEORÍA DE LA ADQUISICIÓN DIRECTA»).—V. LOS ACREEDORES DEL TRANSMITENTE.—VI. EL PROBLEMA DE LOS LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE.—VII. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MAYO DE 1963 SOBRE LAS FACULTADES

DEL CONTADOR PARTIDOR DEL SEGUNDO CAUSANTE RESPECTO A LA ADJUDICACIÓN DEL *«IUS DELATIONIS»* DE LA PRIMERA HERENCIA.—VIII. LOS ARGUMENTOS DE LA SALA PRIMERA, PLENO, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013.—IX. LOS DERECHOS DEL HEREDERO FIDUCIARIO Y LOS HEREDEROS FIDEICOMISARIOS DEL TRANSMITENTE RESPECTO A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 12 DE JULIO DE 2012.

I. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013

A pesar de que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 fija doctrina jurisprudencial, es conveniente precisar el supuesto de hecho a que la misma se refiere teniendo en cuenta que una de las características de la jurisprudencia es la referencia al caso concreto debatido y resuelto.

Los hechos pueden resumirse así:

Doña Cristina, que es la primera causante, falleció bajo testamento en el que instituyó herederos a sus hermanos Flora, Zulima, Esmeralda, Rosalía, Roque, Constanza, Ángel, Jesús y Julio, dejando también unos legados a una Parroquia y a una Casa Asilo. Con posterioridad a ella, fallece el heredero Julio, que falleció sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su hermana Cristina, dejando sus bienes en herencia a su esposa y seis hijos Julio, Fulgencio, Urbano, Reyes, Carmen, Milagrosa y Carmelo. Nada se vuelve a hablar en la sentencia sobre la esposa de don Julio, pues se alude después a la cuestión de las adjudicaciones a «cada uno de los seis hijos, herederos del mismo» (del transmitente don Julio).

El día 26 de junio de 2006 se reunieron los herederos (se supone que se refiere a los herederos de la primera causante, pero no queda claro, si allí estaban o no todos los transmisarios) en la notaría al objeto de firmar el cuaderno particional consensuado por los letrados de las partes, firma que no llegó a tener lugar por la oposición del hijo de Julio, llamado Carmelo.

Ante la falta de acuerdo de los herederos, especialmente por la oposición del heredero transmisario don Carmelo, hijo del heredero Julio, se planteó la demanda por los herederos de doña Cristina contra diferentes personas y legatarios y especialmente contra don Carmelo, en la que se pide que el Juzgado «disponga que, conforme al artículo 783 LEC se forme el inventario de los bienes hereditarios (sin necesidad de acordar intervención del caudal que los mismos componen), se convoque a herederos y legatarios, citándolos en el domicilio donde residen, para la celebración de la junta para formar dicho inventario y en su caso designar contador y perito, y designados según lo prevenido en el

artículo 784 LEC, se proceda según lo dispuesto en los artículos 785, 786 y 787 para la práctica de las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y división del caudal hereditario que integran los bienes y derechos relictos, dictando en definitiva sentencia aprobando dichas operaciones, con los efectos que en las disposiciones citadas se previenen».

El citado heredero don Carmelo, hijo de don Julio, se opuso al cuaderno particional porque no se precisaban en él los bienes que correspondían de modo individualizado a cada uno de los transmisarios, en lugar de hacer un lote genérico de la porción correspondiente a los herederos de don Julio.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elche desestimó la oposición formulada por don Carmelo entendiendo que, en aplicación del artículo 1006 del Código Civil, no cabía realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos de don Julio (aunque por error en la sentencia se menciona a los herederos de don Carmelo), toda vez que no se conoce quiénes son los herederos del mismo y quienes sean sus herederos tendrán que aceptar primero su herencia, adquiriendo la condición de herederos de este y, consecuentemente se posicionarán en los derechos y obligaciones del Sr. Julio (otra vez se dice erróneamente, de don Carmelo), convirtiéndose en herederos de la primera causante.

Ante el recurso de apelación de don Carmelo, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante lo desestima porque dice que es «claramente mayoritaria la teoría clásica o de la doble transmisión en la denominada pequeña jurisprudencia, y considera que, al ser más adecuada la teoría de la doble transmisión, el cuaderno particional es correcto y no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos del señor Julio en la herencia de su hermana, pues el derecho del citado transmitente en la herencia de la misma formará, a su vez, parte de su propia herencia y ese derecho está individualizado en el controvertido cuaderno particional de la primera causante».

El recurso de casación se plantea por el transmisario don Carmelo y la cuestión en definitiva era la de decidir si el contador partidor judicial de la herencia de la primera causante Cristina, al hacer las adjudicaciones, debió hacer las adjudicaciones respecto a la parte del transmitente don Julio, de modo individualizado para cada uno de sus seis hijos transmisarios, o si bastaba formar un lote para los herederos de don Julio, que luego se incluiría en la herencia del mismo a repartir entre sus seis hijos.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la referida sentencia de 11 de septiembre de 2013, estimó el recurso de casación interpuesto por don Carmelo, casando y anulando la sentencia de la Audiencia, «debiéndose modificar y completar el cuaderno particional realizado de la herencia de doña Cristina, en orden a individualizar la cuota que corresponda a cada uno de los herederos de don Julio y su respectiva concreción en los bienes y derechos que

les resulten adjudicados particionalmente como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida».

Y a su vez dicha sentencia fija esa doctrina jurisprudencial del modo siguiente: *«Todo ello, en aplicación de la doctrina jurisprudencial, que ahora se fija, en orden a que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del* ius delationis *en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el* ius delationis, *sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que* ex lege *ostentan los derechos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitado el* ius delationis *integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».*

Dentro de esta difícil redacción lo que queda absolutamente claro son dos cosas:

1.ª Que la sentencia entiende que no hay doble transmisión de bienes sino que los herederos transmisarios suceden directamente al causante de la primera herencia, sin que haya doble transmisión de bienes, pues se trata de sucesiones distintas.

2.ª Que la sentencia entiende, respecto al caso concreto, que el contador partidor judicial nombrado para la primera herencia debe individualizar la cuota que a cada transmisario les corresponde en la citada herencia y no solo eso, sino que debe concretarse en la partición de herencia de esa primera causante, los bienes y derechos que les sean adjudicados, pues es distinta la otra herencia, la del transmitente respecto a sus propios bienes.

Más difícil puede resultar comprender qué significa en definitiva el *«ius delationis»*, a efectos del artículo 1006 del Código Civil, y sobre todo, qué grado de convicción puede atribuirse a los argumentos utilizados por la sentencia, según se examinará más adelante.

Pero, evidentemente, no hay duda de que el Tribunal Supremo en Pleno, excluye la teoría clásica de la doble transmisión y aplica la teoría de la adquisición directa, al menos en cuanto a que no hay doble transmisión o paso de los bienes por las dos herencias.

No obstante, pueden quedar una serie de cabos sueltos para supuestos de hecho futuros, sobre los que conviene meditar para tratar de ofrecer una solución adecuada a los mismos.

II. EL VALOR Y EFECTOS DE LA FIJACIÓN DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Dadas las consecuencias que tiene la doctrina de esta sentencia de la Sala Primera del Pleno del Tribunal Supremo, es necesario precisar como cuestión previa, cuál es el valor y efectos de la misma respecto a los futuros casos que puedan darse en la práctica sobre el derecho de transmisión.

En primer lugar, aunque hay una discusión interminable respecto a si la jurisprudencia puede o no ser considerada fuente del Derecho, parece prevalecer la opinión de que no se trata de una fuente propiamente dicha o al menos con el alcance tradicional que tienen las fuentes clásicas (ley, costumbre y principios generales del derecho), pues el artículo 1.º del Código Civil deja muy claro que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» (lo cual a su vez ha de ser completado con la Constitución, pues en todo caso, la interpretación y aplicación de las fuentes debe hacerse de acuerdo con ella), asignando a la jurisprudencia la función que establece el propio artículo 1 en su apartado 6 diciendo:

«6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Ciertamente dice que «complementará el ordenamiento jurídico», pero precisando que es «con la doctrina que de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Con lo cual, a efectos prácticos, aunque no teóricos, no cabe ninguna duda de la importancia que tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la interpretación y aplicación de las demás fuentes para «complementar el ordenamiento jurídico».

En definitiva, es lo que ya había dicho con gran acierto PUIG BRUTAU al señalar que el legislador es miope porque contempla los casos en forma general, y es la jurisprudencia la que constituye las verdaderas gafas de la ley, al decidir sobre casos concretos y determinados dentro de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Pero otra cuestión importante respecto a la jurisprudencia es que, por su propia naturaleza, para que pueda complementar de ese modo el ordenamiento jurídico, es que tiene que ser «reiterada». Hasta ahora se había considerado «reiterada» la que establecían al menos «dos sentencias» pero no una sola. También se había considerado que a la jurisprudencia no es de aplicación el principio de derogación de las normas, de que la ley posterior deroga a la anterior, sino que a lo sumo se podría hablar cuando hay sentencias de distinto signo, de varias

corrientes jurisprudenciales, aunque en un determinado momento puede tener valor el hecho de que se haya corregido una corriente anterior, pero sin que quede definitivamente descartada ni mucho menos derogada, pues en cualquier momento, ante un determinado caso concreto, puede volver a replantearse la cuestión con una interpretación nueva o siguiendo, en todo o en parte, una corriente anterior. Al menos, todo esto es lo específico de la jurisprudencia, pues en otro caso, la jurisprudencia sería una ley, y con un efecto todavía más fuerte que la ley, pues al menos las leyes periódicamente se modifican y derogan y en cambio, la jurisprudencia no puede tener la condición de definitiva e imperdurable.

Ahora bien, la fijación de doctrina jurisprudencial por el Pleno de la Sala Primera no tiene el carácter de *«reiterada»* a que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil, a efectos de «complementar el ordenamiento jurídico», por lo que conviene plantearse si puede mantenerse la equiparación entre una sola sentencia del Pleno con la necesidad de que la jurisprudencia sea «reiterada».

La fijación de la llamada «doctrina jurisprudencial» por el Pleno de la Sala Primera está enmarcada dentro de la interpretación del artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al supuesto de *«interés casacional»* como requisito para admitir el recurso de casación. Se trata, por tanto, de un aspecto procesal del recurso de casación, y concretamente, el de si puede apreciarse o no interés casacional para admitir el recurso de casación por vulneración de doctrina jurisprudencial. En este ámbito, no cabe duda de la importancia práctica de dicha doctrina, pues determina, aunque se trate de una sola sentencia que, al provenir del Pleno, permite considerar que su infracción da lugar a interés casacional permitiendo la admisión del recurso de casación, pero no parece que pueda equipararse a jurisprudencia «reiterada» a efectos de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 1 del Código Civil, pues en otro caso, quedaría derogado dicho apartado sin que lo haya sido.

A estos efectos, es oportuno recordar que una cosa son los *motivos del recurso de casación* y otra diferente *el interés casacional* que se exige como uno de los supuestos para la admisión del recurso de casación. El interés casacional se produce en atención a determinados supuestos, y da lugar si no existe tal interés, a la inadmisión del recurso de casación. En cambio, los motivos del recurso se refieren a las normas que se alegan como infringidas, entre las cuales está el artículo 1006 del Código Civil, que puede interpretarse en relación con el caso concreto en la forma más adecuada para resolver ese caso que siempre tiene matices distintos del anteriormente resuelto. E incluso un determinado recurrente puede enfocar el asunto con una serie de argumentos que quizá no haya tenido ocasión de plantear el anterior recurrente y dar por tanto, nuevas luces a la materia, para que, en su caso, pueda plantearse de nuevo la cuestión por el Tribunal Supremo.

La procedencia de que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo fije doctrina jurisprudencial a efectos de la admisión del recurso de casación por

razón de «interés casacional», obedece a su competencia para la interpretación de las cuestiones procesales que resulta del Acuerdo de la Junta General de Magistrados de 30 de diciembre de 2011, en el que consideró que basta una sola sentencia cuando es adoptada por el Pleno, para fundar el interés casacional para admitir el recurso de casación. En el propio Acuerdo de los Magistrados se dice que cuando la decisión ha sido adoptada por el Pleno basta una sola sentencia, que podrá invocarse como jurisprudencia, a tales efectos, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.

Ya se comprende que un Acuerdo de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo no constituye fuente de derecho, ni tampoco tiene como finalidad establecer el concepto general de jurisprudencia, sino únicamente solucionar los problemas del recurso de casación, a los efectos interpretativos indicados, pues deriva tal competencia de lo dispuesto en el artículo 264.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual *«Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí o a petición de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididas por el Presidente de la Sala»*.

Pero es el propio Acuerdo de Magistrados del Tribunal Supremo el que hemos visto que prevé que la fijación de doctrina es *«siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido»*, y lógicamente, para modificar el criterio seguido es requisito previo y necesario que una sentencia de Audiencia haya tenido ocasión de aplicar el derecho de transmisión para un supuesto distinto del que se ha planteado en la sentencia, en forma distinta o con matices distintos de la que ha seguido el Pleno, y naturalmente, que haya un recurrente que vuelva a plantear el recurso de casación por infringir la Audiencia respectiva la doctrina jurisprudencial.

Difícil se presenta la cuestión, por lo que, aunque entendamos que la fijación de doctrina jurisprudencial por el Pleno, no tiene por qué ser definitiva, pues el mismo Acuerdo de Magistrados del Tribunal Supremo prevé que se pueda dictar una sentencia posterior que haya modificado el criterio anterior, en la práctica vemos poco menos que imposible que se replantee la cuestión, y desde esta perspectiva, hay que entender que la doctrina clásica del derecho de transmisión, habrá pasado a mejor vida, pero al menos ya no podrá ser criticada, y ahora se replantearán todas las cuestiones pendientes respecto a la teoría de la adquisición directa, que es la que fija el Pleno como doctrina jurisprudencial para el futuro. Eso siempre que en una futura reforma del Derecho de Sucesiones, el legislador no se replantee la modificación del artículo 1006 del Código Civil, y coloree el mismo con diferentes párrafos que, para resolver determinados problemas, que ahora quedan cegados por la sentencia del Pleno, permita volver a replantear la cuestión sobre las soluciones que ofrecía la teoría clásica del derecho de transmisión, pues no por llamarse «moderna» la teoría

de la adquisición directa, va a ser más adecuada que la teoría clásica, y desde luego que no lo es en los supuestos prácticos que se estudian a continuación.

III. EL POSIBLE DERECHO DEL CÓNYUGE VIUDO DEL TRANSMITENTE RESPECTO A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE

Hasta ahora, uno de los argumentos de la teoría clásica del derecho de transmisión en la que no todo es defensa de una doble transmisión de bienes y paso de los bienes del primer causante a través de la herencia del transmitente, sino que hay en juego otras cuestiones y argumentos, era que si se consideraba que había adquisición directa de la herencia del primer causante sin mediación del transmitente, el cónyuge viudo de este en cuanto a su usufructo vidual, quedaría fuera de escena, pues, como tal usufructuario aunque sea legal y de cuota o incluso de la totalidad, no es heredero del transmitente, por tratarse de un derecho singular como es el usufructo, no respondiendo de las deudas, a diferencia de los herederos.

Pero una vez que la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 11 de septiembre de 2013 fija doctrina jurisprudencial estableciendo la adquisición directa por parte de los herederos del transmitente, de la herencia del primer causante sin tener en cuenta la mediación del transmitente, resulta ineludible plantearse si, aun desde la perspectiva de la adquisición directa que consolida la sentencia, le queda todavía al cónyuge viudo usufructuario alguna posibilidad para reclamar bienes en usufructo procedentes de la herencia del primer causante.

El problema se hace más relevante si se tiene en cuenta que uno de los fundamentos del derecho de transmisión reside en la equidad, y concretamente, en que el legislador no podía quedar impasible ante la muerte del heredero sin haber aceptado ni repudiado la herencia del primer causante, pues podría suceder que por el mero azar quedasen sus herederos sin derecho alguno en la herencia del primer causante.

Y partiendo de ahí, cabe preguntar: ¿es equitativo que los herederos transmisarios reciban todos los bienes procedentes del primer causante sin reservar ninguna porción en usufructo al cónyuge viudo del transmitente?

La Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 22 de octubre de 1999 entendió que era necesaria la intervención en la herencia del primer causante del cónyuge viudo usufructuario del transmitente, diciendo lo siguiente:

«I. Se debate en el presente recurso si para inscribir una escritura de adjudicación de herencia en la que determinados herederos suceden iure transmissionis *es o no necesaria la intervención del cónyuge viudo legitimario del segundo causante (transmitente).*

II. En los supuestos en que el transmisario acepte la herencia del segundo causante, entre los bienes, derechos y acciones que la integran se encuentra el ius delationis *respecto a la herencia del primero, por lo que, al igual que hubiera podido hacer el transmitente, podría el transmisario aceptar o repudiar esta última. Mas, aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo —a la que existe un llamamiento directo* ex lege*— no se trata de un simple derecho de crédito frente a la herencia del segundo causante y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación (cfr. arts. 806 y 839, párrafo segundo, del Código Civil. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que ha de reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos».*

Nada más lógica la doctrina de esta resolución que ha resultado pacífica en la práctica hasta que en el año 2014, después de la sentencia de la Sala Primera, Pleno, del Tribunal Supremo, de 11 de septiembre de 2013, dos resoluciones de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado entendieron que procedía cambiar de doctrina teniendo en cuenta la citada decisión del Tribunal Supremo. Se trata de las resoluciones DGRN de 26 de marzo —1.ª— y 11 de junio de 2014 —1.ª—.

La resolución DGRN de 26 de marzo de 2014 —1.ª— entiende que, habiendo fallecido uno de los hijos del primer causante, se plantea si el cónyuge del mismo con derecho a legítima debe intervenir cuando dicho hijo falleció sin aceptar ni repudiar la herencia del padre o primer causante, y aunque la resolución DGRN de 22 de octubre de 1999 entendió que la legítima del viudo no es un simple derecho de crédito sino un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario conforme a los artículos 806 y 839.2.º del Código Civil, procede revisar esta doctrina atendiendo a la sentencia TS Sala Primera de 11 de septiembre de 2013, por lo que debe concluirse, como fijación de la doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil. no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *'ius delationis'* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario, y no hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *'ius delationis'*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de

configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *'ex lege'* ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *'ius delationis'* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia; y en otra distinta sucesión, al fallecido heredero transmitente, por lo que no es necesaria en este caso la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de los transmisarios.

La resolución de 11 de junio de 2014 —1.ª— repite literalmente la misma doctrina para un supuesto idéntico basándose igualmente en la doctrina jurisprudencial fijada por la sentencia del Pleno de la Sala 1.ª de 11 de septiembre de 2013.

No obstante, la resolución de la propia DGRN de 2 de marzo de 2015 —1.ª— admite el derecho del cónyuge viudo del transmitente respecto a su cuota usufructuaria legal sobre los bienes de la herencia del primer causante.

De todos modos esta resolución no resuelve directamente la cuestión que se planteó en las dos anteriores, en que el recurso se centró en si el cónyuge viudo usufructuario debía intervenir en la herencia del primer causante. Se trata de un problema distinto, pero aun así, esta otra resolución se inclina por considerar que el cónyuge viudo usufructuario del transmitente o segundo causante no incurre en conflicto de intereses al adjudicarse la cuota legal usufructuaria en los bienes de la primera herencia y representar al mismo tiempo a la hija menor en esa herencia.

Dicha resolución de 2 de marzo de 2015 —1.ª— se plantea si es o no inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: de los dos herederos, uno de ellos falleció posteriormente a la apertura de la sucesión de su padre causante, sin aceptar ni repudiar la herencia, por lo que en virtud del artículo 1006 del Código Civil corresponde por transmisión a los suyos el derecho que este tenía. A este último le suceden abintestato sus dos hijos menores con el usufructo a favor de la viuda del heredero fallecido. La viuda del primer causante, para la liquidación de la sociedad de gananciales, ejerce su derecho de atribución con preferencia en su haber, de la vivienda donde estuvo establecida su residencia habitual; se incluyen otros bienes en el caudal relicto, entre los que se encuentra una mitad indivisa de un piso que es legada por el causante al heredero que después fallece, al que pertenecía ya la otra mitad indivisa.

En la liquidación de la herencia, se adjudica: a) a la viuda (del primer causante, que no es lo que interesa aquí), en pago de sus derechos en la liquidación de la sociedad de gananciales y del usufructo en la herencia de su esposo, que por lo tanto se capitaliza, el citado piso que constituyó la vivienda residencia habitual del matrimonio y una cantidad en dinero del caudal relicto para com-

pensar el inferior valor del total de sus adjudicaciones; b) a los menores por derecho de transmisión, se les adjudica la citada porción indivisa legada del piso además de cantidades de dinero procedentes de las cuentas corrientes del inventario, salvo el usufructo que en su parte corresponde a su madre (que es la viuda del segundo causante), por lo que no se capitaliza el mismo; a la última heredera, cantidades en dinero del caudal relicto.

Es cierto que el problema principal que se plantea en esa resolución es el de si existe o no conflicto de intereses entre la madre representante legal de la menor y ella misma, que exigiría si hubiera tal conflicto el nombramiento de defensor judicial.

La DGRN entiende que no hay conflicto de intereses entre la viuda (del segundo causante) representante legal de los menores, pues se limita a intervenir y aceptar las adjudicaciones que corresponde a la viuda del primer causante, y en cuanto a las adjudicaciones en usufruto a ella misma, lo hace en la misma proporción que le corresponde por su cuota legal usufructuaria.

La resolución resume el supuesto diciendo: «En definitiva, la cuestión que se debate es si hay oposición o conflicto de intereses entre los herederos menores y su madre que los representa legalmente en la herencia de su abuelo, a la que acceden por derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil, tras el fallecimiento de su padre, heredero y legatario del citado abuelo. La registradora fundamenta la oposición de intereses en que las adjudicaciones realizadas no han sido operaciones particionales sino actos dispositivos, de forma que como sostiene en la calificación, no se ha realizado la partición de acuerdo con lo establecido en el testamento y que la viuda se adjudica íntegramente una finca que forma parte del caudal relicto, de manera que algunas participaciones indivisas de esta finca, pudieron ser adjudicadas a los herederos menores, y debieron quedar sometidas al control judicial. Es decir, que pudieron formarse lotes de porciones indivisas iguales o proporcionales, que no originarían conflicto de intereses, eliminándose la desigualdad de adjudicaciones. Contra esto alega la recurrente que las adjudicaciones se han hecho, en primer lugar, en ejercicio del derecho de atribución preferente de la viuda —que no es representante de los menores— conforme el artículo 1406.4.º del Código Civil, y en segundo lugar, en cuanto al resto, cumpliendo las disposiciones ordenadas por el causante en el testamento, esto es, legado de cosa ganancial de una mitad indivisa de finca —perteneciendo la otra mitad indivisa a los mismos legatarios— y adjudicación del resto de los bienes —dinero en metálico— a los herederos en sus proporciones correspondientes».

En lo que ahora nos interesa, la resolución dice al final, una vez diferenciados los derechos de las dos viudas, la del primer causante y la del segundo causante: *«Una vez liquidada la sociedad de gananciales, en la porción de herencia que corresponde a los menores por derecho de transmisión de su difunto padre, la cuota legal usufructuaria que corresponde a su madre que*

los representa, no se capitaliza, manteniéndose el usufructo sobre la porción ideal del tercio de mejora de la herencia del padre de los menores. Por lo tanto, no haciéndose capitalización del usufructo ni adjudicaciones de bienes, no existe tampoco en este punto conflicto de intereses sino intereses concurrentes».

Esta referencia a la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo en los bienes procedentes del primer causante, no constituye *«obiter dictum»*, pues estamos ante un supuesto en que se trata de determinar si la viuda actúa con conflicto de intereses, al adjudicarse la cuota legal usufructuaria, y llega a la conclusión de que se adjudica dicha cuota en la misma proporción que corresponde a la misma, por lo que no hay conflicto de intereses. Ahora bien, si hubiera aplicado la doctrina de la sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2013, como las dos resoluciones DGRN anteriores, no hubiera tenido más remedio que decir que había conflicto de intereses con la menor, pues se habría adjudicado una cuota legal usufructuaria sobre los bienes del primer causante por derecho de transmisión, que desde la perspectiva de la teoría de la sucesión directa, no le hubiera correspondido porque no era heredera del transmitente, sino titular de un derecho singular de usufructo de cuota.

En mi opinión, con independencia de si son o no compatibles las dos resoluciones de 2014 con la de 2015, debería considerarse, a efectos registrales, que el cónyuge viudo del transmitente tiene derecho a su cuota legal usufructuaria sobre los bienes del primer causante, aunque no sea heredero del transmitente, tal como resuelve la última de las tres resoluciones.

Entendemos que, aun partiendo de la teoría de la adquisición directa, hay argumentos en favor de los derechos de usufructo del cónyuge viudo del transmitente, respecto a los bienes del primer causante.

Para ello, no sería suficiente partir del mero *«nomen»* de heredero forzoso que el Código Civil atribuye al cónyuge viudo usufructuario en el apartado 3.º del artículo 807 del Código Civil, pues la jurisprudencia más consolidada entiende que no tiene la condición de heredero, aunque no se ha planteado si tiene o no derechos en la herencia del primer causante, pues la sentencia del Pleno se refiere a un supuesto distinto.

Para reconducir esta cuestión, en lugar de centrarnos en el tema de la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios son llamados a la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y solo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos.

No parece adecuado considerar que la *«autoridad máxima»* en derecho de transmisión corresponde al primer causante, sino que, con independencia de si hay o no paso de los bienes por la herencia del transmitente, y aunque se

considere que no, el transmitente tiene también «autoridad», y en el punto que ahora exponemos, es máxima, para determinar quiénes, en qué proporción y en qué forma son herederos del primer causante, pues son los *«herederos suyos»* los que participan en la herencia del primer causante, que son distintos de los herederos directos del primer causante.

La entrada del cónyuge viudo usufructuario en la herencia del primer causante puede fundarse en una vía de rebote a través de la limitación en el llamamiento de los herederos transmisarios por parte del transmitente o segundo causante o de la ley que supletoriamente los llamaba con relación al transmitente.

La sentencia del Pleno no pone en duda que los herederos transmisarios son los que resultan ser *«herederos del transmitente»*, o sea los nombrados por el transmitente.

Pues bien, veamos en primer lugar, qué ocurre cuando el transmitente ha nombrado varios herederos en distintas proporciones, llamando por ejemplo, a uno de ellos en la mitad y a los otros dos herederos en una cuarta parte a cada uno. Nadie podrá discutir en este caso que los transmisarios reciben en este caso los bienes del primer causante en la proporción fijada por el transmitente y no por terceras partes iguales.

Demos ahora un salto que, aunque parece cualitativo, responde a la misma razón de ser. Supongamos que el transmitente testador, teniendo en cuenta la vocación forzosa del cónyuge viudo en cuanto al usufructo, llama a sus hijos como herederos en la nuda propiedad, total o parcial, según el grado que corresponda al correlativo usufructo del cónyuge viudo, llamando a este como legatario del usufructo. No cabe duda de que los hijos son los herederos del transmitente que tienen el derecho de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero han sido nombrados por el transmitente y por la ley (vocación forzosa) solo como nudo propietarios (en todo o en parte), es decir, con la limitación que para su derecho representa el usufructo del cónyuge viudo.

¿Podría admitirse que a pesar de esta limitación testamentaria y legal de los derechos de los herederos nombrados, podrían adquirir los bienes del primer causante como si fueran herederos plenos? ¿Qué título podría decirse que tienen para extender su derecho que es limitado en la fuente a la totalidad del pleno dominio de los bienes del primer causante? Ninguno. El primer causante ni los llamó ni pensó en ellos. La atribución *«ex lege»* del derecho de los transmisarios en el artículo 1006 la hace el legislador remitiéndose a quién haya sido nombrado heredero por el transmitente y en la forma y proporción que haya señalado, o bien, a falta de testamento, a quién resulte nombrado por la ley como pariente del transmitente, y en ambos casos con las limitaciones derivadas de la vocación forzosa del cónyuge usufructuario.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, ni sería justo ni sería técnicamente posible, convertir un derecho de un heredero en nuda propiedad, en un derecho en pleno dominio.

Ahora bien, si se reconoce que los herederos nombrados como nudo propietarios solo pueden adquirir bienes en la herencia del primer causante como herederos nudo propietarios por resultar tal llamamiento del transmitente o de la ley en sustitución del mismo, entonces hay que admitir por vía de limitación o rebote, que el cónyuge viudo usufructuario ostente el usufructo correlativo a esa nuda propiedad de aquellos, pues no puede admitirse una nuda propiedad sin usufructo, ni un usufructo sin nuda propiedad.

Da igual que se siga la tesis de la adquisición directa o la tesis de la teoría clásica, a estos efectos, pues aquí no se discute si los bienes siguen un doble paso o un doble itinerario, sino que estamos en el título de origen, el que resulta del transmitente, que es la «autoridad máxima» para determinar quiénes son aquí los llamados, en qué forma y en qué proporción. Partiendo de aquí, al cónyuge le dará igual que le llamen adquirente directo del primer causante en cuanto al usufructo o adquirente a través de la herencia del transmitente o mejor dicho, por mediación del transmitente, para ser más preciso.

Y si en lugar del cónyuge viudo usufructuario con la cuota que le corresponde por el Código Civil, en la sucesión testada, pasamos al usufructo que le corresponde en la sucesión intestada, la solución es la misma, pues es la ley la que llama como herederos a los hijos del transmitente, pero con el carácter de nudo propietarios en parte, con la consiguiente limitación de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo del transmitente, en los mismos términos que hemos señalado para el caso de llamamiento testamentario por el transmitente.

Y si estamos en la legislación del Código Civil de Cataluña, en que el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo de la totalidad de la herencia, resultará que los herederos del transmisario lo son solo «en nuda propiedad» y por tanto, no podrían ser herederos del primer causante en cuanto al pleno dominio, extendiendo su derecho más allá de lo que permite su llamamiento por la autoridad máxima en materia de nombramiento de heredero, que en este caso, a falta de testamento del transmitente, es la propia ley al llamar como nudo propietarios a los hijos y el usufructo universal al cónyuge viudo. Y no vale decir que el cónyuge sería heredero, pues dado el carácter de usufructuario como derecho singular, solo podría tener un legado legal o atribución legal, que desde luego limita el derecho de los herederos llamados.

IV. LA DISCRIMINACIÓN DE TRANSMISARIOS SEGÚN LA TEORÍA DE LA DOBLE CAPACIDAD (TAMBIÉN LLAMADA «DE LA ADQUISICIÓN DIRECTA»)

Aunque esta cuestión no constituya el supuesto de hecho de la presente sentencia del Pleno, no hay que olvidar que esta no solo resuelve un caso

concreto sino que fija una doctrina jurisprudencial con carácter general para futuros supuestos. Y esa doctrina jurisprudencial es la de la llamada adquisición directa y podría plantearse si es al mismo tiempo, como defienden los autores de dicha teoría, al menos en su formulador más insigne, que se trata de exigir una doble capacidad a los transmisarios, la que deben tener como herederos de su transmitente y la que deben tener respecto al causante de la primera herencia, o si por el contrario, como defiende la teoría clásica del derecho de transmisión, los transmisarios solo deben tener capacidad sucesoria y existencia respecto al transmitente, pero no respecto al primer causante. ALBALADEJO, que difundió ante nosotros con su brillantez acostumbrada, la teoría de la adquisición directa, defendió igualmente la doble capacidad del transmisario, hasta el punto de que su teoría de ha venido denominando «teoría de la doble capacidad» y ello porque defendía los postulados de la teoría de la adquisición directa.

Pues bien, antes de entrar en la cuestión de si la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 sigue o no la teoría de la doble capacidad, pues se limita a defender la teoría de la adquisición directa, excluyendo la doble transmisión de bienes, es necesario aclarar que se trata de una cuestión que suele ir pareja a la teoría de la adquisición directa, por lo que es necesario precisar si, después de la sentencia del Pleno, además de la adquisición directa que esta defiende expresamente, se puede dar por admitida la necesidad de doble capacidad de los transmisarios o no.

Desde luego que no nos parece adecuado admitir la teoría de la doble capacidad, por lo que entendemos que la fijación de doctrina jurisprudencial por el Pleno se refiere únicamente a su idea sobre la sucesión directa respecto al primer causante, pero no a la exigencia de la doble capacidad.

Para comprobar el desacierto de la doble capacidad, supóngase que el transmitente deja como herederos *«suyos»* a sus cuatro hijos, pero dos de ellas nacieron después de la muerte del primer causante, aunque los otros dos ya existían en el momento de dicha muerte. Pues bien, según la teoría de la doble capacidad (equiparada hasta ahora a la de la adquisición directa), los transmisarios deben reunir el requisito de la doble capacidad o existencia: deben tener capacidad y existencia respecto al transmitente, en el momento de su muerte, del que reciben el «ius delationis» y deben aceptar o repudiar su herencia como requisito previo (y por tanto, con el requisito de capacidad y existencia respecto al mismo, que los tienen porque son los cuatro hijos del transmitente); pero además, deben tener el requisito de capacidad y existencia respecto al primer causante, en el momento de la muerte de este, pues le «suceden directamente» según dicha teoría, y resulta que en el caso señalado solo tienen existencia y por tanto capacidad respecto al primer causante, dos de los hijos del transmitente, por lo que quedarían excluidos de la herencia del primer causante los otros dos porque no existían todavía cuando falleció el primer causante.

¿Se puede admitir tal discriminación? Según la teoría clásica, que no sigue la sentencia del Pleno, para el supuesto de hecho que contempla, no habría tal discriminación, pues los cuatro transmisarios solo tendrían que tener capacidad y existencia respecto a su transmitente (y las tienen), no siendo necesario que tengan capacidad y existencia respecto al primer causante, pues estos requisitos solo los ha de cumplir el transmitente primeramente llamado a esa herencia, que aunque no aceptó ni repudió adquirió el *ius delationis* precisamente por tener él (y no sus transmisarios) la capacidad y existencia requeridas.

Ante este problema, ALBALADEJO, que hemos dicho que uno de los principales defensores de la teoría de la adquisición directa, que, al menos en cuanto al aspecto de la sucesión directa, sirve de soporte a la presente sentencia del Pleno, ya reconoce este resultado, diciendo:

«A instituye heredero a B; B ignora que posteriormente A ha muerto y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y a D; C, nacido antes de la muerte de A: D, ni siquiera concebido en tal fecha»[1].

Dice ALBALADEJO que *«aplicando nuestra teoría (la de la doble capacidad), «D» no puede heredar a «A», ni, por tanto, suceder a «B» en el ius delationis a la herencia de «A».*

Ahora bien, esta interpretación de ALBALADEJO no es convincente, pues si ambos herederos tienen el ius delationis procedente del transmitente, y están en igualdad de condiciones —y no digamos nada si ambos son hijos del transmitente—, no se ve razón alguna para que se niegue a uno de ellos el derecho resultante de ese ius delationis, que es negar este derecho mismo, pues tendría un *ius delationis* que no podría ejercitar.

Y la prueba de la improcedencia de la solución de la teoría de la doble capacidad es el reconocimiento del propio patrocinador de la teoría:

«Aceptamos —dice ALBALADEJO— lo inequitativo de la solución, inequidad que, en todo caso, tiene paliativos: 1.º El artículo 462.3.º del Código italiano de 1942 («pueden, además, recibir por testamento los hijos de una determinada persona que viva al tiempo de la muerte del testador, aunque no estén todavía concebidos») y, en general, todos los supuestos en que se pueda considerar posible la sucesión de los no concebidos. 2.º El hecho de que siendo el ius delationis *apreciable en dinero, si n él no puede suceder «D» a «B», se compensará a «D» con otros bienes de la herencia de «B», hasta paliar, dentro de lo posible, la desigualdad entre las porciones que «C» y «D» tengan en la institución de «B» y lo que reciban en pago de ellas».*

Pero la consideración de «inequitativa» de la solución que se propone es ir actualmente en contra del artículo 3.2 del Código Civil y de la idea que el mismo ofrece de la equidad y su juego en Derecho español.

Y en cuanto a los citados paliativos que se señalan para disminuir la inequidad de la solución propuesta: a) Respecto al primer paliativo, se trata de una cita del Código Civil italiano, que no es aplicable en el sistema español; b) En cuanto a la referencia al *concepturus*, hay que observar que para que pueda entenderse llamado un *concepturus*, incluso en Derecho italiano, es necesario que el testador le haya llamado. Existiendo llamamiento o vocación, podría superarse el difícil inconveniente de admitir la sucesión por parte de un *concepturus*. Pero si no hay tal llamamiento, como en este caso, en que el primer causante ni siquiera lo contempla, carece de base pretender que suceda a un causante quien todavía no está concebido en el momento de la muerte del mismo, salvo que se excluya la teoría de la doble capacidad; c) Respecto al otro pretendido paliativo que se alega, consistente en que se pueden compensar al que no podría ejercitar el *ius delationis*, con bienes de la herencia del transmitente o segundo causante, esto no es posible, salvo que se entienda que los bienes a que se refiere el *ius delationis* han de integrarse en la segunda herencia, o sea en la del transmitente, para de ese modo distribuirla entre los transmisarios. Pero esta integración es precisamente lo que no admiten los partidarios de la llamada teoría de la adquisición directa, ni desde luego, la presente sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013.

Y si de los supuestos de inexistencia de los transmisarios en el momento de la muerte del primer causante, pasamos a otros supuestos de incapacidad sucesoria, como por ejemplo, el del notario ante el que otorgue su testamento, sería excesivo que no teniendo nada que ver con las disposiciones del primer causante respecto a su testamento, resultara que por el hecho de haber sido llamado por el transmitente como heredero, no fuera capaz de heredar al primer causante ese notario totalmente ajeno a las disposiciones del primer causante en el momento en que se hicieron a favor de un transmitente que podría no tener nada que ver con el citado notario, aunque luego le nombrara heredero en su testamento y fuera transmisario.

En todo caso, y volviendo al supuesto de discriminación de los nacidos según la fecha de su nacimiento, si se centra adecuadamente el valor de la doctrina de esta sentencia y su carácter no vinculante para los Tribunales de grado inferior, con independencia de sus efectos respecto al recurso de casación, que si se plantean supuestos de hecho muy distintos del que resolvió la presente sentencia del Pleno, y concretamente esta cuestión de discriminación de los efectos de la doble capacidad como consecuencia de la sucesión directa al primera causante, por razón de la fecha del nacimiento de los hijos del transmisario, que es el que llama a sus propios herederos («los suyos», según el art. 1006 del Código Civil), que haya que abandonar la teoría de la sucesión directa o matizarla respecto a este concreto problema distinto del que resuelve la sentencia del Pleno.

Y desde luego que si no fuera así, sí que llamaríamos la atención de la necesidad de una urgente reforma del artículo 1006 del Código Civil para evitar la discriminación que se acaba de indicar, que, desde luego no se da en la teoría clásica del derecho de transmisión.

Ahora bien, lo que nos planteamos a continuación es si, a pesar de que la sentencia del Pleno fija doctrina jurisprudencial partiendo exclusivamente de la teoría de la adquisición directa, pueden encontrarse datos en la propia sentencia, en el sentido de que no es partidaria de llegar en ese punto a todas las consecuencias de la teoría de la adquisición directa.

Por de pronto, en el caso planteado no existe ninguna cuestión sobre la capacidad de los transmisarios respecto a la primera causante, pues suponemos que todos ellos ya habían nacido en el momento de la muerte de dicha primera causante, pues da la sensación que no hay lejanía de fechas respecto a la muerte de uno u otro causante, aunque dada la imprecisión del supuesto de hecho en este punto, tampoco cabe asegurarlo completamente.

Pero es que hay una frase un tanto misteriosa en el párrafo último del apartado 5 del Fundamento tercero de la sentencia del Pleno, que parece seguir en este punto los dictados de la teoría clásica, aunque no lo quiera reconocer así, pues dice:

«Esta misma razón de inalterabilidad o subsistencia del ius delationis *hace que cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del* ius delationis, *la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente».*

¿Qué significa este párrafo para una sentencia que fija doctrina jurisprudencial partiendo de la sucesión directa de los transmisarios respecto al primer causante y como sucesión totalmente distinta la del transmitente?

Es evidente que la sentencia aplica *«los requisitos de capacidad sucesoria al heredero transmitente»*, pues solo así cabe la transmisión del *ius delationis*.

Pero deja con cierta confusión o con una frase alambicada que plantea interpretaciones, cuando dice que *«la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente»*. La frase *«cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente»* vuelve a plantear problemas, pues aquí no estamos ante la «capacidad para aceptar» sino ante la «capacidad para suceder» e incluso a la «capacidad por razón de la existencia», que nunca se valora respecto al momento de aceptar la herencia de que se trate, sino respecto al momento de la muerte del causante respectivo. Y en el propio párrafo la sentencia habla de la «capacidad sucesoria», que es distinta de la «capacidad para aceptar» y por tanto, se refiere o incluye también la cuestión de la «existencia» del heredero. Si lo que

quiere decir la sentencia del Pleno es que los transmisarios no tienen que tener la doble capacidad para suceder sino únicamente respecto al segundo causante o transmitente, bienvenida sea, pero entonces tampoco puede decirse que aplique la teoría de la «sucesión directa» en su totalidad, pues no la aplica respecto a este problema tan importante y decisivo como es el de capacidad para suceder al primer causante, pues parece que no se concilia bien la declaración de que los transmisarios suceden directamente al primer causante, y sin embargo, reconocer que no tienen por qué tener capacidad ni existencias en el momento de la muerte de su causante directo. Por otra parte, tampoco cuadra mucho reconocer en ese párrafo que existe la «posibilidad de transmisión del *ius delationis*».

La conclusión es que, en nuestra opinión, la sentencia del Pleno sigue la teoría de la adquisición directa respecto al problema de la partición que se plantea en el caso, distinguiendo las dos particiones, la de la herencia del primer causante, y la de la herencia del segundo causante, pero no sigue esa teoría respecto a la exigencia de doble capacidad sucesoria, pues en este punto, aunque no lo quiera, sigue los postulados de la teoría clásica, que es la que descarta toda discriminación entre transmisarios por razón de la fecha de su nacimiento.

V. LOS ACREEDORES DEL TRANSMITENTE

En un fenómeno sucesorio tan complejo como el producido por el derecho de transmisión, con tres elementos personales en juego, el primer causante, el segundo causante o transmitente y los herederos transmisarios, hay tres posibles clases de acreedores: los del primer causante, los del segundo causante y los de los herederos transmisarios.

Todos ellos deberían tener su derecho y su orden de preferencia para cobrar lo que les corresponde y para ejercitar los derechos que les concede la Ley y sin embargo, si se sigue la doctrina de la sentencia del Pleno, resultaría que en un escenario en el que los bienes de la herencia propiamente dicha del transmitente fueran insuficientes o inexistentes, los acreedores del primer causante podrían cobrar, conforme al principio de «antes es pagar que heredar»; los acreedores de los herederos transmisarios también podrían cobrar después de aquellos, sobre los bienes que sean ya propios de los herederos, una vez pagados los acreedores del primer causante. Pero quedarían fuera los acreedores particulares del transmitente, pues los bienes de la primera herencia pasarían directamente a los transmisarios sin pasar por la herencia del transmitente. Y lo más grave no es eso, pues si solo fuera así, podría decirse que son las reglas del Derecho de Sucesiones siguiendo una teoría previamente contrastada como más apropiada según cada punto de vista. Pero no se trata solo de eso, sino de que los herederos particulares del transmitente tienen un derecho reconocido por la ley que no se extingue con la muerte del transmitente, y es el derecho del artículo 1001 del Código Civil, en

virtud del cual puede ejercitar la *«interrogatio in iure»* frente a su deudor heredero para que manifieste si acepta o repudia la herencia a la que tiene derecho, después de pasados unos plazos puede pedirse al juez que le señale un plazo pasado el cual la herencia se entiende por aceptada. Pero el problema es que durante ese intervalo, el deudor transmitente fallezca sin aceptar ni repudiar y sin haber podido aplicarse la regla de que la herencia se entiende aceptada por su silencio, pues pasaría el derecho de aceptar o repudiar la herencia del primer causante a los suyos, y entonces los acreedores de ese deudor fallecido que tienen derecho a que se conteste a su pretensión, no puede decírseles que como el deudor ha fallecido se extingue su derecho, ni tampoco sería justo que se diera por terminado el plazo pendiente por el hecho de la muerte. No; el mismo derecho a contestar pasaría a los herederos del heredero que tendrían que decidir si aceptan o repudian la herencia del primer causante (que es la que era objeto de la pregunta de los acreedores del transmitente). Y si optan por aceptar, esos acreedores no van a recibir una contestación «en vacío» sino que tendrían derecho (salvado el preferente derecho de los acreedores del primer causante) a reclamar contra esos bienes del primer causante, que solo se explica si se parte de que los bienes pasan por la herencia del transmitente, respecto al que son acreedores, pues los embargarían como bienes de la primera herencia pero que pasan por la segunda en la que ellos son acreedores del deudor transmitente fallecido.

Y si los transmisarios optaran por repudiar la herencia del primer causante, es decir, ejercitar en forma negativa el *ius delationis,* lo harían ejercitando «el mismo derecho del transmitente», que es deudor de sus propios acreedores, por lo que estos conforme al artículo 1001 del Código Civil, en caso de repudiar a la herencia en perjuicio suyo, podrían pedir al juez que les autorizara para aceptarla en nombre de «aquel» dice el artículo 1001 del Código Civil; pero teniendo en cuenta que «aquel» es el que tiene el *ius delationis* derivado del transmitente, que es el único deudor que aparece en escena respecto a estos acreedores.

Por tanto, difícil papeleta se presenta para los acreedores particulares del transmitente respecto a los supuestos de los artículos 1004 y 1001 del Código Civil en relación con el artículo 1006 del mismo, si se parte de la teoría de la adquisición directa que sigue la sentencia del Pleno. Y ello no solo teniendo en cuenta las reglas de la equidad sino también las que resultan de los artículos 1004 y 1001 en relación con el derecho de transmisión del artículo 1006.

Por eso, civilistas tan relevantes como LACRUZ-SANCHO ya advirtieron que *«la atribución directa de la herencia del primer causante al transmisario priva a los acreedores del transmitente de un valor patrimonial —el caudal relicto de dicho primer causante— que ellos podían incorporar al caudal del transmitente aun repudiando este la herencia en que se le instituyó (art. 1001 del Código Civil), pero que no van a poder disfrutar si la herencia es aceptada por el transmisario»*[2].

Pero no vemos cómo se puede conciliar la teoría de la sucesión directa que sigue la sentencia del Pleno con situación de los acreedores del transmitente,

aunque auguramos que si se plantea un problema de acreedores, al menos en su formulación más simple, para no complicar el supuesto, en que no haya herederos del primer causante, sino herederos del transmitente, va a ser difícil de entender que los acreedores del transmitente o segundo causante no cobren absolutamente nada de los bienes que reciben los herederos del transmitente de modo directo, dice la sentencia del Pleno, del primer causante, pues entonces los bienes pasarían como una exhalación y ni siquiera podría interpretarse que estarían un solo segundo en la herencia del transmitente. ¿Es justo este resultado al menos en el supuesto de que les hubiera sido imposible ejercitar la *interrogatio in iure* porque no hubieran conocido en momento oportuno ni la muerte del primer causante ni la del segundo causante?

Nos quedamos aquí en este supuesto y es de esperar, que se replantee este problema, pues hasta ahora no habría tal necesidad si, como decía la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante en el caso planteado, la tesis mayoritaria en la jurisprudencia menor, era la de la teoría clásica, que admite los derechos de los acreedores del transmitente sobre los bienes del primer causante.

VI. EL PROBLEMA DE LOS LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE

Nuevamente traemos a colación aquí a los que el artículo 807 del Código Civil denomina «herederos forzosos», pero que según frase feliz «no es forzoso que sean herederos». Podemos aceptar que la legítima sea una cuarta clase de vocación, junto a la testada, la intestada y la contractual, la vocación *«forzosa»*, como entendieron antiguos autores y más recientemente PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, frente a VALLET DE GOYTISOLO, en una conocida polémica entre ambos[3]. Pero en cambio, no podemos admitir que la legítima sea en cuanto a su contenido necesariamente una vocación o llamamiento de heredero, si el testador no la ha establecido como *«pars hereditatis»,* pues tiene libertad para configurarla a través de cualquier título, como resulta del artículo 815 del Código Civil, siempre que no quede perjudicada la legítima en su contenido. Por tanto, el testador puede dejar la legítima a través de la sucesión a título particular bien sea como legado o con palabras comunes, dejando la legítima que corresponda pero sin necesidad de utilizar el llamamiento a título de heredero. En estos casos, los legitimarios no son herederos, ni puede considerarse la legítima como *«pars hereditatis»*, sino que entra dentro del concepto de *«pars bonorum»* asimilable a un legado legal de parte alícuota (salvo en el caso de la legislación catalana), pues sus derechos se concretan en la parte que queda del activo hereditario después de pagar las deudas (art. 818 del Código Civil). Tienen «vocación forzosa» por determinación de la ley, pero no necesariamente a través del título de heredero. Pueden tener vocación testamentaria de heredero coincidente en cuanto al contenido con la vocación forzosa, pero también

pueden tener una vocación singular de legatarios que cumpla los requisitos de la propia vocación legal forzosa. En el caso de que su llamamiento sea el de legatarios, es evidente que no son herederos ni deben responder de las deudas y cargas de la herencia, y si no lo son, no pueden quedar comprendidos dentro de los «herederos suyos» del transmitente a que se refiere el artículo 1006 del Código Civil, salvo el caso ya citado de que a la vocación legal forzosa se una la vocación testamentaria expresa de llamamiento de heredero.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial que fija esta sentencia basándose en la teoría de la adquisición directa, podría dejar fuera de juego a los legitimarios llamados a título particular por el transmitente o segundo causante, y no solo eso, sino que dejaría libres de esa importante limitación o carga a los herederos llamados por él, a pesar de que el llamamiento o *ius delationis* procedente del transmitente a sus herederos implica una limitación por razón de legítimas, no cabiendo por tanto, un llamamiento privilegiado *«libre de legítimas»*. La consecuencia sería no solo que los legitimarios no recibirían absolutamente nada de los bienes procedentes del primer causante a pesar de que el *«ius delationis»* que les sirve de fundamento adquisitivo es un bien integrado en la herencia del transmitente (así lo dice expresamente la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo), sino además, que los herederos voluntarios nombrados por el transmitente, quedarían libres de la legítima respecto a los bienes que reciban de la herencia del primer causante, a pesar que su título derivado del *ius delationis,* está en la segunda herencia, es decir, a pesar de reconocer la propia sentencia del Pleno que el *«ius delationis»* está integrado en la segunda herencia.

Nada resulta tan falto de equidad y de lógica que la solución de excluir a los legitimarios de los bienes del primer causante, mientras los herederos puros y simples e incluso los extraños disfrutan con toda amplitud de dichos bienes, cosa que directamente no hace la presente sentencia del Pleno, a pesar de que fija una doctrina jurisprudencial que si se extiende sin las limitaciones que todo heredero tiene respecto a las legítimas, conduciría a ese resultado.

Todavía podría intentarse salvar de este resultado a los legitimarios. Una primera solución sería incluirlos siempre en la calificación de «herederos» partiendo del calificativo de «herederos forzosos» que emplea el artículo 807, cosa que no admite la doctrina ni la jurisprudencia mayoritaria. Y una segunda solución sería interpretar que el *«ius delationis»* que está integrado en la segunda herencia, según dice la presente sentencia, tiene un valor patrimonial o económico (en el caso de que se ejercite positivamente, que sería el equivalente al valor de los bienes a que se refiere), y aplicar la legítima a ese valor económico que, en definitiva, es el valor de los bienes que el transmisario heredero voluntario recibiría por su aceptación de la herencia del primer causante. Pero no todos los autores consideran que el *«ius delationis»* tenga un valor patrimonial o económico.

Pero obsérvese que desde el punto de vista de la teoría clásica que no sigue la presente sentencia del Pleno, no habría ningún problema en reconocer su

derecho a los legitimarios sin acudir a soluciones forzadas como las apuntadas y, por otra parte, la solución de extender el derecho de los legitimarios al valor del *«ius delationis»* tiene el inconveniente de que si no se configura como un derecho subjetivo, lo que parece excluir la sentencia a través de expresiones confusas o imprecisas que utiliza como las de «poder de configuración», «efecto transmisivo» o «legitimación» (salvo que lo del poder de configuración se corresponda con un derecho subjetivo potestativo de valor económico) o si se entiende que es un derecho subjetivo pero sin ese valor económico o patrimonial, los legitimarios no tendrían derecho a participar en el valor de los bienes procedentes de la primera herencia, y eso simplemente porque la *«autoridad máxima»* en materia de forma de designación de los llamados como *«herederos suyos»* corresponde al transmitente, conforme al artículo 1006 del Código Civil.

Solución que no es equitativa ni es lógica desde el punto de vista de la técnica jurídica, pues los legitimarios del transmitente, aunque no sean herederos en el caso concreto, tienen derecho a una porción de bienes, de la que no se pueden excluir los bienes que sustituyen y se ponen en el lugar del *«ius delationis»* integrado en la herencia del transmitente y que proceden del primer causante.

Por todo ello, la resolución DGRN de 23 de junio de 1986 admitió la posibilidad de que los legitimarios pudieran reclamar dentro de su derecho a la parte del activo líquido el valor económico del *ius delationis*.

Y en todo caso, si no se admite alguna de las vías que ofrece esa resolución, siempre podría decirse que los legitimarios no llamados como herederos conservan su vocación legal forzosa para no perder los derechos que les corresponderían como herederos, entre ellos el de participar en los bienes del primer causante. O incluso, considerar, por la vía del rebote o de la limitación a los herederos llamados, que si el transmitente los llama como herederos es con las limitaciones o cargas resultantes de la legítima que es una limitación legal, y por tanto, podrían acudir como herederos llamados a la herencia del primer causante, en la misma forma que resulta de su llamamiento por el transmitente, es decir, con las limitaciones y cargas derivadas de la legítima, que como vocación legal forzosa limita el llamamiento de los herederos transmisarios.

VII. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MAYO DE 1963 SOBRE LAS FACULTADES DEL CONTADOR PARTIDOR DEL SEGUNDO CAUSANTE RESPECTO A LA ADJUDICACIÓN DEL *«IUS DELATIONIS»* DE LA PRIMERA HERENCIA

Hay que reconocer que el problema de la partición de herencia plantea enormes dificultades doctrinales tanto para los autores que siguen la teoría de la adquisición directa como para los que seguían la teoría clásica de la doble

transmisión, y hasta podría decirse que, cuando unos y otros se enfrentaban con la partición de herencia, desaparecía toda posición dogmática entre ellos, y prácticamente intercambiaban en este ámbito concreto, sus respectivas posiciones doctrinales.

Así por ejemplo, el autor más significado dentro de la teoría clásica o de la doble transmisión, como era LACRUZ BERDEJO, no tenía ningún inconveniente en reconocer que la partición de herencia respecto a los bienes del primer causante, tenía que hacerse partiendo de cierta autonomía respecto a los bienes del segundo causante[4]. Y el autor más significado dentro de la teoría de la adquisición directa, como era ALBALADEJO, no tuvo tampoco ningún inconveniente para defender que, a pesar de la separación de las dos herencias, existían conexiones entre ellas a efectos de las respectivas particiones de herencia, hasta el punto de admitir compensación de valores entre las dos masas patrimoniales por razón del derecho de transmisión, especialmente en el supuesto de que se diera el caso de incapacidad de algunos transmisarios para suceder al primer causante, entendiendo que en tal caso, deben producirse compensaciones con otros elementos de la herencia del transmitente, para equilibrar la parte de ius delationis que los transmisarios no pueden recibir, razonando que «en caso contrario, no podría suceder (el transmisario) en la porción de herencia del transmitente que este quiso si murió testado, o dispuso la Ley, si murió intestado»[5].

Las posiciones excesivamente dogmáticas en esta materia de partición también pueden producir problemas en casos como el aquí planteado, en que el contador partidor judicial nombrado para la partición de la herencia del primer causante, con multiplicidad de herederos y de transmisarios, como reconocía la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, no había podido determinar si los transmisarios habían o no aceptado la herencia de su transmitente e incluso la del mismo primer causante.

También se podrían producir supuestos en que el lote de bienes del primer causante correspondiente a los herederos del transmitente fuese de cuantía no suficiente para atender a todos los transmisarios, que en este caso eran nada menos que seis, aunque no se sabe a cuánto ascenderían los bienes, pero que en otros casos podrían permitir que se dejaran en situación de comunidad hereditaria a la espera de la partición de la segunda herencia para las compensaciones que proponía ALBALADEJO, aun fuera del supuesto de incapacidad.

En fin, también podrían darse supuestos de identidad de los herederos del primer causante con los herederos del segundo causante, que es frecuente en la práctica, en que, aunque en las escrituras se mencionan los respectivos bienes de uno y otro causante, se opta por hacer una partición conjunta por la libre voluntad de los herederos mayores de edad. Tampoco puede descartarse el supuesto de que siendo distintos los herederos en una y otra herencia, al menos parcialmente, todos ellos estuvieran conformes en que se asignara en la primera herencia un lote global de bienes para los transmisarios en espera de que estos

los incluyeran a efectos de partición en la segunda herencia en la que está integrado el *ius delationis*.

Ciertamente, hay que reconocer que en el supuesto de hecho planteado, estamos ante un caso especial de contador partidor nombrado judicialmente porque precisamente uno de los transmisarios no estaba conforme con que se hiciera una adjudicación global para todos los transmisarios del lote de bienes correspondiente al derecho de transmisión en la herencia del primer causante, que era la que el contador partidor judicial tenía que partir y adjudicar los bienes.

En ese supuesto concreto, considero que puede estar justificado que el contador partidor judicial del primer causante, que tiene la obligación de hacer una partición completa incluyendo a todos los bienes y a todos los herederos, y sea cual fuere la teoría que se siga sobre el derecho de transmisión, habiendo oposición de uno de los transmisarios a que se haga un lote global, incluya de forma individualizada la cuota y los bienes concretos a adjudicar a cada transmisario en la herencia del primer causante.

Lo que ocurre es que la sentencia de la Sala Primera del Pleno que nos ocupa, ve precisamente en este supuesto la piedra de toque para fijar doctrina jurisprudencial diferenciando las dos sucesiones y los bienes de cada una de ellas, y para defender la teoría de la sucesión directa respecto al primer causante, excluyendo la teoría clásica del derecho de transmisión.

Pero no parece que habría inconveniente en un supuesto distinto del actual en el que, en lugar de tratarse de partición realizada por el contador partidor judicial del primer causante y con oposición de un transmisario, se tratase de un supuesto en que estuvieran de acuerdo todos los transmisarios para que el lote de bienes que les correspondiera en la primera herencia, se pasase a la segunda herencia, la de su transmitente, en la que está integrado el *ius delationis,* para hacer la partición conjuntamente con los restantes bienes de dicha segunda herencia.

Problema especial, eso sí, se plantea respecto al caso de la sentencia de la propia Sala Primera de 8 de mayo de 1963, en un supuesto en que no se planteaba la partición de la herencia del primer causante, sino únicamente de la segunda y existía un contador partidor nombrado por el segundo causante o transmitente, sin que hubiera distintos herederos en la primera y en la segunda herencia, y en cuya sentencia el Tribunal Supremo admitió que el contador partidor de la segunda herencia tenía facultades para adjudicar a uno de los transmisarios el *ius delationis* procedente de la primera herencia y al otro transmisario otros bienes de la segunda herencia.

La referida sentencia dice concretamente lo siguiente en sus Considerandos segundo, sexto y séptimo:

«Que la circunstancia de la partición de bienes de doña Francisca S. R. (que era la segunda causante o transmitente) realizada por el contador, se hayan incluidos los derechos que a ella correspondían en la herencia de su

madre y hermanos fallecidos (que eran los primeros causantes), y que se hayan adjudicado con determinada valoración a uno de sus herederos (es decir, a uno de los transmisarios, y por eso, la otra transmisaria demandó la nulidad de la partición) sin la previa partición que la recurrente cree indispensable, no contraviene lo preceptuado en el artículo 1057 invocado, ni constituye vicio que implique la nulidad de tal partición: Primero. Porque, si la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte —como el art. 659 previene— la partición de ella, si ha de ser completa, tendrá que contener también adjudicaciones de derechos transmisibles de los que figuraban en la herencia. Segundo, porque si la recurrente entendía que con la adjudicación de esos derechos sucesorios a su coheredero, se le causaban perjuicios superiores a la cuarta parte de la herencia, podría impetrar la rescisión de ella por lesión —art. 1074—, pero no su nulidad; y, tercero, porque si creía que en ello se habían omitido alguno o algunos objetivos o valores de la herencia, podría pedir que se completase o adicionase con ellas, como el artículo 1079 preceptúa».

«Que como motivo tercero de su recurso, doña Dolores R., amparándose también en el núm. 1.º del tantas veces referido artículo 1692 (se refiere al de la antigua LEC sobre el recurso de casación), atribuye a la sentencia recurrida, infracción por violación, al dejar de aplicarlos, de los artículos 1006, 659 y 1068 del Código Civil, porque al fallecer doña Francisca S. R. M., los derechos de esta en las herencias de su madre y hermanos fallecidos, se transmitieron a la recurrente, que pasó a ocupar el lugar de su causante —la doña Francisca— y tenía que intervenir como interesada en la partición de tales herencias, para determinar el alcance de los derechos que a ella le correspondían; de donde la recurrente infiere que al inventariarlos el contador, sin estar concretados y delimitados, la partición por él realizada, adolece de vicio de nulidad, porque infringe los preceptos referidos».

«Que como, pese a tales alegaciones no ha logrado acreditar que el contador, con esa actuación, hubiese omitido objetos y valores que debían integrar la herencia partible, ni que se hubiese reputado heredero a quien no lo fuera, ni tampoco que su exclusión en la partición de la herencia de doña Petronila e hijos hubiese sido realizada por los herederos con mala fe o dolo, no puede obtener ni el complemento de aquella partición, ni su nulidad, ni tampoco la rescisión por preterición de la practicada por don Nicolás S. R».

No cabe duda de que la presente sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, aun no ocupándose del mismo supuesto de hecho que la sentencia del propio Tribunal de 8 de mayo de 1963, pues se refiere al contador partidor de la primera herencia, y no al de la segunda como en el caso de esta última sentencia del Tribunal de 8 de mayo de 1963, llega a una solución en la que podrían entrar en colisión una y otra, aunque se refieran a contadores distintos.

Y si es así, cabe preguntar, si no hubiera sido adecuada la cita de esa sentencia para poner en cuestión los argumentos que utiliza la misma con las de la presente sentencia en cuanto a la naturaleza del *«ius delationis»* como bien o derecho integrante de la herencia del transmitente, pues en otro caso, queda la duda de que hubiera dicho el Pleno si se hubiera planteado el debate en relación con esa sentencia, que es la gran ausente del texto de la sentencia del Pleno.

VIII. LOS ARGUMENTOS DE LA SALA PRIMERA, PLENO, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013

La sentencia se estructura en tres Fundamentos de Derecho, después de los antecedentes de hecho que expone.

A) Fundamento de Derecho primero. El primer Fundamento tiene dos apartados

a) En el apartado 1 no hay propiamente argumentación sino que se trata de un planteamiento general de la cuestión, pues dice:

«El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la fundamentación correcta de la situación producida en un procedimiento de división de la herencia en el que uno de los herederos, llamado a suceder, fallece antes de aceptar o repudiar la herencia, pasando a sus propios herederos el derecho que él tenía (art. 1006 del Código Civil). Esta cuestión ha sido ampliamente debatida por la Doctrina científica dando lugar a la existencia de dos corrientes doctrinales: la denominada «teoría clásica» o «de la doble transmisión», según la cual en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos o pasos de los bienes, un primero desde el primer causante a la masa hereditaria del heredero transmitente y otro segundo, desde la masa hereditaria del citado transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias; y la «teoría moderna», de la adquisición directa o de la doble capacidad, según la cual los bienes pasan directamente del primer causante al heredero transmisario cuando este ejercita positivamente el denominado ius delationis *(derecho a aceptar o repudiar la herencia)».*

Por tanto, aquí todavía no hay ningún razonamiento, sino un enfoque meramente de «índole doctrinal», pues se refiere a las dos corrientes doctrinales. Ahora bien, puestos a precisar las teorías, quizá sea más relevante para la teoría clásica, decir que los transmisarios no suceden directamente al primer causante sino que lo hacen *«por mediación del transmitente»*, es decir, porque el transmitente les ha llamado a su herencia o porque, si son *«ab intestado»* han sido

llamados por la ley a su herencia, en la que desde luego se encuentra el *«ius delationis»,* que al ejercitarse, se ejercita por los transmisarios «el mismo derecho» que tenía el transmitente, y no otro distinto y propio de los transmisarios como si solo fueran herederos del primer causante.

Y por lo que se refiere a la teoría de la adquisición directa o de la doble capacidad, más que «teoría moderna», pues parece como si la «modernidad» tuviera un plus de ventaja sobre lo clásico, no puede desconocerse que lo que se defiende según esa teoría es que en realidad hay una doble transmisión: por una parte, la transmisión o sucesión en el *ius delationis* en el que el causante es el segundo a favor de sus herederos; y la transmisión o sucesión en los bienes del primer causante, en que ciertamente heredan de modo directo los transmisarios. Pero en todo caso, eso determina según la teoría de la adquisición directa o de «la doble capacidad», como así se denomina y la denomina también así la propia sentencia, que los transmisarios deben tener una doble capacidad o requisito de existencia: por una parte, capacidad de suceder a su transmitente; pero además, capacidad de suceder y existencia en el momento en que muera el primer causante.

Si no se exponen de modo completo aunque breve, ambas teorías, el planteamiento queda algo evanescente, sobre todo teniendo en cuenta que la *«doble capacidad»* es la gran cruz de la teoría de la adquisición directa, que al parecer no sigue la presente sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2013, pero que no explicita esta excepción a la teoría de la sucesión directa en el lugar decisivo que es el fallo, aunque parece desprenderse de que no admite la doble capacidad en uno de sus Fundamentos, según luego se ha indicado y después se insistirá en ello.

Quizá más que una cuestión de índole doctrinal, tratándose de un caso muy concreto, sería oportuno huir del excesivo dogmatismo y limitarse a resolver el caso planteado en la forma que se estimase más adecuada, pero fijar doctrina en un tema tan abierto y que da lugar a tantos cabos sueltos, sin haberse planteado todos ellos, parece que también debe tomarse en consideración a la hora de calificar la cuestión planteada, que no solo es dogmática o doctrinal, sino relativa a un supuesto de partición por contador partidor judicial con oposición de uno de los transmisarios, que no agota todos los supuestos de hecho que pueden darse en relación con el derecho de transmisión, tal como hemos venido señalando en los epígrafes anteriores.

b) En el apartado 2 del citado FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO, a lo largo de varios párrafos, no aparece ningún Fundamento de Derecho, sino la exposición de los ANTECEDENTES DE HECHO que completan a lo que en la propia sentencia figura como tales ANTECEDENTES, que es una de las causas de que se produzca cierta complejidad o dificultad en la exposición de los hechos.

B) Fundamento de Derecho segundo. Bajo la denominación «Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (*ius transmissionis*) artículo 1006 del Código Civil. Doctrina jurisprudencial aplicable» se encuentra el Fundamento de Derecho segundo en el que aparecen varios apartados

a) En el apartado 1, bajo la apariencia de que se trata de una mera exposición de hechos, en realidad, ese debería haber sido el fundamental argumento de la sentencia, sin entrar en otras disquisiciones que están fuera de lugar. Si se hubiera desarrollado este primer apartado, se hubiera resuelto el problema sin otros aditamentos y sin fijación de doctrina jurisprudencial, que es la que motiva la existencia de tantos cabos sueltos a efectos de supuestos futuros.

Efectivamente, en ese apartado 1, la sentencia dice:

«Frente a la anterior resolución (la de la Audiencia, que había aceptado un cuaderno particional sin individualizar las cuotas y bienes adjudicados a los transmisarios) el impugnante y apelante, don Carmelo, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, formaliza recurso de casación que articula en un único motivo. Se denuncia la infracción de los artículos 1068 y 1006 del Código Civil, y alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que la partición de la herencia sustituye la cuota que cada heredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le adjudican (SSTS de 28 de junio de 2001 y 21 de julio de 1986). En resumen, considera el recurrente que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando estos ejercitan positivamente el «ius delationis». *En el presente caso, el motivo debe ser estimado».*

Lo que considero más relevante es la expresión «en el presente caso», es decir, en un caso en que lo que se plantea es únicamente la partición de la herencia del primer causante por un contador judicial en la que existen una serie de herederos y unos transmisarios, oponiéndose uno de los transmisarios a la adjudicación en forma global para todos los transmisarios del lote de bienes que correspondía al transmitente.

Así quedarían salvados otros casos que aquí han sido objeto de comentario y que pueden plantear problemas.

Por otro lado, si se compara el «motivo del recurso de casación» que es la infracción de los artículos 1068 y 1006», que estima la presente sentencia, con la fundamentación que para otro caso, el de la STS de 8 de mayo de 1963, da esta con referencia no solo a los artículos 1068 y 1006 sino también al artículo 659 del Código Civil, del que resulta que el *«ius delationis»* es un bien o derecho integrado en la segunda herencia, y que eso le permitió resolver un caso de partición de contador partidor nombrado por el segundo causante en el que

el mismo adjudicó ese *ius delationis* procedente de la primera herencia como bien de la segunda herencia, quizá hubiera dado lugar a una mayor alternatividad o matización de supuestos, antes que optar por una fijación de doctrina jurisprudencial por medio de una sola sentencia, es decir, por el Pleno, cuando existía esa otra sentencia que se planteaba la cuestión de distinta manera para otro supuesto distinto.

Y por otro lado, si se estima el motivo en el sentido de que «los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando estos ejercitan positivamente el *ius delationis»,* con lo que se opta por la teoría de la adquisición directa, quizá hubiera sido el momento más adecuado para añadir que se estima en ese punto, pero sin que ello signifique que se admite la teoría de la adquisición directa en cuanto a la exigencia de la doble capacidad. Es lo que resulta del párrafo tercero del apartado 5 de este Fundamento de Derecho segundo, pero expuesto en forma algo confuso y sin reflejo alguno en el Fallo en el momento de exponer la fijación de la doctrina jurisprudencial, por lo que puede inducir a confusión sobre ese punto.

b) El apartado 2 del citado Fundamento de Derecho segundo, lejos de ser un argumento en favor de la teoría de sucesión o adquisición directa que defiende la sentencia, se trata en realidad de la cuestión previa relativa al derecho de transmisión, y concretamente, la procedencia de la transmisión del derecho de aceptar o repudiar la herencia, frente al rigorismo de la tradición romanística, que no admitía la transmisión de la cualidad de heredero. Pero, evidentemente, aquí no hay ningún argumento, pues se trata de una cuestión de la que parten tanto la teoría de la doble transmisión como de la adquisición directa, pues ambas parten de la existencia del derecho de transmisión, como no podía ser de otra manera. En cuanto a la *«aplicación* ex lege *de un efecto transmisivo en la adquisición de la herencia por el que el derecho a aceptar o repudiar la herencia que tenía el heredero transmitente, que fallece sin ejercitarlo, pasa a sus propios herederos, denominados en este proceso como herederos transmisarios»*, puede aceptarse en el sentido de que el derecho de transmisión viene atribuido por la Ley en el artículo 1006, a diferencia de la tradición romanística (aunque hay diferentes fases en esa tradición que habría que distinguir), pero esa «aplicación *ex lege*» viene complementada por la vocación y delación resultante de la herencia del propio transmitente, pues es el propio transmitente el que llama por testamento a los suyos o bien es la ley de la sucesión intestada la que los llama, por lo que esa asignación *«ex lege»* derivada del artículo 1006 hay que interpretarla en el sentido de que la propia ley parte de la designación testamentaria o abintestato de los llamados a la herencia del transmitente. O sea, que la *«aplicación ex lege»* viene complementada por esa otra «designación» procedente del transmitente, que no se puede minimizar, pues precisamente es *«por mediación»* del transmitente, al menos en cuanto los transmisarios son *«los*

suyos» y además, deben aceptar previamente la herencia del transmitente. En todo caso, según queda dicho, el apartado 2 tiene la consideración de elemento «introductorio» y no de argumento propiamente dicho.

c) En cuanto al apartado 3, parece pretender que el caso ahora planteado tiene una especie de paralelismo con el de dos sentencias que cita, las de 30 de octubre de 2012 y 20 de julio de 2012. Pero nada tienen que ver dichas sentencias con el caso ahora planteado, sencillamente porque ninguna de ellas se refiere al derecho de transmisión, que es un supuesto muy peculiar en que está en juego la sucesión en el *ius delationis*, cosa que nada tiene que ver ni con un supuesto de fideicomiso de residuo (supuesto de la sentencia de 30 de octubre de 2012) ni con un supuesto de una renuncia traslativa (supuesto de la sentencia de 20 de julio de 2012).

La integración del fideicomiso de residuo «en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio en el que venga previsto como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero, de suerte que el fideicomisasrio trae directamente causa adquisitiva del fideicomitente o testador, ya que el fiduciario, a estos efectos, no fracciona la unidad del fenómeno sucesorio sin transmitir derecho sucesorio alguno que no estuviese ya en la esfera hereditaria del heredero fideicomisario», no dice absolutamente nada respecto al supuesto de derecho de transmisión que es una institución totalmente distinta al fideicomiso y más bien, la cita de tal supuesto para compararlo con el derecho de transmisión, lo que implicaría sería una enorme confusión con el fideicomiso de residuo, pues precisamente la diferencia con el derecho de transmisión es que nadie pone en duda de que el fideicomisario sucede directamente al fideicomitente que es el único que le ha llamado, y desde luego el fiduciario no se parece nada al transmitente, pues tiene sus propios herederos distintos del fideicomisario, que ni de lejos tiene ningún parecido con el supuesto de derecho de transmisión. Es más, en el caso planteado en dicha sentencia, que no deja de tener interés a otros efectos totalmente distintos, el pleito se planteó entre los herederos del fiduciario y los fideicomisarios, porque el fiduciario que tenía concedida la facultad de vender bienes, había vendido uno de ellos, y lo que se discutía es si se podía aplicar la subrogación real al precio obtenido por el fiduciario en la venta para que pasase a los fideicomisarios en lugar de a los herederos del fiduciario. Cuestión de envergadura que nada tiene que ver con el derecho de transmisión, ni con el carácter de los transmisarios como herederos también del transmitente, y en la que la sentencia optó por aplicar la subrogación real y conceder el dinero obtenido por la venta a los fideicomisarios. Precisamente la subrogación real ha sido uno de los argumentos, entre otros muchos, que la teoría clásica del derecho de transmisión ha utilizado para considerar que los bienes del primer causante sustituyen por subrogación real al *ius delationis* existente en la herencia del transmitente. Pero fuera de esta matización, lo que

es evidente es que nada tiene que ver ni se pueden comparar los supuestos de fideicomiso de residuo con el derecho de transmisión si no es para establecer precisamente las diferencias entre los mismos.

En cuanto a la otra sentencia que cita la presente en el mismo apartado 2 de ese mismo Fundamento Tercero, que es la de 20 de julio de 2012, sobre *«la equivalencia del fenómeno sucesorio y esencialidad del ius delationis»*, no es posible tampoco descubrir nada que pueda ser comparable al presente supuesto de derecho de transmisión, pues el supuesto de hecho de esa sentencia es el de una renuncia traslativa por parte del cónyuge viudo al que se había legado el tercio de libre disposición y que, evidentemente, implica una aceptación *ex lege* de la herencia, conforme al artículo 1000.1 del Código Civil. Pero lo que no se acierta a comprender bien es la frase de la propia sentencias en que se dice no solo que la renuncia traslativa comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia», sino la siguiente: *«y por tanto, del* ius delationis», *pues este no se acepta sino que se ejercita, como dice a continuación, al aludir a «que no se transmite al haberse ya ejercitado, de forma que dicha aceptación de la herencia es la que causaliza al inmediato negocio de atribución que se realice»*. Pero esto solo significa que cuando el heredero realiza la renuncia traslativa implica que ha aceptado y por tanto, ya ha ejercitado el *ius delationis*. Y esto demuestra, además, que nada tiene que ver con el derecho de transmisión del *ius delationis* en el que ocurre precisamente lo contrario, y por tanto, no se ve qué argumento se puede obtener de esta comparación de supuestos totalmente distintos y hasta contrarios. Ello aparte de que el supuesto de esa sentencia no es el de renuncia traslativa por parte de un heredero, sino por parte de un legatario, como la propia sentencia reconoce que era el cónyuge, en el que, y esto es interesante, el legatario también puede aceptar con una renuncia traslativa del legado, que implica evidentemente la renuncia a renunciarlo, pero que es intrascendente para el presente caso.

Por cierto que en dicha sentencia, se planteó también otro problema y era el de si los legitimarios debían ser considerados *«pars hereditatis»* o *«pars bonorum»* y siendo una cuestión también «doctrinal y sustantiva» en la que debate interminablemente la doctrina, como demuestra la polémica entre dos grandes civilistas como son PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y VALLET DE GOYTISOLO, el Tribunal Supremo en el caso de esa sentencia prefiere no resolver esa cuestión por entender que puede resolverse de otro modo, sin necesidad de entrar en ese discutible problema. Parece que las discusiones doctrinales sobre el derecho de transmisión nada tienen que envidiar a las que se plantean sobre la naturaleza de la legítima. Pero es acertada aquella sentencia en la que no se entra en lo que no es necesario entrar para resolver una concreta cuestión de un caso muy especial.

d) En el apartado 4 de dicho FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO, la sentencia del Pleno hace un ensayo de argumento histórico respecto a los

antecedentes del artículo 1006 del Código Civil, pero, en mi opinión, no es posible concluir por razón de los antecedentes que cita, ningún resultado positivo para la tesis de la adquisición directa, sino más bien a favor de la teoría clásica, que la propia sentencia excluye.

La sentencia cita tres precedentes, uno más lejano, el artículo 2365 del Proyecto de Código Civil de 1836, *«que ya establecía que el* ius delationis *podían ejercitarlo los herederos «en su propio nombre»*. Y los otros dos, los más próximos, por un lado el artículo 836.1 del Proyecto de 1851, que recalcaba que por la muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia, *«se transmitía a los suyos el mismo derecho que él tenía»*; y por otro lado, el artículo 1018 del Anteproyecto de 1882, respecto al cual dice que *«dicha expresión fue mantenida en el mismo»*.

Respecto al antecedente que representa el artículo 2365 del Proyecto de Código Civil de 1836 podría constituir un argumento en favor de la teoría de la adquisición directa si no fuera porque resulta corregido por los dos siguientes Proyectos, que son antecedentes más próximos, ya que tanto el Proyecto de 1851 como el Anteproyecto de 1882 sustituyen la expresión «en su propio nombre» por la de «se transmitirá a los suyos el mismo derecho que él tenía (el transmitente)». Por tanto, si los herederos del transmitente ejercitan «el mismo derecho que él tenía», es el «derecho del transmitente» y no uno nuevo o distinto propio de los transmisarios. Por eso, probablemente se suprimió la referencia a su «propio nombre» (el de los transmisarios).

Pero es que, además, la referencia a que «tendrán el derecho de hacerlo en su propio nombre», quiere decir que no resulta obligado para ellos entender que pasa la herencia del primer causante a ellos de modo automático, sino que «por sí mismos» pueden decidir si aceptan o repudian la herencia del transmitente. Ello aparte de que la expresión «en su propio nombre» en materia de Derecho de Sucesiones, siempre hace referencia a la distinción con el derecho de representación, en el sentido, en este caso, de que no se trata del mismo derecho de sucesión en nombre del representado sino por derecho de transmisión como un derecho distinto, es decir, no por razón de parentesco, sino por razón de ser herederos del transmitente. Pero además, en una época en que por primera vez se plantea en un texto legislativo en proyecto, el derecho de transmisión en toda su amplitud, el significado de la expresión «en su propio nombre» no significa nada relativo a una sucesión directa al primer causante, sino que ya no podía considerarse que el derecho del transmitente fuese una cualidad personal exclusiva del mismo, que se extinguiera por su muerte, sino una cualidad o derecho que se podía transmitir por causa de muerte en la cabeza del heredero o herederos llamados a la herencia del propio transmitente. Es decir, no se trata de un derecho que solo tenga como personalísimo el transmitente, sino que lo tienen también sus herederos como si fuera suyo y por eso lo pueden hacer en su propio nombre, porque el transmitente ha fallecido y ya no puede actuar, pero

se salva el problema, diciendo que los herederos lo pueden hacer en su propio nombre porque no es una cualidad personalísima del transmitente.

Pero en todo caso, la posterior dicción de los artículos 836.1 del Proyecto de 1851 y del artículo 1018 del Anteproyecto de 1882, en una época de mayor elaboración y que es la que pasa al artículo 1006 del Código Civil, revela con toda claridad que lo que se adquieren los transmisarios no es un derecho propio sino que «se transmitía a los suyos *el mismo derecho que él tenía*», es decir, el mismo *ius delationis* que tenía el transmitente y no uno propio de los transmisarios, porque lo importante, en esta última línea histórica que lleva al artículo 1006 del vigente Código Civil, es que el derecho de aceptar o repudiar la herencia no es personalísimo del transmitente ni se extingue por su muerte, sino que se transmite, pasa y subsiste en y para los herederos del transmitente. Por eso, es un derecho que pasa a los suyos y por eso pueden actuar en su propio nombre, en el sentido de que son libres de aceptar o repudiar la herencia del primer causante una vez que hayan aceptado la del transmitente, porque no es una cualidad personal exclusiva del propio transmitente.

Parece que se olvida que lo más importante del artículo 1006 del Código Civil y de los textos que le sirven de precedente es por un lado, que lo que se excluye es que el *ius delationis* sea una cualidad personalísima del transmitente, y por otro lado, que el derecho corresponde a los *«suyos»*, es decir, a los herederos del transmitente, y estos «herederos» lo son bajo las modalidades, cuantías y condiciones que haya establecido el transmitente, pues los «suyos» son los herederos que él ha nombrado en su testamento, y en defecto de testamento, por la ley, también con las limitaciones resultantes de la propia ley.

Si se tienen en cuenta estas consideraciones que resultan del propio artículo 1006 y de todos sus precedentes, el resultado es que, aunque se entendiera que los herederos del transmitente suceden al primer causante, lo hacen en su consideración de *«herederos» del transmitente*, pero «suyos del transmitente» y no del primer causante, porque heredan «por mediación del transmitente, aunque en definitiva sea porque así lo ha querido la ley.

e) En el apartado 5 del Fundamento tercero la sentencia más que una nueva argumentación lo que pretende es la conclusión fijando la doctrina jurisprudencial sobre la adquisición directa de los transmisarios respecto al primer causante, pues dice: *«Del contexto interpretativo realizado debe concluirse, como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida…»* (y aquí se incluye lo que luego literalmente pasa al FALLO, que ha sido ya objeto de transcripción anteriormente). Por tanto, es una explicación de cómo entiende la sentencia del Pleno, pero deduciéndolo de un contexto interpretativo que deduce de lo dicho anteriormente, y en los apartados anteriores no parece que se pueda sentar una conclusión resultante de argumentos definitivos o convincentes.

En ese apartado 5 del Fundamento tercero dice la sentencia que *«el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del* ius delationis *en curso de la herencia del causante»*. Pero esto no es objeto de discusión, pues precisamente las dos teorías parten de que hay una *«sucesión en el ius delationis»* porque se transmite por el transmitente a los transmisarios. La delación hereditaria no se fracciona. Simplemente, el primer causante determina en su testamento una vocación a favor del transmitente con una delación que implica un ofrecimiento de su herencia a su propio heredero, pero como este falleció sin aceptar ni renunciar a ese ofrecimiento, transmite a los suyos el mismo derecho que él tenía. No hay fraccionamiento de la delación ni una nueva delación, sino la misma, ejercitada por distintas personas, eso sí. Pero esto no lo discuten ni la teoría clásica ni la moderna, sino que es moneda común a ambas.

Seguidamente, en ese mismo apartado 5 del Fundamento tercero la sentencia obtiene otra conclusión: *«No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el* ius delationis». Ahora bien, más bien resulta lo contrario, que en todo caso hay una doble transmisión sucesoria y esto lo defienden tanto la teoría clásica como la moderna, ya que incluso en la teoría de la adquisición directa, se parte de que hay dos tipos de transmisión: la transmisión de los bienes del primer causante a los transmisarios y la transmisión del *ius delationis* integrado en la herencia del segundo causante a los herederos del heredero. Y en todo caso, del artículo 1006 del Código Civil y de sus inmediatos precedentes, resulta que existe *«una sucesión propiamente dicha en el ius delationis»*, pues en otro caso, no se explica la transmisión o paso del mismo derecho que tenía el transmitente a favor de los transmisarios, ni se explica que el artículo 1006 residencia en los herederos «suyos» del transmitente, el mismo derecho que tenía el transmitente. Si el derecho «pasa» a los herederos, no hay otra posibilidad por causa de fallecimiento, que la de entender que hay una sucesión en el *«ius delationis»*, y ello porque este no se extingue por la muerte.

A continuación, la sentencia añade a lo de que no hay sucesión, lo siguiente: *«sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios»*. Pero con este circunloquio no queda suficientemente explicado lo que es la posibilidad de que los transmisarios ostenten el mismo derecho que tenía el transmitente, de aceptar o repudiar la herencia del primer causante. Así, en cuanto al *«efecto transmisivo»* tiene que tener una causa, y aunque se configure como atribución *«ex lege»*, no puede desconocerse que «la ley» se basa *en la designación testamentaria o abintestato resultante de las normas sucesorias del transmitente*, y por tanto, se trata de un «efecto transmisivo» derivado de la herencia testada o intestada del transmitente, porque así lo ha querido el transmitente, o porque la

ley lo establece si falleció intestado. En cuanto a que es un efecto transmisivo *«del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que* ex lege *ostentan los herederos transmisarios»*, se trata de una explicación bastante confusa del *«ius delationis»*, que en definitiva no se sabe si es un verdadero derecho o un poder de configuración jurídica o si es una simple legitimación para aceptar o repudiar la herencia. La referencia a un *«derecho o poder de configuración jurídica»*, parecería que se quiere hacer referencia al *ius delationis* como *«derecho potestativo»*, pues en el ámbito doctrinal también se denominan *«poderes de configuración jurídica»*. Si esto fuera así, esta figura jurídica, tan discutida por la doctrina (especialmente por DE CASTRO y sus seguidores), no tendría nada de criticable aplicada al *«ius delationis»*, pero es a condición de que estemos ante un *«derecho subjetivo»* y no ante *una mera «legitimación»*, pues el derecho potestativo, a pesar de sus especiales características, es también un derecho subjetivo, pues se trata de un poder concreto, aunque pueda ejercitarse en forma alternativa. La referencia a la *«legitimación»* no es suficiente, pues el *«ius delationis»* antes que *«legitimación»*, tiene que ser derecho subjetivo, que es precisamente el que permite considerar que incluye una legitimación resultante de ese derecho subjetivo. La legitimación es un efecto y el derecho potestativo la causa. La sentencia identifica seguidamente el citado «efecto transmisivo» con un «presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios». La citada expresión *«presupuesto necesario»* es también muy imprecisa y puede producir confusionismo o falta de claridad respecto a la naturaleza del *«ius delationis»* como «derecho», pues no es un simple presupuesto, sino un derecho subjetivo como lo demuestra que está integrado en la herencia del transmitente y lo reconoce la propia sentencia a continuación, tal como, además, resulta del artículo 659 del Código Civil, al, incluir dentro de la herencia todos los bienes, derechos y acciones que no se extinguen por la muerte, y el *ius delationis* no se extingue por la muerte sino que pasa a los propios herederos del transmitente, pero como derecho subjetivo que se puede ejercitar en un sentido positivo o negativo, no como simple presupuesto. Y la aludida referencia a esa legitimación es un término que por sí solo no delimita la naturaleza del *ius delationis*, pues se tiene legitimación si se tiene el derecho y no a la inversa, por lo que la legitimación no excluye la naturaleza del *ius delationis* como verdadero derecho, ni tampoco la sucesión en el mismo. La legitimación no se hereda por sí misma, sino que deriva del derecho que se hereda o en el que se sucede. El artículo 1006 del Código Civil es bien claro al conceptuar el *ius delationis* como «derecho». Y el artículo 659 del Código Civil incluye entre los bienes de la herencia los derechos que no se extinguen por la muerte, entre los cuales está el derecho de aceptar o repudiar otra herencia conforme al artículo 1006 del Código Civil. Por dos veces, la terminología del Código Civil es bien concluyente: el *ius delationis* es

un «derecho» y un *«derecho en el que se sucede al transmitente»*. Y sabemos que *«ius»* es «derecho».

Por lo que se refiere a la última parte del párrafo que se comenta, la sentencia reconoce, después de todos esos rodeos, que *«el* ius delationis *está integrado en la herencia del transmitente»*, lo que implica su reconocimiento como derecho subjetivo que forma parte de la herencia del transmitente, y no un simple efecto transmisivo, ni un presupuesto, ni una legitimación, sino un verdadero derecho, del que luego surgen todas esas consecuencias, pero que en ningún caso pueden borrar el origen o base del *«ius delationis»* como derecho procedente e integrado en la herencia del transmitente, que es lo que da mayor fundamento a la teoría clásica, pues precisamente ese derecho integrado en la herencia del transmitente, no es muy conforme con esa adquisición directa de la herencia del primer causante, desconociendo la «mediación» del transmitente, que es el que nombra a sus herederos o los nombra la propia ley en su defecto. El primer causante no llamó a los transmisarios ni les concedió ninguna vocación en su herencia y si acceden a ella es porque el transmitente los llamó como herederos o la propia ley en defecto de testamento.

A continuación, en el párrafo segundo del citado apartado 5 la sentencia dice:

«La inalterabilidad del ius delationis, junto con la debida diferenciación de los procesos sucesorios en liza, determina, a su vez, que los derechos hereditarios de los herederos transmisarios se ejerciten plenamente conforme a la sucesión del causante de la herencia, ya testamentariamente o bien de forma intestada, quedando comprendidas en dicha ejecución sucesoria la concreción e individualización propia de las operaciones particionales cuando estas tengan lugar; sin que dicha ejecución venga condicionada por las disposiciones que deban seguirse respecto de la sucesión o partición de la herencia del heredero transmitente».

Nada que objetar a esas dos distintas formas de vocación o sucesión, testamentaria o abintestato, resultantes de la herencia del primer causante, pero si se parte de la vocación, como hace la sentencia en ese párrafo, tendría que reconocer algo que la teoría clásica venía resaltando y es que el único que tiene «vocación» derivada del primer causante es el transmitente, pues es el único que ha sido *«llamado testamentariamente»* por el primer causante, que no ha llamado como herederos a los transmisarios, por lo que su delación es por mediación del llamado y no como derecho directo. Y en cuanto al supuesto de que el primer causante hubiera muerto ab intestato, que no es este el supuesto de hecho planteado en este caso, entonces el llamado como pariente abintestato es el transmitente y no los transmisarios.

Cuestión distinta es la de la partición de herencia del primer causante en que ya se ha indicado anteriormente que si lo que se plantea es la partición de la herencia

del primer causante y no hay voluntad de los transmisarios de que queden sin adjudicar los bienes individualizados que les corresponden en esa primera herencia, resulta adecuado lo que dice la presente sentencia, pero que no debería prejuzgar si se sigue la teoría clásica (por mediación del transmitente) o la de la sucesión directa.

Obsérvese lo que dice un texto legal vigente como es el párrafo penúltimo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria:

«Cuando en una partición de herencia verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los que lo fuesen de este los bienes que a aquel correspondía, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas».

Este precepto revela que pueden hacerse adjudicaciones individualizadas de bienes a los transmisarios procedentes de la herencia del primer causante, y que se puede practicar la inscripción de los bienes a nombre de los mismos, sin previa inscripción a nombre del transmitente que falleció, pero con una importante salvedad que es la que señala el precepto: «pero haciéndose constar en ella (en la inscripción) las transmisiones realizadas».

En el párrafo tercero del apartado 5 del Fundamento tercero la sentencia hace una declaración un tanto misteriosa pero muy importante, que debería haberse incluido también en el Fallo, pues en otro caso puede inducir a confusión respecto a la teoría de la doble capacidad.

En dicho párrafo tercero establece: *«Esta misma inalterabilidad o subsistencia del* ius delationis *hace que cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del ius delationis, la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente».*

A pesar de una cierta dificultad en la comprensión de lo que la sentencia quiere decir con esta frase, entendemos que lo que pretende es excluir la teoría de la doble capacidad, expresando que la capacidad sucesoria respecto al primer causante la tiene solo el transmitente, y en cambio, la capacidad sucesoria de los transmisarios debe valorarse no respecto al primer causante sino respecto al transmitente.

Esto es lo que hemos deducido en el análisis de ese párrafo al tratar de la posible discriminación de los transmisarios por razón de la fecha de nacimiento si se sigue la teoría de la doble capacidad. Pero si la sentencia lo que pretende en este párrafo efectivamente es excluir la teoría de la doble capacidad, hubiera quedado más completa la doctrina jurisprudencial fijada en el fallo, añadiendo que, aunque los transmisarios «adquieran directamente del primer causante», *la capacidad sucesoria y existencia de los mismos la han de tener respecto al transmisario y no respecto al primer causante*.

Para un análisis más amplio de esta cuestión, nos remitimos al epígrafe IV de este estudio sobre el problema de la discriminación de los transmisarios si se les exigiera la doble capacidad que exigen algunos autores de la teoría moderna de la adquisición directa.

f) En el apartado 6 del mismo Fundamento tercero, la sentencia comienza apuntando un tema distinto de los que hasta ahora han sido objeto de análisis, y es que el primer causante hubiera podido en su testamento excluir el derecho de transmisión y no lo ha hecho. Nada que objetar a esta posibilidad, porque está admitida por toda la doctrina, tanto la clásica como la moderna, que el primer causante puede excluir el derecho de transmisión, razón por la cual la llamada atribución *«ex lege»* del *ius delationis* en este caso no es lo suficientemente precisa o completa, pues no cuadra con la voluntad del primer causante, que lógicamente si puede decidir quién sea su heredero, habrá podido nombrar como tal al transmitente o no y habrá podido excluir para su herencia el supuesto del artículo 1006 del Código Civil.

Seguidamente la sentencia añade que no hay constancia *«de repudiación alguna por parte de los beneficiarios»*. Con esto parece querer contestar a la objeción que puso el Juez de Primera Instancia en su sentencia para admitir de momento una adjudicación del lote correspondiente a los transmisarios como herederos del transmitente en forma global, partiendo, como ya vimos y recoge la sentencia en el apartado 2 del Fundamento primero, que *«no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos del Sr. Julio, toda vez que no se conoce quienes son los herederos del mismo; quienes sean sus herederos tendrán que aceptar primero su herencia, adquiriendo la condición de herederos de este y, consecuentemente se posicionarán en los derechos y obligaciones del Sr. Julio, convirtiéndose en herederos de la primera causante»*.

Entendemos que tiene perfecta lógica esta observación del juez de Primera Instancia. Pero claro está que para llegar a la teoría de que el contador partidor judicial de la primera herencia tenía obligatoriamente que individualizar la cuota y bienes de los transmisarios, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo no tenía más remedio que encontrar alguna razón que desvirtuase esa observación del juez de Primera Instancia, y la trata de encontrar diciendo que no hay *«constancia de repudiación alguna por parte de los beneficiarios»*. Pero en principio, no es suficiente que no haya constancia de repudiación, sino que el requisito para que opere el derecho de transmisión es que los transmisarios ACEPTEN previamente la herencia del transmitente, que es en la que está integrado el *«ius delationis»*, no bastando que NO LA REPUDIEN. Lo dice claramente el inciso primero del apartado 2 del artículo 461-13 del Código Civil de Cataluña: «Los herederos del llamado que haya muerto sin haber aceptado ni repudiado la herencia la pueden aceptar o repudiar, pero solo

si previamente o en el mismo acto aceptan la herencia de su causante…». Este requisito es también aplicable al derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil, pues se desprende del texto del propio precepto.

Ahora bien, es cierto que un sector de la doctrina, aun partiendo de la exigencia de que los transmisarios deben aceptar previamente la herencia del transmitente para poder ejercitar el *ius delationis* respecto a la primera herencia, lo que se ha planteado es si puede admitirse una «aceptación tácita» de la herencia del transmitente, por el mero hecho de que los transmisarios acepten la herencia del primer causante. Pero claro está que para admitir esta posibilidad sería necesario en todo caso que los transmisarios *aceptasen* la herencia del primer causante, pues si lo único que hay es que «no hay constancia de repudiación alguna por parte de los beneficiarios», esa falta de repudiación *alguna* no implica de ningún modo aceptación tácita de ninguna herencia. Y como el único que ha manifestado actos concluyentes de aceptar la herencia del primer causante, es el transmisario que se opone a la partición del contador partidor, pero no los demás transmisarios, que al parecer, ateniéndonos a los hechos de la sentencia, no se sabe quiénes son los herederos del mismo ni si han aceptado o no su herencia, ni tampoco la del primer causante, cae por su base la conclusión de adquisición directa del primer causante por parte de los transmisarios, al menos en el momento actual.

IX. LOS DERECHOS DEL HEREDERO FIDUCIARIO Y LOS HEREDEROS FIDEICOMISARIOS DEL TRANSMITENTE RESPECTO A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 12 DE JULIO DE 2012

Con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala Primera de 11 de septiembre de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de la Sala de lo Civil de 12 de julio de 2012[6] ya había seguido también la teoría de la adquisición directa o de la doble capacidad en un supuesto de hecho distinto del que se ocupa la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo.

El caso que se planteó ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es el siguiente:

Doña Celsa falleció el 6 de julio de 1963, sin legitimarios, bajo testamento de 19 de febrero de 1986 en el que, entre otras disposiciones, instituyó heredera universal de todos sus bienes presentes y futuros a su hermana doña Serafina.

Doña Serafina falleció pocos meses después, el día 12 de diciembre de 1993, sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su hermana Celsa, habiendo otorgado testamento el 7 de julio de 1965 en el que dispuso:

«Instituye heredero fiduciario a su mencionado esposo don Jesús Carlos, pudiendo este disponer por actos inter vivos *a título oneroso en concepto de libres de todos los bienes de la herencia fideicomitida, y por actos* mortis causa *podrá también disponer de aquellos bienes de la dicha herencia de que no hubiese dispuesto en vida, pero tan solo en favor de los parientes consanguíneos de la testadora y en la forma y proporción que libremente elija, a cuyos parientes nombra, para dicho supuesto, sus herederos fideicomisarios de residuo. Si el heredero fiduciario falleciese sin haber dispuesto de los bienes de la herencia fideicomitida, en ninguna de las formas autorizadas, dicha herencia pasará, íntegramente a su residuo, a los parientes de la testadora que se designan en la cláusula siguiente y en la forma en ella ordenada».*

En dicha cláusula siguiente la testadora «sustituye vulgarmente al heredero instituido por las dos hermanas del testador doña María de la Gloria y doña Celsa y a estas por sus respectivos descendientes.

Con fecha 9 de junio de 1994, el esposo de la señora Serafina, el citado señor Jesús Carlos, otorgó escritura pública en la que deja constancia de que «en su condición de heredero único y universal de su esposa doña Serafina, acepta pura y simplemente su herencia y acepta asimismo pura y simplemente por derecho de transmisión la herencia causada por su cuñada hermana de su citada esposa doña Celsa, adjudicándose el caudal relicto de ambas herencias en pleno dominio.

El citado señor Jesús Carlos otorgó testamento en el que ordenó una serie de legados a favor de su hermana, sobrina y otras personas, y sin perjuicio de esos legados instituye herederos con carácter universal del resto de sus bienes derechos y acciones, presentes y futuros, a los señores Germán y Encarna, por partes iguales entre ellos, a los que sustituye respectivamente por la sustitución vulgar.

El problema se plantea porque los citados herederos de don Jesús Carlos, a su fallecimiento, aceptan la herencia del mismo a beneficio de inventario y consideran libres de fideicomiso los bienes procedentes de la herencia de la primera causante la señora Celsa.

Lo cierto es que en los diferentes Registros de la Propiedad, todos los bienes que adquirió el heredero fiduciario don Jesús Carlos, tanto los de su esposa Josefina, como los procedentes de la herencia de la señora Celsa o primera causante, se inscribieron sujetos al fideicomiso de residuo ordenado por su esposa, transmitente. Por eso, el día 26 de julio de 2006 el señor Juan Francisco, único pariente consanguíneo de la causante transmitente señora Serafina, inscribió a su favor todas las fincas que formaban parte del caudal relicto, tanto de la señora Serafina, como de su hermana premuerta señora Celsa, al haberse inscritos todos los bienes, tanto los que adquirió la transmitente, como los que eran de su hermana primera causante, a nombre del heredero fiduciario de la transmitente, con sujeción al fideicomiso de residuo.

Los señores Germán y Encarna como herederos y legatarios del señor Jesús Carlos formulan demanda contra Juan Francisco, único pariente consanguíneo de doña Serafina, reclamándole los bienes procedentes de la herencia del primer causante como libres de fideicomiso.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de julio de 2012 repasa las teorías sobre la naturaleza del derecho de transmisión en la forma que sigue.

La teoría clásica, seguida en la doctrina italiana por autores tan conocidos como CICU, LOSANA y FERRI, y en la doctrina española por MANRESA, VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN, BARRACHINA, TRAVIESAS, ROCA SASTRE Y LACRUZ, entiende que los transmisarios suceden al primer causante pero no en forma directa sino a través de la herencia del transmitente. Concretamente, ROCA SASTRE comparaba el derecho de transmisión con el derecho de representación, diciendo que *«los llamados por derecho de representación son simples herederos del causante, mientras que los que se aprovechan del derecho de transmisión son herederos del heredero del causante»*.

La segunda teoría es la de la adquisición directa, también denominada teoría de la doble capacidad, ya que exige al transmisario capacidad tanto en relación con el primer causante, como en relación con el transmitente, estando representada en España esta teoría por ALBALADEJO, PUIG FERRIOL, ROCA TRÍAS, VATTIER FUENZALIDA, JORDANO FRAGA Y MONTSERRAT VALERO, teniendo su antecedente en autores italianos tales como BASRASSI, BARBERO y ANDREOLI.

Dice también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que parte de la doctrina considera por la distinta redacción del artículo 1006 del Código Civil y el 29 del antiguo Código de Sucesiones de Cataluña, vigente en la fecha de autos (actualmente se regula en el art. 461-13 del Código Civil de Cataluña), que en Cataluña debe seguirse la teoría de la adquisición directa o moderna, mientras que en ámbito del Código Civil, debe seguirse la teoría clásica, si bien la Sala solo se puede pronunciar en relación con el citado artículo 29 del Código de Sucesiones de Cataluña.

No obstante, resulta muy difícil entender que, siendo el derecho de transmisión una institución que procede de una ampliación de los supuestos excepcionales que admitía el derecho justinianeo, con idéntica influencia en el Código Civil y en la legislación de Cataluña, pueda entenderse que para el Código Civil deba seguirse la teoría clásica y para el Código de Cataluña la teoría moderna.

Da la sensación de que, al centrarse las discusiones doctrinales en los últimos tiempos en que la teoría clásica implica una doble transmisión de bienes, se han olvidado los elementos fundamentales de dicha teoría, en la que no está en primera línea la doble transmisión de bienes desde la primera herencia a la segunda, sino que lo fundamental es que la herencia del primer causante se adquiere no directamente sino «por mediación» del transmitente y no solo eso, sino que, aun

admitiendo que la transmisión se produce *«ex lege»*, porque la ley lo quiere así, los herederos transmisarios lo son en tanto en cuanto son herederos del transmitente y en la forma, proporción y condiciones en que los haya nombrado el transmitente, o la ley en su defecto. No se trata de unos *«herederos nuevos»* que lo sean directamente del primer causante, pues ni este los ha nombrado ni él ha pensado en ellos, por lo que esos herederos el único título de que disponen para ser considerados herederos del primer causante es haber sido nombrados herederos por el transmitente o por la ley en caso de sucesión abintestato del mismo.

Por tanto, no se trata de un problema de *«bienes»* sino de «personas llamadas». Aunque se entendiera que no hay *«doble transmisión de los bienes por dos herencias»*, siempre habría que entender que *los llamados son herederos no porque los haya llamado el primer causante, sino porque son «herederos llamados» por el transmitente*, y si esto es así, no hay otra solución que considerarlos «herederos del primer causante» *en la forma, proporción y cargas o condiciones que hayan sido nombrados por el transmitente o supletoriamente por la ley como herederos abintestato del transmitente*.

La teoría clásica no niega que los herederos del transmitente sean herederos del primer causante, pues es evidente que al aceptar la herencia del mismo se convierten en sus herederos. Lo que niega es que haya que prescindir de la impronta que en esos herederos significa el nombramiento por parte del transmitente o por la ley supliendo al mismo. No son unos herederos equiparables a los herederos directos del primer causante, pues estos son los llamados por él mismo, en la forma y proporción correspondiente.

En el caso planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no puede olvidarse que la testadora transmitente Serafina lo único que hace es que *«instituye heredero fiduciario a su mencionado esposo»* y además, *«instituye herederos fideicomisarios de residuo» a «los parientes consanguíneos de la testadora en la forma y proporcioón que libremente elija su esposo» y su clara voluntad es que no sean sus herederos los parientes de su marido sino los parientes de ella misma*.

Por tanto, si el *«ius delationis»* de la señora Serafina que no ejercitó en vida porque falleció a los pocos meses de su hermana causante (la primera causante) sin haber aceptado ni repudiado su herencia, si se transmite siempre «a sus herederos» (art. 29 Código de Sucesiones de Cataluña) o a los «suyos» (art. 1006 del Código Civil), esos herederos pueden ser en primer lugar los herederos testamentarios de ella y solo si hubiera muerto intestada, serían los parientes herederos abintestato de ella, pero siempre serán unos herederos en la forma y proporción que los haya llamado ella misma, pues si no, no serían sus herederos.

Lo de menos, por tanto, es *por donde pasan «los bienes»*. Lo importante en el derecho de transmisión es *qué carácter y cualidad tienen los «herederos» transmisarios*. Y no cabe duda de que estos herederos son precisamente aquellos que nombra la transmitente y en la forma y proporción que los ha nombrado.

Así, en este caso, la testadora solo ha nombrado «heredero fiduciario» a su esposo, y ha nombrado «herederos fideicomisarios de residuo» a sus propios parientes, *y no a los de su esposo*. En consecuencia, el esposo heredero fiduciario no puede convertirse por arte de magia en *heredero libre por el mero hecho de que el primer causante no haya impuesto ninguna sustitución*. Podía haber establecido una sustitución y tendría plenos efectos, pero esto no se discute aquí, pues no ha establecido tal sustitución, pero ha llamado a una persona, el transmitente, que es el «legitimado» para determinar los herederos, en este caso, que son los herederos suyos y no los del transmitente, aunque luego, al ejercitar el *ius delationis* del llamado se conviertan en herederos del primer causante, pero sin que puedan prescindir de los caracteres atribuidos por el transmitente.

Y a su vez, la testadora transmitente también ha nombrado «herederos» a los fideiciomisarios parientes suyos, por lo que estos también tienen derecho a ser herederos del primer causante cuando les llegue el momento de su delación, porque son *«sus herederos»* (del transmitente).

Por tanto, cuando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dice que los efectos de la herencia fideicomitida, según el artículo 205 del Código de Sucesiones, se limitan a «las personas que haya determinado el testador», esas personas son el fiduciario y los fideicomisarios, sin que haya nombrado herederos, ni la ley tampoco los ha nombrado, a los parientes del esposo de la testadora, sino que los quiere excluir expresamente. De ahí que tampoco constituya argumento en este caso, la referencia al artículo 110 del Código de Sucesiones, en que es fundamental atender a la voluntad de la testadora, que en este caso, muestra una clara preferencia por sus propios parientes y no por los parientes de su esposo.

Respecto al argumento de dicha sentencia de que el «objeto de transmisión» o sea lo que el transmitente transmite al transmisario es la herencia del primer causante y no únicamente el *ius delationis* o derecho a aceptar o repudiar la herencia», esto va en contra de los textos legales, pues lo que se transmite es «el mismo derecho que tenía el transmitente» (art. 1006 del Código Civil) o el derecho a suceder al primer causante mediante la aceptación o el derecho a repudiar, pero no los bienes del primer causante. Precisamente si se entendiera que transmite los bienes de la primera herencia, solo podría ser porque hay doble transmisión, ya que no puede transmitir bienes de otra herencia distinta.

En cuanto al argumento de que hay dos herencias independientes y que no hay justificación para gravar con un fideicomiso una herencia cuando precisamente *la autoridad máxima* en la decisión de la suerte de esta, es decir, el causante testador, no quiso gravar sus bienes, no tiene en cuenta dicha sentencia, que *la autoridad máxima en materia de derecho de transmisión en lo que se refiere a la forma, proporción y determinación de los herederos es el transmitente*. Los bienes son del primer causante, pero los herederos lo son del transmitente. Así por ejemplo, la autoridad máxima a la que alude la sentencia,

considerando como tal al primer causante, quiso por ejemplo formar dos cuotas de su herencia (si es que hubiera nombrado a sus dos hermanas) y sin embargo, la autoridad máxima en la determinación de los herederos, ha querido que sean herederos cinco parientes extraños a la primer causante, la herencia del primer causante se partirá formando varias cuotas distintas: una mitad para una hermana de la primer causante y la quinta parte de la otra mitad para cada uno de los herederos nombrados por la transmitente y no por la primer causante. Y si se admite que es el transmitente el que nombra los herederos y la proporción en que deben adquirir (por quintas partes, o uno cuatro quintos y otro un quinto), también habrá que tener en cuenta si lo nombró exclusivamente nudo propietario, pues si así fuera, sería injusto que se le atribuyera en la primera herencia el pleno dominio, o si, como aquí ocurre, solo nombre a su heredero fiduciario (porque no hay otro heredero pleno) y «herederos» fideicomisarios a sus propios parientes (de la testadora) excluyendo a los parientes del fiduciario, sería absurdo que llegaran a ser herederos libres unos parientes del «heredero» que solo figuraba nombrado como fiduciario por la testadora transmitente.

Otro argumento que utiliza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es el ya clásico que había utilizado la teoría de la adquisición directa, que es el de que los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte del causante. Ahora bien, si así fuera, resultaría que los transmisarios que no existían en el momento de la muerte del primer causante, por haber nacido con posterioridad, adquirirían un derecho con efecto retroactivo a un momento en que *«ni siquiera existían»* en ese supuesto hipotético. Por otra parte, si no es posible que los transmisarios acepten directamente la herencia del primer causante sin aceptar previamente la herencia del transmitente, esto significa que es un requisito previo cuyo significado es precisamente que al aceptar la herencia de su transmitente se hacen herederos suyos a partir del momento del fallecimiento del transmitente y no antes, y solo por mediación del transmitente y habiendo aceptado su herencia con esa retroactividad, se les permite aceptar la herencia del primer causante poniéndose en lugar del transmitente y por tanto, aceptando la herencia del primer causante con la misma retroactividad que hubiera tenido si la hubiera aceptado el transmitente, pues ese es el efecto que tiene la sucesión en el *«ius delationis»* del transmitente.

Añade también como argumento la sentencia lo relativo al requisito de la dignidad, que entiende que deben tener los transmisarios respecto al primer causante. En el supuesto de hecho planteado ante la sentencia, que se rige por el Código de Sucesiones, no existía ningún precepto que exigiera que el transmisario tuviera dignidad para suceder al primer causante. Actualmente, el Código Civil de Cataluña ha introducido de modo específico un precepto que exige a los transmisarios que no sean indignos de suceder al primer causante, según resulta del apartado 3 del artículo 412-8 de dicho Código Civil.

Ahora bien, la cuestión de la indignidad del transmisario respecto al primer causante, ha motivado distintas opiniones, con independencia de la teoría clásica o moderna que se siga respecto al derecho de transmisión.

Así, por ejemplo, un autor del prestigio de JORDANO FRAGA, que siguió la teoría de la adquisición directa, entendió, sin embargo que, en materia de indignidad, al igual en el de incapacidad sucesoria, había que tener en cuenta exclusivamente la relación con el transmitente y no con el primer causante, pues dijo:

«*Puede suceder* "iure transmissionis" *al primer causante un transmisario que es indigno de sucederle (pero que es digno de suceder al transmitente, que, a su vez, era digno de suceder al primer causante). Este último resultado, que puede parecer, a primera vista, aberrante, es, en cambio, en el fondo congruente con la* ratio *inspiradora del artículo 1006 del Código Civil: si esa* ratio *es ofrecer a los herederos del transmitente la posibilidad de colocarse en la misma posición que si el transmitente hubiese adquirido la primera herencia, que este hubiera podido adquirir de no fallecer, el que sucedan* iure transmissionis *al primer causante personas respecto de él indignas, les coloca también en la misma posición —perfectamente irreprochable— que si el que podía haber sido transmitente (de haber muerto sin adquirirla) hubiese adquirido la herencia del primer causante, y los herederos del adquirente de la primera herencia hubieran recibido, con la herencia de este, los bienes relictos de la del primer causante, respecto del que son indignos*»[7]. A esta consideración de JORDANO FRAGA podría añadirse que, con independencia del caso del indigno, no es posible exigir capacidad sucesoria y existencia del transmisario en el momento de la muerte del primer causante, sino solo referidas al momento de la muerte del transmitente. Y también que, a pesar de la carga que tiene la indignidad sucesoria, no se puede minusvalorar, que el primer causante, al no haber llamado al «indigno», ni haber pensado siquiera en él como heredero, tampoco pudo tener la ocasión de perdonarle a efectos de la indignidad sucesoria al menos de modo expreso como tal heredero.

Pero, por otro lado, el máximo representante de la teoría clásica como es LACRUZ entendió que, a pesar de que el transmisario sucede al primer causante solo por mediación del transmitente, habría que defender que el transmisario, aun dentro de la teoría clásica, debería ser digno de suceder también al primer causante, y a este propósito dice lo siguiente:

«*La naturaleza ética de la sanción impuesta a los indignos podría llevarnos a interpretar el inicio del artículo 756 como prohibiéndoles también recibir el* ius delationis *aun a través de otra herencia, pues en el caso de la transmisión, si no suceden al primer causante, sí están llamados a hacer uso de un* ius delationis *procedente de él, lo cual choca contra el sentido moral corriente, hasta el*

punto de que, para el caso de heredar por representación los hijos del indigno, el artículo 761-2.º del Código Civil prohíbe que este tenga la administración y el usufructo de los bienes así adquriidos»[8].

Por tanto, el problema de la dignidad o indignidad puede resolverse con independencia de la teoría que se siga respecto al derecho de transmisión, y en todo caso, siendo el fundamento del derecho de transmisión, una razón de equidad hacia los herederos del transmitente para que no pierdan los bienes de la herencia del primer causante por el azar de haber fallecido el transmitente sin aceptar ni repudiar la herencia, es el argumento de equidad el que se suele manejar aquí para excluir a los indignos de suceder, pero tanto respecto al primer causante como al transmitente.

Por todo ello, no vemos muy convincente la doctrina de esta sentencia de 12 de julio de 2012 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que, a diferencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, no ha fijado doctrina jurisprudencial, y constituye una única sentencia hasta el momento sobre esta cuestión en el ámbito del Derecho sucesorio catalán.

Dudamos mucho que cuando se plantee por ejemplo el problema concreto del usufructo universal abintestato del cónyuge viudo del transmitente pueda admitirse que unos herederos del transmitente llamados por la ley exclusivamente en cuanto a la nuda propiedad, puedan heredar los bienes del primer causante como herederos en pleno dominio, excluyendo el derecho de usufructo universal del cónyuge viudo del transmitente.

X. CONCLUSIONES

I. La sentencia de la Sala Primera, Pleno, del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 fija doctrina jurisprudencial admitiendo la teoría de la adquisición directa y abandonando la teoría clásica de la doble transmisión de bienes, aplicando aquella a un supuesto de partición de herencia por contador partidor judicial que debe incluir las cuotas y bienes de modo individualizado para cada uno de los herederos transmisarios, sin que baste adjudicarles el lote global que corresponde al transmitente.

II. Hay una serie de asuntos pendientes o cabos sueltos que deja esa doctrina jurisprudencial, que deben tener la solución equitativa más allá de dogmatismos, como ocurre con los supuestos del cónyuge viudo del transmitente por su cuota usufructuaria, los transmisarios que no hayan nacido o sean incapaces de suceder al primer causante, pero nacidos y capaces respecto al transmitente, los acreedores del transmitente, los legitimarios e incluso los fideicomisarios del mismo.

III. La doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo —1.ª— y 11 de junio —1.ª— de 2014, sobre

la inscripción de la partición de herencia de bienes del primer causante aunque no intervenga el cónyuge viudo, debe ser revisada, en línea con lo que resulta de la resolución de 2 de marzo de 2015 —1.ª—, aunque esta se refiera a un supuesto distinto de aquellas.

IV. No acaban de ser totalmente concluyentes los argumentos dados por la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 11 de septiembre de 2013 sobre el artículo 1006 del Código Civil, ni tampoco los que ofrece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de julio de 2012 para el Derecho Civil catalán, ni mucho menos la llamada teoría de la doble capacidad, por lo que sería conveniente que ante nuevos supuestos, se pudiera volver a plantear la cuestión sobre la naturaleza y efectos del derecho de transmisión.

V. Atendiendo a esas previsiones, se impone una actualización, modernización o puesta al día de las soluciones que ofrecía la llamada teoría clásica sobre el derecho de transmisión por los partidarios de la misma, en una serie de asuntos no contemplados por la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, en que se ofrecen mejores soluciones que la llamada teoría de la adquisición directa.

VI. A tales efectos, sería conveniente para lograr una mayor convicción y evitar errores de partida, que se abandonaran en primer lugar las denominaciones utilizadas sobre las teorías clásica y moderna, cambiando la denominación de aquella por parte de los autores partidarios de las soluciones que la misma ofrece, por otras expresiones como la de teoría subjetiva o de la mediación del transmitente para contraponerla a la de la adquisición directa o equiparadora de herederos. Y partiendo de ese cambio de denominación de la teoría clásica, modernizar también los planteamientos de dicha teoría abandonando sus autores la idea de la doble transmisión de bienes o paso por dos herencias (concepción objetiva de las herencias atendiendo a los bienes) y sustituyéndola por la idea de diferenciación subjetiva de los que son herederos directos del primer causante, que son sus propios herederos llamados por él, respecto a los herederos transmisarios, que son herederos del primer causante por mediación del transmitente y por haber sido nombrados por él, que es el que tiene la última palabra en el nombramiento, forma, proporción y condiciones de los llamados (concepción subjetiva de las herencias atendiendo a las personas de los herederos según su origen). Hechas estas precisiones, tal como se ha intentado en el presente estudio, la llamada teoría clásica del derecho de transmisión puede pasar de ser la teoría antigua, a ser una teoría con soluciones más acordes con los problemas concretos que se plantean en el derecho de transmisión.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). La sucesión *iure transmissionis*, *Anuario de Derecho Civil,* 1952, pp. 954 y sigs.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2009). *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. Madrid. Marcial Pons, pp. 494-500.

JORDANO FRAGA, F. (1990). *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*. Madrid. Edictorial Civitas S.A.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1971). *Derecho de Sucesiones, I. Parte General,* en colaboración con SANCHO REBULLIDA. Barcelona 1971.

— *Elementos de Derecho Civil I, Parte General,* vol. III, en colaboración con RIVERO HERNÁNDEZ, F., Barcelona 1990.

ROCA SASTRE, R. M.ª (1948). El derecho de transmisión, en *Estudios de Derecho Privado II, Sucesiones*. Madrid, pp. 298 y sigs.

SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil,* tomo VI, vol. 1.º. Madrid.

NOTAS

[1] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, La sucesión *iure transmissionis*, *Anuario de Derecho Civil,* 1952, p. 959.

[2] LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Sucesiones, I, Parte General*, Barcelona, Bosch, 1971, p. 74, nota 6.

[3] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, La naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil,* fascículo IV, 1985, pp. 868 y sigs.; y La naturaleza de la legítima. Nota final, *Anuario de Derecho Civil,* fascículo II, 1986, pp. 571 y sigs.; y VALLET DE GOYTISOLO, Juan, Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil,* 1986, fascículo I, 1986 y *Anuario de Derecho Civil,* fascículo III, 1986.

[4] LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol. III*, Barcelona 1990, p. 74.

[5] ALBALADEJO GARCÍA, *ob. cit.,* p. 966.

[6] Repertorio Jurisprudencia Aranzadi, *RJ* 2012, núm. 10024.

[7] JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el* ius delationis. *Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, Madrid, 1990, Editorial Civitas S.A., p. 330.

[8] LACRUZ BERDEJO, J. L, *Derecho de Sucesiones, I, Parte General*, Barcelona, Bosch, 1971, p. 75, nota.

(Trabajo recibido el 23-4-2015 y aceptado para su publicación el 14-5-2015

Hipoteca flotante: selección de los créditos asegurados

Floating nortgage: selection of guaranteed credits

por

CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: La característica fundamental de la llamada en España hipoteca «flotante» es la existencia de una tajante separación entre créditos e hipoteca. Por un lado, está la hipoteca; por otro una masa de créditos, solo genéricamente identificados, que aspiran a incorporarse a ella. En tanto esa incorporación no se produzca los créditos pueden ser negociados, ejecutados o pagados «por fuera», esto es, sin que esos actos repercutan en la hipoteca que permanece «impasible» como ya razonó la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 21 de marzo de 1917 que analiza con notable rigor sus notas esenciales. El acreedor, en una primera fase, tiene en la finca solo una reserva de valor ya que los créditos concretos que la hipoteca asegura no están todavía identificados. Solo, en una segunda fase, cuando por la razón que sea, deba ejecutarse la hipoteca, se procederá a determinar cuáles de entre los genéricamente asegurados pasarán a estar garantizados. La ejecución de la hipoteca en Derecho español se produce siempre por razón de créditos concretos y determinados lo que, como paso previo, exige forzosamente su determinación previa. En este estudio se analizan los problemas que plantea el proceso de transformación que ha de sufrir la hipoteca flotante antes de volverse ejecutiva y por tanto para que su titular pueda interponer la acción hipotecaria, especialmente cuando quiera servirse del procedimiento de ejecución directa.

ABSTRACT: The fundamental characteristic of the denominate in Spain Mortgage «floating» is the existence of a clear separation between credits and mortgage. On the one side there is the mortgage; the other a mass of credits, only generically identified, aspiring to join it. While this integration does not occur credits can be negotiated, executed or paid «outside», that is, without those acts impacting the mortgage remains «impassive» as we reasoned resolution of the Directorate General of Registries and Notaries 21 of march of 1917, analyzing with remarkable rigor essential notes. The creditor, in a first phase, only has a store of value as concrete insures mortgage loans that are not yet identified. Only in a second phase, when whatever reason, the mortgage must be executed, it shall determine which of the generally insured will be guaranteed. The foreclosure in Spanish law always occurs because of certain specific loans which, as a step necessarily, requires prior determination. In this study the problems the transformation process has to suffer the floating mortgage before becoming executive and therefore to its owner to bring the foreclosure action, especially when one want to avail of the special procedure, are analyzed.

PALABRAS CLAVE: Determinación unilateral de los créditos asegurados. Delegación de la facultad de imputar pagos. Oposición de terceros. Imputación de hipoteca. Transformación automática. Plazos discordantes. Vinculación de vencimientos.

KEY WORDS: Unilateral determination of loans insured. Delegation of authority to allocate payments. Opposition third. Assignment of mortgage. Automatic transformation. Conflicting deadlines. Linking maturities.

SUMARIO: I. «FLOTACIÓN» DE LA HIPOTECA: 1. Créditos asegurados. 2. «Deuda presente». 3. Separación entre créditos e hipoteca. 4. La resolución de 21 de marzo de 1917. 5. Indeterminación de los créditos asegurados. —II. SELECCIÓN DE LOS CRÉDITOS: 1. Procedimiento. 2. La determinación unilateral por el acreedor. 3. Límites hipotecarios. 4. Oposición de terceros. 5. Control del proceso. 6. Imputación del acreedor. 7. Presupuestos legales de la imputación. 8. La aceptación del deudor. 9. Delegación de la facultad de imputar. 10. Auto-contratación. 11. Límites del poder de (auto)contratar. 12. Cautelas. 13. Conclusiones. 14. Constancia registral. 15. Perjuicio de terceros. 16. Requisitos de la imputación. 17. Descuento o retención de precio. 18. Libre elección por el acreedor. 19. Imputación de la garantía.—III. TRANSFORMACIÓN DE LA HIPOTECA: 1. Cuestiones previas. 2. Transformación forzosa. 3. Derecho alemán. 4. Derecho español. 5. Casos dudosos. 6. Causa

DE LA TRANSFORMACIÓN. 7. NATURALEZA DE LA TRANSFORMACIÓN. 8. INSCRIPCIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN. 9. EFICACIA DEL ASIENTO DE TRANSFORMACIÓN.—IV. PLAZOS: 1. DUALIDAD DE PLAZOS. 2. NECESIDAD DE UN SEGUNDO PLAZO. 3. DOBLE FUNCIÓN. 4. PLAZO MÁXIMO DE VENCIMIENTO DE LA HIPOTECA. 5. PLAZOS DE VENCIMIENTO DISCORDANTES. 6. PRÓRROGA HIPOTECARIA.—V. VENCIMIENTO: 1. CRISIS DE SOLVENCIA. 2. LA DEBILIDAD DEL DEUDOR. 3. VINCULACIÓN DEL VENCIMIENTO DE LOS CRÉDITOS. 4. INCORPORACIÓN GRADUAL DE LOS CRÉDITOS. 5. LA INCORPORACIÓN TOTAL.

I. «FLOTACIÓN» DE LA HIPOTECA

1. CRÉDITOS ASEGURADOS

La hipoteca «flotante» está pensada para asegurar aquellas posiciones deudoras en que, dada la multiplicidad y versatilidad de los adeudos, que en ocasiones cambian vertiginosamente, no se conoce de antemano la identidad de los créditos que finalmente quedarán garantizados[1].

El acreedor, en una primera fase, tiene en la finca solo una reserva de valor ya que los concretos créditos que la hipoteca asegura no están identificados. Solo en una segunda fase[2], cuando por la razón que sea se vuelva necesario ejecutar la hipoteca, se procederá a determinar cuáles de entre los genéricamente garantizados quedarán garantizados[2bis]. La ejecución de la hipoteca en Derecho español se produce siempre por razón de créditos concretos lo que impone forzosamente, cuando falta, su determinación previa.

La característica fundamental de la hipoteca flotante es por ello la tajante separación entre créditos e hipoteca. Por un lado está la hipoteca; por otro una masa de créditos solo genéricamente identificados que aspiran a incorporarse a ella[3]. En tanto esa incorporación no se produzca los créditos pueden ser negociados, ejecutados o pagados «por fuera», esto es, sin que esos actos repercutan en la hipoteca que permanece «impasible» como razonó en su día la resolución de la Dirección de 21 de marzo de 1917.

Se ha dicho que es suficiente, para que la hipoteca esté bien constituida, con que en el contrato en que se establece conste una identificación, por «remota» que sea, de las deudas potencialmente aseguradas[4]. No podrán sobrepasarse sin embargo ciertos límites. El principio de determinación impone aquí algunas restricciones. En interés de los terceros adquirentes de derechos en la finca hipotecada, no solo de las partes, deberá recogerse en el contrato de hipoteca cuando menos algunos datos que permitan identificar las relaciones de las que derivan los créditos potencialmente asegurados. La determinación[5], por somera que sea, ha de ser lo suficientemente precisa para que en su día un Tribunal pueda decidir si un crédito concreto «cae dentro del círculo de los genéricamente garantizados por la caución hipotecaria»[6].

2. «Deuda presente»

Los créditos genéricamente asegurados no tienen por qué ser todos de nacimiento futuro. Algunos pueden existir ya en el momento de constituir la hipoteca. La Jurisprudencia más antigua no abrigaba dudas a este respecto[7].

Más discutible es que el conglomerado deudor, genéricamente asegurado, cuyo pago se pretende asegurar, esté solo y exclusivamente integrado por créditos ya nacidos (como dice alguna resolución de la Dirección General: «presentes»). Mantienen algunos que en esos casos no se da la indeterminación necesaria para poder constituir una hipoteca de máximo. Según ellos en esos casos lo procedente sería constituir tantas hipotecas (ordinarias) como créditos. Las deudas de nacimiento futuro, argumentan, pueden estar o no perfectamente identificadas pero de lo que no cabe ninguna duda es de que, por hipótesis, las «presentes» lo están.

La Jurisprudencia registral anterior a la última reforma, con fundamento en esta idea, rechazaba la inscripción de la hipoteca flotante cuando entre la masa de créditos a asegurar, algunos habían nacido: esto es, cuando dentro del conglomerado de deudas garantizadas, las había vivas en el momento de constituir la hipoteca. Con más razón por tanto, con arreglo a esa misma doctrina, cuando no unos pocos sino todos los créditos potencialmente asegurados ya habían nacido.

En efecto, en estos casos, no es fácil de ver en donde podría estar la famosa «indeterminación de los créditos asegurados» que, por razones institucionales, se exige en nuestro Derecho para poder constituir una hipoteca de máximo. La deuda ya existente (es decir, «presente», plenamente vigente) está siempre, por hipótesis, perfectamente determinada[8].

3. Separación entre créditos e hipoteca

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que existe indeterminación, y por tanto causa suficiente para constituir una hipoteca de máximo, cuando fluctúa la cuantía del adeudo asegurado. El caso típico sería el de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes o todavía mejor de créditos en moneda extranjera (en que la conversión de la divisa a moneda nacional fija su montante final). Pero, en la hipoteca flotante en garantía de una masa de créditos (presentes) de cuantía fija, desconectados entre sí, garantizados como un todo, el importe de cada una de las obligaciones aseguradas no cambia por lo que aquella fluctuación no se acaba de ver donde está.

El importe de cada deuda, efectivamente, puede no cambiar, pero eso no quiere decir que no se dé en estos casos ninguna fluctuación en absoluto y por tanto que falte la indeterminación que se exige para poder recurrir a la hipoteca de máximo. Primero, porque, aunque no fluctúe la cuantía de cada uno de los

créditos asegurados, sí fluctúa el adeudo global que subirá o bajará en función de compensaciones con los contra-créditos que vayan surgiendo contra el acreedor o los abonos que se vayan haciendo. Segundo, porque la fluctuación que verdaderamente importa aquí y de la que la primera es reflejo —que explica las peculiaridades de la hipoteca flotante y justifica su regulación independiente de la hipoteca en garantía de cuentas de crédito— no es tanto la del montante del "saldo" final sino la de la identidad de las obligaciones contables que lo integran (y por tanto que se incorporarán a la hipoteca).

Es decir, la indeterminación relevante no consiste aquí, en que cada uno de los créditos lo esté —y por tanto se desconozca todas o alguna de sus características principales— sino en que, aunque estén perfectamente determinados, se desconoce cuáles de entre ellos entrarán en la hipoteca, es decir, cuáles serán finalmente seleccionados para incorporarse a la garantía que genéricamente los asegura; y, por tanto, cuál será el importe de la cantidad realmente asegurada por la hipoteca.

4. La resolución de 21 de marzo de 1917

La nota distintiva de la llamada «hipoteca flotante» está por ello en la independencia o separación que existe entre adeudo y garantía. Solo si no se pierde de vista esta idea, puede comprenderse por qué, dentro del círculo de los créditos genéricamente asegurados, pueden existir, y por tanto cabe incluir sin problemas créditos ya nacidos; esto es, deuda viva, presente.

La separación entre hipoteca y crédito es la característica fundamental que distingue la hipoteca que la resolución de 21 de marzo de 1917, siguiendo el modelo alemán, llamaba «propiamente de máximo» (y que llamamos desde 1987 entre nosotros «flotante» y antes «hipoteca caución»). Razón que explica por qué, aunque se pague uno cualquiera de los créditos existentes, ceda o ejecute en vía ordinaria, no se extingue automáticamente ni cancela parcialmente la hipoteca (en la cuantía correspondiente).

No se trata de que subsista siempre la posibilidad de que el hipotético «hueco» dejado por la extinción del crédito en cuestión sea «cubierto», «ocupado», «rellenado», por otro distinto incluido dentro de la clase de los genéricamente asegurados. Es otra la razón.

No hay «hueco» alguno que los créditos que se ceden, ejecutan o pagan, dejen libre y por tanto que esté pendiente de ocupar; y no lo hay porque en tanto no se determine cuáles en concreto, entre los genéricamente asegurados, serán garantizados, ninguno de ellos está realmente «enganchado» a la hipoteca y por tanto puede pretender ocupar «parte» alguna de la hipoteca. Hipoteca y créditos (potencialmente asegurados) en tanto no se vinculen entre sí —lo que exigirá su incorporación previa— llevan vidas completamente separadas, totalmente independientes.

5. Indeterminación de los créditos asegurados

Cabe, por tanto, asegurar con una hipoteca flotante una amalgama de deudas presentes y futuras por heterogéneas que sean, y no importa que parte de esa deuda haya nacido (deuda por tanto «presente»), porque, en todo caso, subsiste la incertidumbre sobre si finalmente se incorporará o no a la garantía.

La indeterminación, mientras no se transforme la hipoteca flotante en ordinaria, subsiste y afecta a todos los créditos genérica o potencialmente asegurados; también por tanto a los ya nacidos o «presentes». Y subsiste porque se desconoce si esa deuda «presente» seguirá existiendo cuando se liquide la relación de negocios; y, aunque subsista, si va a estar finalmente entre las seleccionadas para entrar en la hipoteca.

Cuando se constituye la hipoteca no puede saberse con certeza si la deuda «presente», después de todas las sucesivas «cribas» a que se someterá la «masa asegurada» para proceder a su determinación, continuará «viva». Y, en caso de que subsista y los créditos potencialmente asegurados sobrepasan la cifra de garantía, si esa deuda que subsiste, y ya existía en el momento de la constitución de la hipoteca, será una de las seleccionadas y quedará por tanto asegurada.

El deudor en este tipo de hipotecas es normalmente un cliente que mantiene con su acreedor una relación continuada de negocios. Nada permite asegurar que las cantidades que se vayan abonando se apliquen en primer lugar a pagar las deudas más modernas, y, por tanto, que al final subsistirán forzosamente las que existían en el momento de constituir la hipoteca («deuda presente»). Y sobre todo nada permite asegurar que, cuando llegue el momento de incorporarlas a la hipoteca, sean ellas las seleccionadas: ¿por qué no otras, también supervivientes, contraídas con posterioridad?[9].

Poco importa, en efecto, que algunas existan ya en el momento de la constitución de la hipoteca. No tienen por ese solo hecho una especie de «patente» o derecho a subsistir hasta el final e incorporarse a la hipoteca. Pueden ser pagadas antes[10] y, aunque sobrevivan, no tienen por qué ser ellas las seleccionadas y, al final, incorporadas a la hipoteca (especialmente cuando, habiendo otras, y sumando la cuantía de todas juntas sobrepase el montante del adeudo global la cifra total garantizada).

6. Naturaleza de la hipoteca

En conclusión, también aquí existe indeterminación y existe porque la fijación de los créditos, que van a quedar cubiertos por la hipoteca, se producirá con posterioridad a su constitución. Es esa y no otra la razón de que todos los créditos, incluso los existentes o presentes, deban tenerse por indeterminados respecto a la hipoteca. La indeterminación radica en que en el momento de

constituirse no se conoce la identidad de las deudas (nacidas o por nacer) que van a quedar «enganchadas» a la garantía.

La selección de las obligaciones aseguradas se produce, por tanto, en un momento posterior al de la constitución de la hipoteca y, como veremos, no de modo casual o arbitrario, aunque tampoco de modo mecánico. Es esa y no otra la incertidumbre que justifica, que sea posible, una hipoteca de máximo.

La selección de obligaciones aseguradas normalmente será fruto (indirecto) del efecto —impropiamente llamado «compensatorio»[11]— que se produce como consecuencia de la aplicación a los adeudos pendientes de los abonos sucesivos que vayan haciéndose durante la vida de la hipoteca.

Según cuál sea el orden seguido en la imputación de los pagos subsistirán unos créditos y otros no; y de rebote, por tanto, se seleccionarán, los que, porque subsisten, son candidatos a incorporarse a la hipoteca. Solo los pagados quedarán definitivamente descartados. Pero no hay certeza alguna de que la deuda presente no vaya a ser precisamente una de las «compensadas». De ser así nunca se beneficiará de la hipoteca.

II. SELECCIÓN DE LOS CRÉDITOS

1. Procedimiento

El procedimiento mediante el que se seleccionarán los créditos que se incorporarán a la hipoteca parece sencillo. Acreedor y deudor, de común acuerdo, decidirán las obligaciones que asegurará la hipoteca. Esto es, elegirán —salvo que uno haya delegado en el otro (o ambos en un tercero) esa facultad— qué obligaciones entre las genéricamente aseguradas se incorporarán a la hipoteca.

Las obligaciones seleccionadas no tienen por qué estar vencidas: el vencimiento es imprescindible solo si se pretende la ejecución de la hipoteca pero la incorporación de los créditos no siempre presupone una ejecución inminente. El convenio de determinación y, en consecuencia, la identidad de los créditos a incorporar, podrá hacerse constar en el Registro por nota marginal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 238 del Reglamento hipotecario.

La extensión de la nota habilita la cesión hipotecaria independiente de cada uno de los créditos asegurados (es decir, la cesión del crédito con hipoteca) y su ejecución, también independiente, por el procedimiento de ejecución directa[12].

2. La determinación unilateral por el acreedor

Las cosas, sin embargo, casi nunca suceden así: primero, porque los convenios entre acreedor y deudor celebrados con ese fin son en la práctica ex-

cepcionales; segundo, porque los contratos de hipoteca incluyen habitualmente cláusulas que autorizan al acreedor a realizar por sí solo la determinación de los créditos que van a quedar asegurados. El contenido de esos pactos no suele ser siempre el mismo y su alcance es cuando menos discutible. Se impone por tanto un análisis detenido de su naturaleza y efectos. Nos centraremos solo en dos de las variantes más frecuentes:

a) Por la primera, se atribuye al acreedor la facultad de elegir a cuáles de entre los créditos pendientes se imputarán los pagos efectuados por el deudor y, en consecuencia, qué créditos subsistirán y podrán por tanto beneficiarse de la hipoteca.

b) Por la segunda, se atribuye al acreedor la facultad de elegir directamente, por sí solo, esto es, libremente, qué créditos entre los potencialmente asegurados se incorporarán a la hipoteca.

Es dudoso el valor que tengan estas reservas. La conclusión, como veremos, no puede ser la misma cuando lo que se cede es la facultad de imputar pagos que cuando se delega el poder de seleccionar créditos. Antes de pronunciarse sobre su validez, en efecto, es preciso analizar con detenimiento la naturaleza de la facultad cuyo ejercicio en cada caso se delega.

3. Límites hipotecarios

Existe aquí un límite que en ningún caso podrá traspasarse: el acreedor no puede reservarse la facultad de incorporar a la hipoteca, entre los créditos que tenga contra el deudor, los que le venga en gana o mejor le parezca. Cuando menos deberán poseer las características que se fijaron en el contrato de hipoteca y delimitan por tanto la masa de los potencialmente asegurados: esto es, han de pertenecer al círculo de los genéricamente garantizados.

Estamos ante un dato de hecho que habrá que probar en cada caso y que, por ser tal, no pueden las partes manipular a su antojo. Las obligaciones deben pertenecer a la clase, al grupo de las genéricamente aseguradas, con independencia de cuáles preferirían asegurar. No hay margen aquí para el libre arbitrio.

En nuestro Derecho la selección no puede dejarse de modo absoluto en manos del acreedor: ni siquiera de acreedor y deudor. La hipoteca de máximo no es una reserva abstracta de valor. El principio de determinación impide que la hipoteca pueda cubrir créditos no comprendidos entre los genéricamente asegurados. La selección por ello nunca puede ser arbitraria.

La política hipotecaria que inspira nuestro Ordenamiento jurídico no permite que las partes decidan en este asunto con completa libertad. Los créditos han de elegirse dentro de un conjunto relativamente bien definido: deben respetar, y cumplir por tanto, con los requisitos prevenidos en el contrato de hipoteca.

Se entiende la importancia de que en la escritura de hipoteca se fijen con precisión las líneas generales («maestras»), por amplias o generosas que sean, que permitan identificar los créditos asegurados. Las directrices fijadas en el contrato han de ser lo suficientemente claras para que los Tribunales, si las partes no consiguiesen ponerse de acuerdo, puedan hacer por si mismos esa primera «criba» o selección[13].

4. Oposición de terceros

La determinación (genérica) de los créditos asegurados es una exigencia que viene impuesta por razones de orden institucional (en concreto, por causa del conocido en Derecho Hipotecario como «principio de determinación»). Lo que implica que, en caso de que se infrinja, cualquiera que se sienta perjudicado podrá oponerse a la selección efectuada e impetrar la protección judicial.

En consecuencia los titulares de cargas posteriores y los terceros poseedores podrán rechazar una selección de créditos que no respete las directrices recogidas en la hipoteca. No cabe incorporar a la garantía, todavía menos ejecutarla, por impago de obligaciones de clase o género distinto a aquellas para cuya seguridad se constituyó expresamente la hipoteca.

Ciertamente, en ausencia de terceros, siempre podrían las partes modificar el contrato de hipoteca, rectificar los criterios de delimitación en ella recogidos y fijar otros distintos (sean económicos o jurídicos). Esa posibilidad está siempre abierta, sin duda, pero con una importante limitación: cualquier cambio de las pautas fijadas, porque implica una modificación de hipoteca, exigirá otorgamiento de escritura pública[14].

5. Control del proceso

En definitiva la selección de créditos tiene que hacerse sobre la base de las pautas fijadas en el contrato; pautas que deben ser lo suficientemente claras para que la determinación hecha sea susceptible de control. De ser así no debería haber obstáculos para que una parte pueda delegar en la otra la realización de la determinación. Sin embargo, como vamos inmediatamente a ver, las cosas no son, tan sencillas. La delegación es posible pero su alcance es limitado. No puede delegarse la decisión definitiva sobre la selección en sí sino únicamente la «iniciativa» para hacerla.

El deudor delegante —con mucha más razón los terceros poseedores o titulares de derechos posteriores a la hipoteca— podrá siempre impugnar la selección que realice el acreedor, en caso de que los créditos electos no pertenezcan a la

clase de los asegurados. Parece indudable que, si ni siquiera de común acuerdo pueden infringir las partes, al hacer esta primera selección, los límites fijados en el contrato de hipoteca; menos podrá hacerlo una sola de ellas por mucho que le haya delegado la otra esa facultad.

El principio de determinación impide en nuestro Derecho que la selección se extienda a créditos extraños al conjunto que forman los que cumplen con los requisitos establecidos en el contrato. No puede ser fruto, por tanto, de una decisión arbitraria[15]. Las obligaciones incorporadas han de cumplir con las características previstas en el contrato de hipoteca. La delegación de la facultad de determinar no es vinculante. Por tanto la que, ejerciendo esa facultad, haga el acreedor carece de eficacia si no respeta esa limitación.

Hecha esta primera selección, hay que seguir avanzando y por tanto realizando nuevas cribas. Identificados los créditos, entre los que tenga el acreedor contra el deudor, que integren el círculo de los genéricamente asegurados, queda por determinar aún cuáles serán en concreto de entre ellos los beneficiarios de la garantía. Conocida la identidad de los créditos que cumplen con el requisito de pertenecer a la clase o género que se fijó en el contrato, procede dar otro paso.

Lo normal efectivamente es que, durante la vigencia de la hipoteca, se vayan realizando abonos por el acreditado para ir saldando el adeudo. La imputación de los pagos a unos u otros créditos no es, sin embargo, intrascendente ya que determina (indirectamente) cuáles podrán beneficiarse de la hipoteca: los pagados, por hipótesis, quedan automáticamente descartados.

La imputación de los pagos por tanto no es una operación neutral que pueda hacerse de cualquier modo y por tanto esté libre de controversia. Mediante la imputación de pagos se seleccionan indirectamente los créditos dando así un paso más en el proceso de determinación.

A continuación analizaremos por separado el caso de imputación por el acreedor a quien no se haya cedido la facultad para hacerla y después el caso de que sí se le haya cedido.

6. Imputación del acreedor

En efecto, no hay imputación sin selección. Está claro que, siempre que se imputan los pagos a unos créditos y no a otros, se «expulsa» definitivamente de la hipoteca a todos aquellos a cuya satisfacción se aplican las cantidades abonadas; y, a la inversa, indirectamente, se abre la puerta a los demás. Estamos, pues, ante una forma solapada pero efectiva de seleccionar a los «pretendientes».

Es por ello que las imputaciones de pagos que haga el acreedor, al contrario que las del deudor, merecen especial atención. La selección de créditos que

produce la imputación no es fruto o resultado de un proceso aleatorio sino de una elección del acreedor que buscará, sería estúpido pensar otra cosa, sacar de ella el máximo provecho. Como los abonos realizados por el deudor, pueden ser aplicados por el acreedor a distintos créditos, de hacer este la imputación, elegirá con toda seguridad aquellos que más le convenga. Pero los que más convengan al acreedor son los que menos convienen al deudor.

Hemos visto que los terceros pueden oponerse si acreedor y deudor, juntos o por separado, pretenden incorporar a la hipoteca deudas que no pertenecen a la clase de las (genéricamente) aseguradas. Vamos a ver ahora qué también pueden hacerlo cuando, identificadas las que pertenecen a ese género, siempre que no se cumplan los requisitos legales, pretenda el acreedor, manipulando las imputaciones de pagos para servir a sus intereses, seleccionar las que van a quedar garantizadas.

Los terceros poseedores, como los titulares de cargas posteriores, no son una especie de «convidados de piedra» en este proceso porque no lo son tampoco en el proceso de ejecución hipotecaria. Unos y otros pueden oponer al acreedor muchas de las excepciones del deudor; entre ellas, las referentes al pago entendido en sentido amplio. La doctrina coincide en que los terceros poseedores tienen un estatuto jurídico semejante al de un fiador (en el Derecho de Partidas, incluso, se les tenía directamente por tales)[16].

7. Presupuestos legales de la imputación

Los terceros poseedores, en primer lugar, conservan las facultades (de control) que corresponderían al acreedor en caso de que la imputación fuese hecha por el deudor. Una cosa en efecto es que el acreedor pueda imputar los pagos y otra que ejercite esa facultad como corresponde. La facultad de imputar pagos no es libre; conoce límites[17].

a) El tercer poseedor como fiador podrá oponerse a la imputación cuando pretenda revocar el acreedor otra anterior, ya hecha, e intente re-asignar las cantidades aplicadas a unos créditos a otros diferentes. Esto es, pretenda modificar la «imputación» y «recuperar» créditos que, de respetar la primera, estarían pagados, para así incorporarlos a la garantía. Esta rectificación no es posible: la imputación, una vez hecha, es irrevocable[18].

b) Y lo que es más importante: podrá oponerse a que el acreedor impute los pagos a deudas no vencidas o ilíquidas, siempre con el propósito de incluir en la hipoteca otras más onerosas o gravosas; por ejemplo, las que están peor garantizadas o resulten de cobro más difícil[19, 20].

8. La aceptación del deudor

Puede, en segundo lugar, darse el caso que la imputación se realice cumpliendo —al contrario que en el caso anterior— con los presupuestos legales

pero que, una vez hecha, se revele perjudicial para los terceros. Se trata de saber hasta qué punto estos últimos están obligados a pasar por ella.

Lo normal será siempre que el acreedor impute los pagos en provecho propio y deje las deudas más difíciles de cobrar para la hipoteca. Por tanto, que lo haga en perjuicio, del tercer poseedor y titulares de cargas posteriores que, por esta razón, se verán expuestos con mayor probabilidad, al riesgo de tener que acabar soportando la ejecución de la hipoteca. Se trata ahora de decidir si esos terceros tienen que respetar siempre las imputaciones del acreedor. Son menos provechosas para el acreedor, y por ello candidatas a ser las primeramente pagadas, las deudas que, por ejemplo, rindan intereses más bajos, las aseguradas con garantías menos sólidas, o las que, por existir periodos de carencia, satisfacen durante algunos años intereses pero no capital.

Se explican así las cautelas que el legislador ha adoptado cuando la imputación se hace por el acreedor. La primera y principal es que el acreedor debe poner inmediatamente en conocimiento del deudor la imputación que hizo. La declaración de imputación que haga el acreedor tiene por ello naturaleza recepticia. La necesidad de proceder a su comunicación al deudor tiene enorme importancia porque permitirá a este descartar una imputación del acreedor que perjudique al deudor. En tanto no sea ratificada por el deudor, la imputación tiene valor de mero proyecto o simple propuesta[21]. El acreedor no puede imponer al deudor su imputación[22].

En consecuencia podrán oponerse los terceros a la imputación del acreedor siempre que falte la ratificación del deudor. No hay duda de que los terceros estarán interesados en oponerse a la imputación del acreedor si no hubiese sido ratificada por el deudor y, es más, que pueden hacerlo incluso aunque no les perjudique. No se trata de que los terceros (terceros poseedores y acreedores hipotecarios posteriores) se subroguen en el derecho del deudor a oponerse a la imputación hecha por el acreedor. Este, en principio, es un derecho exclusivo del deudor[22bis]. Pero no cabe duda de que si la imputación del acreedor no la ratifica el deudor, no será válida (art. 1172.2 del Código). En realidad, aunque la propuesta proceda del acreedor, la imputación, propiamente, no la realiza este sino el deudor. Por tanto, al final, si quiere protegerse el acreedor frente a posibles impugnaciones de terceros, deberá obtener el *placet* del deudor.

9. Delegación de la facultad de imputar

La situación cambia si es el caso que el deudor, en el contrato de hipoteca, haya delegado en el acreedor la facultad de imputar los pagos que vaya haciendo este último. Es frecuente, en efecto, que en los contratos de hipoteca se incluya, como cláusula de estilo, la concesión al acreedor por el deudor de la

facultad de hacer por sí solo la imputación de los pagos que se vayan haciendo a cuenta de los créditos asegurados. En virtud de esa autorización, el acreedor podrá elegir a qué créditos en concreto imputará los pagos. Se impone ahora analizar el alcance de esa concesión.

El acreedor, de cedérsele esa facultad, se transforma en esta fase en el protagonista del proceso de selección. Queda en su mano definir qué créditos, al sustraerlos de los pagos, quedarán incorporados a la hipoteca. Por tanto el acreedor, ejerciendo la facultad de imputar, podrá «manipular» el alcance del efecto extintivo que produzcan los pagos que se vayan haciendo.

Pues bien, la imputación es en principio una facultad del deudor y no cabe duda de que, si así lo quiere, puede cederla al acreedor: ahora bien los terceros poseedores, lo mismo que los fiadores, conservan siempre el derecho de oponerse a la imputación del acreedor si el pacto de cesión no fuese válido o, de serlo, el ejercicio por el acreedor de la facultad de imputar no se ajusta a lo pactado[23].

Es ahora cuando cobra toda su importancia la forma y alcance de la delegación hecha por el deudor al acreedor. No es lo mismo que la delegación sea específica y concreta que genérica e indeterminada. Se discute si los terceros están obligados a respetar la imputación del acreedor cuando se ampare en una delegación genérica de la facultad de imputar. Esto es, en el caso de que el deudor conceda al acreedor la facultad de decidir por sí solo, sin ningún tipo de límites o cortapisas, el orden a seguir en la imputación a realizar.

Ciertamente el deudor que hace determinada imputación, como siempre que paga a un acreedor y no a otro, no comete en principio abuso alguno. La elección está dentro de la libertad (autonomía) del deudor y ninguno, sea el acreedor o un tercero, podrá reclamar contra la imputación que haga el hipotecante deudor en ejercicio de su derecho en tanto no vea restringida su capacidad (en su caso, con efectos retroactivos por incurrir, por ejemplo, en insolvencia)[24].

Ahora bien una cosa es que el deudor pueda decidir libremente qué deudas paga; y otra que autorice al acreedor, que tenga varios créditos contra él, para aplicar los abonos que vaya recibiendo como quiera y por tanto, a imputar los pagos en términos tan vagos o amplios que permitan al acreedor acabar haciéndolo en perjuicio incluso del mismo deudor.

El que paga es el deudor. Por tanto el apoderamiento al acreedor para que haga la imputación de los pagos del deudor, debe ejercerse en interés de este. Ahora bien, siempre que las deudas a que deben aplicarse los pagos no sean igualmente onerosas, el pago por el acreedor se produce en condiciones muy semejantes al de la auto-contratación. Se da aquí también la típica contradicción de intereses: las deudas más onerosas para el deudor son las más beneficiosas para el acreedor.

10. Auto-contratación

En la auto-contratación el mandatario como en todo apoderamiento recibe un poder directo sobre la esfera jurídica ajena: con ello el patrimonio del mandante queda a su merced. Lo lógico, por ello, es que el ejercicio de tan exorbitante poder se sujete a límites: en primer lugar, como «en toda representación», el de que se utilice «en interés del representado y no en el propio»[25].

La auto-contratación, en efecto, si no presupone, sí facilita el ejercicio de la representación por el representante exclusivamente en interés propio. Exige, por ello, autorización especial y expresa y debe referirse exclusivamente a objetos determinados. La auto-contratación, en realidad, como el auto-pago es así un caso específico de un supuesto más general y peligroso: el de apropiación, por propia autoridad, de derechos ajenos en beneficio propio.

La situación suele complicarse todavía más cuando la delegación (como pasa con la de la facultad de imputar) se hace en una estipulación que forma parte de un contrato más amplio (el de hipoteca).

En estos casos, la aceptación de la imputación del acreedor por el deudor deviene forzosa ya que se produce en cumplimiento de un contrato anterior del que precisamente aquella cesión forma parte. Estamos por tanto ante un «acto debido». La delegación en este caso (de la facultad de imputar) es irrevocable ya que integra, como una de las estipulaciones correspectivas (contextualidad), un contrato primordial, el de hipoteca, cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (en este caso, del deudor). Esto es, no puede revocarse la cesión sin revocar al mismo tiempo el negocio de hipoteca que la integra como un pacto más y dejar por tanto el cumplimiento del contrato principal al arbitrio de una de las partes: el deudor.

Ahora bien, para que esta excepción tenga éxito y la irrevocabilidad por tanto prevalezca, habrá que aportar prueba de que, a cambio de la cesión de la facultad de imputar, el deudor recibió algún tipo de contraprestación: por ejemplo, que por causa de ella obtuvo más crédito o en mejores condiciones que si no hubiese cedido el deudor la susodicha facultad.

De ser así, y la «contextualidad» basta para presumirlo, no parece quedarle al deudor más remedio que pasar por la imputación del acreedor ya que, de no hacerlo, estaría incumpliendo el contrato (de hipoteca) del que constituye la cesión (de la facultad de imputar) una de las recíprocas prestaciones[26].

11. Límites del poder de (auto)contratar

El otorgamiento de un poder o autorización para (auto)contratar, irrevocable y de carácter general, sin ningún tipo de condiciones o límites, faculta al apoderado para sustraer activos del patrimonio del poderdante en provecho no

de este sino exclusivamente en el suyo; es decir, en su propio interés y no el de su mandante. Esto es, le permite apropiarse por sí mismo, sin oposición, en las condiciones que el mismo fije, de cualesquiera activos del *dominus*. Tras un poder así, en realidad, si se analiza el asunto con realismo, se oculta un traspaso a favor del apoderado, a su capricho o voluntad, de la propiedad de los bienes del poderdante que libremente elija y en las condiciones que tenga por conveniente.

Ahora bien es bien sabido que no cabe una opción irrevocable sobre bienes sino no está perfectamente claro cuáles sean en concreto los bienes a que afecta, esto es, los bienes de los que se dispone y las condiciones esenciales en que esa transmisión debe producirse (para el caso ejemplar de la opción de compra cfr. el art. 14 de Reglamento Hipotecario que sienta la regla general en esta materia; también art. 241 del mismo texto normativo para la cesión de rango).

El consentimiento dispositivo exige precisión: cosa cierta, objeto determinado[27]. Por ello cuando la autorización no se circunscribe a bienes concretos, sino solo genéricamente identificados, incluso de existencia futura (y es irrevocable) la auto-contratación no puede permitirse.

Una restricción que por lo demás no es más que una aplicación concreta de una regla más general cuyo rigor hay que extremar cuando estamos ante un poder con permiso para auto-contratar y de carácter irrevocable. Un «apoderamiento en sentido jurídico tiene que ser determinado según su concepto» por lo que un poder de contenido ilimitado «no es meramente una extensión cuantitativa de un apoderamiento limitado sino que es un *aliud*». Hay por ello, a pesar de las críticas que ha recibido, que estar de acuerdo con una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. SSTS de 26 de noviembre de 2010 y 6 de noviembre de 2013) que ha levantado cierta polvareda y no hace otra cosa que recoge ese principio, por lo demás doctrina pacífica en la jurisprudencia alemana[28].

12. Cautelas

Ciertamente ninguna de las características señaladas concurre en los casos que nos vienen ocupando. El apoderado no fija libremente los términos y condiciones del pago ni mucho menos su importe: resultan todos ellos de los contratos principales de que derivan las obligaciones pendientes de cobro.

Tampoco elige, al contrario de lo que pasa en la auto-contratación ordinaria, los activos del patrimonio (del deudor) que pasarán al suyo: eso lo hizo antes el propio deudor y precisamente al realizar el pago que está pendiente de imputar. El acreedor únicamente elige, de entre los créditos que tenga contra el deudor, a cuales aplicará en concepto de pago las entregas realizadas (y, por tanto, cuales de entre ellos se extinguirán).

No por ello la imputación unilateral del acreedor carece de riesgos. El peligro está en que al contrario de lo que pasa en el caso (ejemplar) de la compraventa (en que, por mucha auto-contratación que haya, con la transmisión que hace el intermediario en su doble condición, ambos, poderdante y apoderado, pueden ganar); aquí tal cosa está descartada (quiérase o no, siempre pierde uno). Esto es, el peligro está en que aquí, es decir, en el caso de la imputación, al contrario que allí, en el caso de la compraventa, está excluida la posibilidad de que la operación, a pesar de todo, sea igualmente ventajosa para ambos, esto es, no solo para el acreedor/auto-contratante sino también para el poderdante/deudor: el crédito más provechoso para el acreedor es siempre el más gravoso para el deudor

En la compraventa —en general en los contratos de cambio— pueden ganar ambos porque los activos traspasados de un patrimonio a otro (las «recíprocas prestaciones» que las partes se hacen) suelen ser más valiosos, en manos de los nuevos titulares (porque saben gestionarlos mejor) que en las de los antiguos. Por eso los intercambian.

Habitualmente con el traspaso comprador y vendedor mejoran: estamos ante un juego cooperativo en que en principio ganan las dos partes. Por eso dicen los «analistas» que el intercambio libre es un acto «creador» (de riqueza). Es cierto que esa ganancia mutua, en el caso del apoderado que compra «para sí», no se da forzosamente. Pero no está excluida *a radice* como sí lo está cuando el acreedor imputa el pago del deudor: el crédito más ventajoso para el acreedor es siempre el más gravoso para el deudor. Existe una contradicción de intereses insalvable y por tanto se produce siempre un perjuicio inevitable.

Ahora bien si la autorización, concedida en estos términos no es válida, los terceros podrán oponerse a los concretos actos de imputación que, en base a ella, el acreedor haya realizado (cfr. art. 1853 del Código Civil).

13. Conclusiones

La delegación al acreedor por el deudor, en el contrato de hipoteca, de la facultad de imputar los pagos del deudor, no parece tener por tanto mucha fuerza o valor jurídico.

a) El acreedor no puede imputar libremente las cantidades abonadas por el deudor; decidir por sí solo qué créditos se extinguen y cuales sobreviven y, por tanto, de rebote, quedan reservados para la hipoteca[29].

b) Tanto el deudor como los terceros (titulares de derechos reales en la finca hipotecada) podrán oponerse a la imputación unilateral hecha por el acreedor en ejercicio de la facultad de imputar, cedida por el deudor en el contrato de hipoteca, si no se han respetado las cautelas que hay que observar para no incurrir en la prohibición de autocontratación.

c) De respetarlas, al hacer la imputación, tendrá que guardar el acreedor el orden previsto en la cláusula de cesión. De haberse fijado de modo claro y terminante a qué créditos concretos habrán de aplicarse los pagos, deberán cumplirse las previsiones dispuestas en el contrato en sus propios términos.

d) En ese caso, el acreedor deberá demostrar, aportando la prueba pertinente, que la imputación se atiene a los términos del pacto de cesión[30].

e) De no poder aportarla, no podrá acceder al Registro la determinación, que como consecuencia indirecta de la imputación pueda resultar, a no ser que aporte el acreedor la oportuna aceptación del deudor que, para poder hacerse constar en el registro, deberá ser expresa y constar en documento público (cfr. a contrario art. 238 del Reglamento).

f) Parece despreciable, por tanto, si se cumple con todas estas cautelas, el riesgo de que los acreedores, en los casos que venimos examinando, manipulen la identidad de las deudas a que imputan los pagos y hagan una imputación sin contar con el deudor.

14. Constancia registral

Si fuese cierto todo lo razonado hasta aquí, habrá que concluir que, para hacer constar en el Registro la determinación de los créditos asegurados con hipoteca flotante —como resultado indirecto de imputaciones de pagos hechas por el acreedor en ejercicio de la facultad de imputar que le haya cedido el deudor en el contrato de hipoteca— no sirven fórmulas de consentimiento tácito o presunto. Es decir, salvo que los términos del convenio de cesión fuesen lo suficientemente explícitos, claros y precisos, deberá aportarse la aceptación del deudor[31].

No podrán, por tanto, por lo general, tener acceso al registro de la propiedad la determinación de los créditos que vayan a quedar asegurados con una hipoteca flotante, siempre que se produzca como consecuencia (indirecta) de una imputación de pagos hecha por el acreedor, si no se hace constar en escritura pública la ratificación de este.

Poco sentido tiene por todo ello seguir discutiendo si debe o no inscribirse en los Libros la estipulación contractual, habitual en todo tipo de hipotecas, por la que el deudor cede al acreedor la facultad de imputar como quiera los pagos que vayan haciendo el deudor o terceros a cuenta de los créditos asegurados.

Hemos visto que no son inscribibles los actos de imputación realizados por el acreedor que no cuenten con más apoyo que la cesión, hecha a su favor, de la facultad genérica de imputar. Aunque se convenga tal cosa en el contrato de hipoteca e inscriba esta, no podrá inscribirse en su día el documento (otorgado por el acreedor) en que se formalice la imputación.

Por ello no deben tampoco tener acceso al Registro los pactos de las escrituras de hipoteca en que se convenga la cesión por el deudor al acreedor de la facultad para imputar los pagos como quiera. Su inscripción daría a los actos concretos de imputación del acreedor una apariencia de legalidad que no tienen.

15. Perjuicio de terceros

La defensa de los terceros tiene en nuestro Derecho otra poderosa razón: todo sobrante de valor (hipoteca no ocupada) que quede cuando se extinga la garantía, corresponde, en principio, a los terceros poseedores (que no hayan realizado retención o descuento de la hipoteca del precio de compra del inmueble) y a los acreedores hipotecarios posteriores.

La propensión al pago de las deudas no es la misma; depende de su onerosidad. Por tanto cuanto más gravosas sean las aseguradas con hipoteca más probabilidad hay de que estas sean finalmente ejecutadas. El que la hipoteca asegure al final unas u otras deudas tiene por tanto mucha importancia para los terceros adquirentes de derechos reales en la finca hipotecada. Cuanto menos onerosas sean las deudas que se carguen en la hipoteca, mayor será la probabilidad de que sean pagadas a su vencimiento y por tanto mayor el sobrante que pueda quedar y puedan apropiarse los terceros después de extinguida la hipoteca.

Por ello, en caso de que existan estos terceros, esto es, de que haya terceros con derechos reales en el inmueble hipotecado, el acreedor, a quien se haya delegado la facultad genérica de imputar, no podrá hacer sin más una imputación que perjudique el derecho al sobrante ya que dispondría de lo que pertenece a los adquirentes posteriores: sus únicos y legítimos titulares.

El deudor no puede disponer de lo que no es suyo, y eso es lo que sucede si cede al acreedor la facultad de imputar los pagos, la imputación perjudica a terceros hipotecarios y —esto parece esencial— la cesión no consta inscrita. Su ejercicio envuelve un potencial perjuicio del «sobrante» de hipoteca que el propietario, al trasmitir la finca o constituir derechos reales sobre ella, traspasó a tercero. Esto es, del sobrante que ha pasado a pertenecer a los adquirentes posteriores del inmueble hipotecado (terceros poseedores, por supuesto, pero también acreedores hipotecarios). Los derechos no inscritos no perjudican a terceros inscritos. El pacto no inscrito no habilita al acreedor para disponer de la parte del «máximo» que, en caso de que la imputación se hubiese hecho como corresponde, pudiese quedar libre.

Si la cesión no se inscribe, el acreedor podrá aplicar los pagos —y en consecuencia de rebote aplicar a la hipoteca dentro del máximo garantizado los créditos que deje sobrevivir— solo en tanto no haya terceros hipotecarios (esto es, en tanto siga siendo propietario el deudor). En cuanto deje de serlo, no

podrá imputar pagos en perjuicio de los terceros que entretanto hayan adquirido derechos reales en la finca hipotecada.

La disposición de la finca presupone la revocación de la facultad (no inscrita) concedida al acreedor para imputar los pagos en perjuicio de los terceros poseedores o acreedores hipotecarios posteriores. El argumento es el mismo que se hace valer cuando el *dominus* transmite una cosa sobre el cual había concedido a un tercero poder para venderla. Otro sería el caso si no estuviésemos ante una facultad sino una reserva perfectamente determinada e inscrita (siguiendo por analogía lo dispuesto en el art. 14 del RH).

Solo procede hacer aquí una salvedad para el caso que el deudor vendiese la finca y el comprador haya retenido o descontado la hipoteca del precio de compra (supuesto que luego estudiaremos). De no ser ese el caso, el acreedor no puede perjudicar el derecho (al sobrante) que no pertenece ya al deudor. La imputación de pagos, por él realizada, carece de eficacia frente a terceros, esto es, frente a quienes hayan adquirido un derecho real en la finca hipotecada.

Todo sobrante que se libere —es decir, la parte del máximo que no se cubra después de aplicar los pagos al adeudo, pertenece, fuera de los casos de retención o descuento (cfr. art. 232 del Reglamento en relación al 230 y 231 del mismo cuerpo legal)— al nuevo propietario o titulares de derechos posteriores, no al deudor; por lo que de nada valen los poderes que hubiese conferido para disponer de él.

En nuestro Derecho, al contrario que en el alemán, el hipotecante, que vende o grava la finca, trasmite al tercero (que no haya descontado la hipoteca del precio de compra) el derecho al sobrante de valor que pueda quedar liberado sea por razón de pagos que, a cuenta del adeudo asegurado, se vayan haciendo; sea, en general, porque al final, cualquiera que sea la razón, el saldo pendiente no llegue a cubrir el máximo asegurado, es decir, se quede corto.

En nuestro Derecho rige el «sistema de ascenso automático de puestos»: todo sobrante liberado pasa a los titulares posteriores. Por tanto la cesión al acreedor de la facultad de imputar, en la medida que le permite elegir indirectamente qué créditos (entre los genéricamente asegurados) sobreviven y así rellenar la hipoteca con los que quiera; envuelve una disposición encubierta sobre el sobrante.

La cesión anticipada por el deudor de esa facultad, cuando todavía era propietario, deberá cumplir, para que su ejercicio pueda perjudicar a terceros adquirentes de derechos sobre la cosa hipotecada, con las limitaciones de general aplicación a la enajenación de cualquier derecho potestativo que pretenda tener eficacia real: en primer lugar, que se determine de modo claro el objeto, en este caso de nacimiento futuro (sobrante), sobre el que recae la cesión y cuya apropiación se autoriza (cfr. por analogía arts. 14, 16 y 241 del R. Hipotecario); en segundo lugar, por exigencia del principio de determinación, se fije el procedimiento que habrá que seguir para efectuar la apropiación autorizada (esto

es, los trámites que el acreedor debe cumplir para hacer la imputación); y en tercer lugar se inscriba la reserva en el Registro de la Propiedad.

El derecho, concedido por el deudor al acreedor, de elección de los créditos a asegurar, encubierto mediante una cesión de la facultad para imputar pagos, no puede perjudicar los derechos (sobre el sobrante) que tengan terceros adquirentes de derechos reales en el inmueble, a no ser que esos terceros ratifiquen con posterioridad la cesión realizada o los concretos actos de imputación que, en base a la cesión genérica, vaya realizando el acreedor.

Conviene no olvidar que la posición registral (y también procesal) de los terceros hipotecarios es muy sólida a la vista de lo dispuesto en el artículo 143 de la LH (que habla en general de «interesados») en relación con el 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que concede a los terceros y no solo al deudor el derecho de oponerse en el procedimiento de ejecución directa).

16. Requisitos de la imputación

Los intereses de los terceros, titulares de derechos en la cosa hipotecada, son por tanto en principio intocables, nadie puede disponer de lo que les pertenece. Una regla que conoce más que una única excepción: salvo claro está que la imputación que se haga no les perjudique lo que sucede al menos en dos casos.

En primer lugar los adquirentes posteriores de derechos en la finca hipotecada no podrán oponerse a la imputación si les beneficia y esto sucede siempre que, la hecha, aplique los pagos a los créditos genéricamente asegurados con la hipoteca. O, en segundo lugar, sea neutral, es decir, responda objetivamente a los intereses del deudor. Y responde objetivamente a los intereses del deudor la que se atiene al orden establecido en los artículos 1173 y 1174 del Código[32]. Es decir, la que aplica los abonos a las deudas más onerosas[33], una vez cubiertos los intereses.

Por tanto, no bastará para que la imputación sea eficaz, si al final se demuestra perjudicial para los terceros, con que la haga el deudor o ratifique la del acreedor el deudor, si realizó este los pagos; y si no fue él, el extraño que los hizo. Ni se ajuste, la hecha por el acreedor, a los términos prevenidos en el pacto de cesión que no cumple con los requisitos de la Ley Hipotecaria (art. 14 del reglamento).

En principio, efectivamente, el deudor (en su caso, el extraño, interesado o no, que paga) puede imputar con libertad y por tanto ratificar la imputación que haga el acreedor. El que paga, como vimos, paga a quien quiere y el crédito que quiere. Por tanto la única pregunta relevante que hay que hacerse aquí es la de si está obligado el deudor, que vende o grava la finca hipotecada, frente a los terceros, a no hacer o consentir imputaciones que puedan perjudicarles.

No solo hay que tener en cuenta aquí lo dispuesto en el artículo 1197 en relación al 1201 del código (que permite a los fiadores oponer la compensación

observando en el «orden de compensación lo dispuesto respecto a la imputación de pagos») y el 1853 (que les habilita para «oponer las excepciones inherentes a la deuda» entre las que la doctrina incluye «los vicios de cualquier acto que haya extinguido total o parcialmente el crédito asegurado»). Importa sobre todo el hecho de que los terceros (o hipotecarios posteriores) han adquirido sus derechos del deudor y que, al hacerlo, les ha transmitido el sobrante que pudiese quedar (una vez el acreedor haya cobrado o ejecutado la finca). Y esa transmisión impone al deudor que no perjudique el objeto que trasmitió (el potencial sobrante). No solo eso. Le impone también que se comporte lealmente con quién lo adquirió, es decir, que su conducta en cualquier caso sea conforme con la buena fe.

Los terceros hipotecarios, en efecto, podrán impugnar una imputación perjudicial no solo en base al potencial perjuicio que se inflige al sobrante por ellos adquirido, y transmitido por el deudor con la propiedad o el gravamen de la finca, cuyo alcance o contenido pretende a posteriori reducir el deudor con la imputación. Podrán impugnarla también, o al menos reclamar los daños sufridos, si consiguen demostrar que se hizo con intención de perjudicarles.

Existe una evidente contradicción de intereses entre el deudor y el tercer poseedor (y en general hipotecarios posteriores). Como los créditos más onerosos (por ejemplo porque carezcan de otras garantías), si se cargan en la hipoteca, no los pagará finalmente el deudor, existe el peligro de connivencia entre acreedor y deudor en perjuicio del tercer poseedor. Podrán por tanto oponerse este a la imputación realizada si consigue demostrar que hizo este en favor del acreedor la cesión de la facultad de imputar, primero, o la ratificación, después, en su perjuicio (dolo)[34]. Ni el mismo deudor puede realizar una imputación en perjuicio de tercero, esto es, con mala fe (dolo) o en abuso de derecho[35].

De lo hasta aquí razonado resulta la importancia que tiene, en la venta de fincas gravadas con este tipo de hipotecas, la retención o descuento de su importe del precio de compra. De haberse hecho tal descuento o retención, evidentemente la situación cambia substancialmente y el peligro de connivencia entre acreedor y deudor contra los terceros, para cargar en la hipoteca las deudas más onerosas, desaparece. El asunto merece alguna atención. Las relaciones entre el acreedor y los terceros se embarullan con las que surgen entre el deudor que trasmite o grava la finca hipotecada y los adquirentes posteriores de derechos sobre ella.

17. Descuento o retención de precio

El comprador que haya retenido o descontado la hipoteca del precio de compra deberá pasar por la imputación, tanto del deudor como del acreedor autorizado para hacerla por sí mismo. La razón es fácil de entender: en caso de retención o descuento de la hipoteca el sobrante que pueda producirse por pago de las deudas garantizadas no pertenece al comprador sino al deudor (vendedor).

Por expresa disposición de ley, en caso de retención o descuento, no opera el principio de «ascenso automático de puestos». Así resulta con toda claridad del artículo 118 de la Ley en relación con los artículos 231 y 232 del Reglamento, especialmente este último.

> *Lo dispuesto en los dos artículos anteriores* (subrogación del deudor en la hipoteca para reclamar el precio retenido o descontado por el comprador) *será aplicable a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuentas a crédito u otras análogas, si se acreditase, mediante el documento correspondiente, que la obligación garantizada no llegó a contraerse o se ha extinguido, acompañando en su caso instancia del deudor pidiendo que se haga constar la subrogación en el registro.*

El comprador que ha descontado o retenido la hipoteca del precio de compra de la finca hipotecada es por ello indiferente frente a la imputación. Determinados los créditos que se incorporarán a la hipoteca, aplicará el comprador el precio retenido o descontado al pago de los asegurados y, si resta algún sobrante todavía porque, después del pago, el máximo asegurado (y retenido por el comprador) es excesivo, entregará el remanente al vendedor (deudor). De no hacerlo así, quedará subrogado este último, por disposición de ley, en la parte de hipoteca necesaria para cubrir el precio retenido o descontado que, pagados los créditos, haya sobrado y por tanto conserve el comprador en su poder (cfr. el fundamental y ya citado art. 232 del reglamento hipotecario)[36].

Este régimen no es de aplicación cuando el comprador ha satisfecho el precio íntegramente (es decir, no haya hecho descuento o retención de hipoteca). En esos casos, el sobrante vuelve a ser del comprador y el deudor está obligado ahora, por doble razón, a pagar al acreedor (hipotecario) las deudas que la hipoteca asegura y no otras. Primero, porque, como dijimos el sobrante es del comprador, no suyo; y, segundo, porque, aunque siga siendo deudor de su primitivo acreedor, lo es también ahora del comprador y debe liberar la finca de la carga hipotecaria que la grava, esto es, la carga con que se la trasmitió al comprador.

Lo normal es que el comprador haya abonado el precio en su totalidad bien porque creyó (o se le hizo creer) que la hipoteca, cuando compró la finca, estaba cancelada, bien porque tenía la promesa del vendedor de abonar los créditos con el precio que le entregó (mandato de pago)[37].

18. Libre elección por el acreedor

Cuestión distinta es si, una vez hechas las compensaciones que en Derecho corresponda entre pagos y adeudos, llegada por tanto la hora de vincular los créditos a la hipoteca, no alcance la cifra de garantía a cubrir la totalidad de los créditos supervivientes[38].

En este caso el saldo final (la suma del montante de los créditos, comprendidos entre los genéricamente asegurados, que hayan sobrevivido a las cribas que sucesivamente se fueron haciendo) supera la cifra garantizada por la hipoteca. Dicho llanamente: hay más crédito «vivo» que hipoteca.

Nada parece impedir que, en el contrato de hipoteca, para esos casos, se conceda al acreedor la facultad de elegir qué créditos, de entre los supervivientes a la imputación, deben incluirse en la hipoteca y por tanto beneficiarse de ella[39].

Aquí no hay un verdadero problema de imputación de pagos, precisamente porque esta ha sido realizada y además en forma correcta. Pues bien puede suceder que así y todo (es decir, a pesar de haberse hecho la oportuna «compensación» de los créditos con las entregas realizadas respetando el orden legal o convencional de la imputación) las obligaciones pendientes superen la cifra de garantía. En ese caso no quedará más remedio que elegir qué créditos se incorporarán a la garantía.

Es inevitable, en efecto, la elección cuando el montante de los créditos pendientes, por tanto candidatos a la hipoteca, rebosa el importe de esta. Ciertamente no le es indiferente a los terceros posteriores en rango cual sea la naturaleza de los créditos que al final entren en la hipoteca: su tipo de interés, las garantías con que cuenten, las excepciones que permitan. Pero, llegados aquí, el único derecho que conservan es el de impedir que se beneficien de la hipoteca créditos que no pertenezcan al grupo de los genéricamente garantizados con hipoteca. Los terceros, de habérsele concedido esa facultad al acreedor, solo podrán oponerse a la selección, si pretendiese este incluir en la hipoteca deudas que estaban ya pagadas o no pertenecen a la clase de las garantizadas.

Parece por tanto que, siempre que se respetan estos límites, los terceros no podrán oponerse a la selección que haga el acreedor. Como veremos, no es así.

19. Imputación de la garantía

La constitución de una hipoteca sobre un inmueble en garantía de una deuda no es un acto de naturaleza muy diferente a la de la aplicación del inmueble a su pago. La garantía real, y en particular la hipotecaria, vincula anticipadamente un inmueble a la satisfacción del crédito. Como destacó muy pronto la doctrina y jurisprudencia alemanas, la atribución *causa garantiae* y la adjudicación posterior *causa solvendi* tienen íntima relación y constituyen dos fases de un único proceso orientado, en último término, al mismo fin: el pago del crédito asegurado[40].

A la hora de elegir qué créditos, cuando hay varios, se «imputarán» a la hipoteca, deben jugar por tanto los mismos límites que vimos cuando examinamos la imputación de pagos.

La reserva de valor que la hipoteca de máximo produce no puede ser cedida al acreedor sin detallar su alcance. Esto es, no puede aplicarse a los créditos que

quiera el acreedor entre los potencialmente asegurados. Y no puede constituirse así, por cuanto, al igual que en la imputación (de pagos) ordinaria, también existe aquí entre propietario de la finca y acreedor una manifiesta contradicción de intereses.

Por tanto solo será admisible esa delegación si sus términos son claros. Es decir, si determina con precisión el orden de «imputación» de los créditos (supervivientes o sobrantes) a la garantía.

En conclusión, por las mismas razones examinadas en el caso de la imputación de pagos, debemos excluir aquí también la posibilidad de que pueda cederse genéricamente al acreedor la facultad de elegir qué créditos se incorporarán a la hipoteca cuando los adeudos que sobrevivan a la imputación de pagos superan la cifra de garantía con una importante salvedad. La imputación de «hipoteca» corresponde hacerla al propietario (si no fuese deudor). Solo él, por tanto, podrá cederla. Ya que solo él, y no el deudor, como titular de la finca, es el único que puede disponer del valor que «sobre», si fuese el caso de que llegase a realizarse la finca por impago de las deudas aseguradas.

En resumen, como titulares del posible «sobrante», los únicos que pueden «imputar» la hipoteca y por tanto ceder esa facultad al acreedor, son el propietario actual de la finca (en particular, el hipotecante no deudor, y el tercer poseedor que haya descuidado hacer el oportuno descuento o retención de la hipoteca[41] del precio de venta) y los acreedores hipotecarios posteriores. La causa de que debamos entenderlo así es que son ellos quienes realmente pagan y no les es indiferente, a la vista del derecho de subrogación que les concede el artículo 1210 del Código, la naturaleza de los créditos a que se impute la garantía, especialmente el que estuviesen o no asegurados a su vez con otras garantías[42]. Frente a un tercer poseedor, que no ha descontado la hipoteca, nada importa así que el acreedor obtenga o no la ratificación del deudor a su «imputación» de hipoteca: *res inter alios acta*.

A la inversa y por la misma razón, con arreglo al artículo 232 del Reglamento hipotecario, si se ha descontado o retenido la hipoteca del previo de compra, el sobrante que se produzca en caso de que el adeudo no cubra la cifra garantizada, sigue perteneciendo al deudor (vendedor) y no pasa al comprador (tercer poseedor). Deberá por tanto este último —en caso de que el importe del adeudo supere el máximo asegurado— pasar por la «imputación» de hipoteca que tenga por conveniente hacer el deudor o haga el acreedor a quién le haya sido cedida siempre que cumpla los términos del acuerdo[43].

III. TRANSFORMACIÓN DE LA HIPOTECA

1. Cuestiones previas

Analizado el problema de la selección de los créditos, corresponde pasar a ocuparse del importante asunto de la transformación de la hipoteca.

En concreto, debemos pronunciarnos, en primer lugar, sobre si, una vez determinados los créditos, la hipoteca flotante se transforma automáticamente en ordinaria; o, al contrario, si debe mediar acuerdo de las partes que expresamente lo disponga o al menos solicitud de una de ellas. Y, en segundo lugar, debemos pronunciarnos también sobre si la inscripción es requisito indispensable para la validez de la transformación.

2. Transformación forzosa

Por lo que al primer punto se refiere parece que la determinación de los créditos asegurados debería producir automáticamente la incorporación y, por tanto, transformación de la hipoteca flotante en ordinaria. Transformación que por lo demás parece venir exigida por razones institucionales, esto es, por razón de la naturaleza de la hipoteca flotante.

Así cabría deducirlo del hecho de que, como suele decirse, no sea admisible constituir hipoteca flotante en garantía de créditos que están perfectamente determinados. «Si un crédito está ya bien precisado, no puede constituirse a su favor ninguna hipoteca de máximo»; y esta bien precisado «cuando no le pueda disputar la hipoteca ningún otro crédito nacido o por nacer que pertenezca a la clase de los créditos garantizados genéricamente por aquella[44].

De ser las cosas así, una vez determinados los créditos que van a quedar asegurados, no podrían llevar vida independiente de la hipoteca por mucho que las partes deseasen mantener la posibilidad de negociarlos aisladamente. En Derecho alemán se mantiene por la doctrina sin fisuras que la determinación de créditos por sí sola no produce la transformación automática de la hipoteca de máximo en ordinaria ni permite exigirla a cualquiera de las partes.

La hipoteca de máximo "no se transforma automáticamente en una hipoteca de seguridad del tipo corriente, por la circunstancia de fijarse el crédito definitivamente y quedar excluido el nacimiento de nuevos créditos. Ninguno de los interesados tiene derecho a exigir semejante transformación. Por lo tanto cabe también en la hipoteca de máximo, ya fijada de este modo, cesión de crédito sin cesión de hipoteca (1190-4 BGB)"[45].

En nuestro Derecho la transformación forzosa, más todavía si se pretende automática, parece contrariar la finalidad que con estas hipotecas persiguen quienes las constituyen. La desvinculación entre créditos e hipoteca cumple ante todo una función práctica: si «se precisase poner en juego el pesado mecanismo hipotecario para transferir los créditos asegurados con esta clase de hipotecas, quedarían (estos) prácticamente fuera de comercio»[46].

Habitualmente los créditos asegurados son entre comerciantes y, es sabido, que en la práctica mercantil solo excepcionalmente, se recurre a la ejecución de la hipoteca. Mientras exista alguna posibilidad de recuperar pacíficamente

el montante del crédito, y su cesión o venta a terceros puede ser una manera de lograrlo, el acreedor rehuirá la ejecución judicial. La trasformación de la hipoteca de máximo en ordinaria ciertamente habilita, en caso de impago, la ejecución hipotecaria pero a costa siempre de restringir la movilidad (aislada o independiente) de cada uno de los créditos asegurados. Por tanto, las partes no estarán siempre interesadas en que se produzca la transformación.

a) Por una parte los acreedores no desean que se les cierre definitivamente la posibilidad de ceder los créditos sin hipoteca. La hipoteca refuerza el crédito pero lo hace a costa de su movilidad. Es sabido que la realización de un negocio provechoso pende en muchos casos de que pueda garantizarse la transmisión con la mayor celeridad de los activos negociados.

b) Los deudores, por su parte, no están interesados en facilitar la cesión hipotecaria (del crédito con la hipoteca). La firmeza de la posición procesal del cesionario del crédito hipotecario es bastante mayor que la del cedente. Ese refuerzo se hace a costa del propietario de la finca hipotecada. La cesión mejora la posición del acreedor en la misma medida que agrava la del propietario deudor (cfr. art. 144 de la L. Hipotecaria).

c) Por último, en los casos que nos vienen ocupando, la hipoteca suele recaer sobre bienes esenciales para el mantenimiento de la solvencia del deudor (empresario): la garantía suele recaer sobre los establecimientos en que el deudor desempeña las actividades que constituyen su fuente principal de ingresos[47]. Todo reforzamiento de la posición del acreedor se vuelve así muy peligrosa[48].

3. Derecho alemán

La determinación de los créditos, que van a quedar garantizados con la hipoteca, no produce automáticamente su incorporación a esta en nuestro Derecho.

En Derecho alemán la especificación de las obligaciones genéricamente aseguradas ni siquiera atribuye a las partes la facultad de exigir tal transformación. Se necesita siempre que medie un nuevo acuerdo. Solo, una vez se celebre este e inscriba en el Registro, se producirá la «incorporación» de los créditos a la garantía de modo que únicamente, desde entonces, se volverá totalmente imposible la cesión de créditos sin hipoteca.

La determinación de los créditos no es en aquel Derecho causa suficiente para exigir, o para que se produzca automáticamente, la transformación: se precisa siempre nuevo acuerdo entre las partes.

Hasta tal punto es independiente la determinación de la transformación que, si las partes lo quieren así, pueden forzarla aunque los créditos no estén perfectamente identificados[49]. Y, a la inversa, impedir la conversión de la hipoteca de máximo en ordinaria aunque las obligaciones estén perfectamente determinadas.

4. Derecho español

En Derecho español la solución es bastante más dudosa. ROCA-SASTRE, que se ocupó del asunto, opinaba que la determinación concede a las partes únicamente el derecho de exigir la transformación[50]. La determinación de los créditos impediría solo que pudiesen incorporarse a la hipoteca otros distintos de los ya identificados.

Es posible que, con posterioridad, siguiesen naciendo deudas con las características de las genéricamente aseguradas. En ese caso, si hubiese otras anteriores ya determinadas, las nuevas, aunque pertenezcan a la clase de las aseguradas, no podrían aspirar a ser garantizadas y quedarían descartadas.

Lo más práctico en este punto es estar a lo que las partes hayan convenido. Son frecuentes en esta clase de hipotecas dos tipos de pactos:

a) Es posible, en primer lugar, que hagan depender la incorporación de la determinación y por tanto se permita esta solo entre los créditos vencidos, *una vez se cumpla el plazo o condición que en el contrato se fije*. Transcurrido el plazo o cumplida la condición, cualquiera de las partes podrá exigir a las demás la conversión[51].

b) Es posible, en segundo lugar, que, a medida que las deudas vayan venciendo, vaya también naciendo el derecho de reclamar la incorporación. Los problemas que plantea esta segunda opción fueron analizadas en otro lugar[52].

5. Casos dudosos

Más dudosa es la respuesta a la pregunta de si, estando los créditos perfectamente determinados, podría condicionarse por las partes su efectiva vinculación al acuerdo de las partes interesadas. A favor de la contestación positiva cabe alegar que, aunque la deuda esté identificada, ningún precepto impone forzosamente la conversión[53].

Parece en consecuencia que en esos casos —salvo que se hubiese dispuesto otra cosa en el contrato— quedaría al arbitrio de las partes realizarla o no[54]. De entenderse así, para que se materialice la vinculación, sería necesario nuevo acuerdo y solo, adoptado este, pasarían los créditos a quedar vinculados a la hipoteca y por tanto, a partir de entonces, solo podrían ser cedidos con arreglo a las reglas del Derecho hipotecario. A esta construcción, sin embargo, cabe oponer argumentos de peso. De nuevo se hacen patentes aquí las diferencias que existen entre el Derecho alemán y el nuestro.

6. Causa de la transformación

En Derecho alemán sin transformación no hay vinculación entre créditos e hipoteca; y, sin inscripción, transformación; por tanto, sin acuerdo material y consentimiento de inscripción (ambos de naturaleza abstracta). La independencia que existe en aquel Derecho entre derechos y asientos es tan fuerte que incluso

es perfectamente posible que se inscriba como ordinaria una hipoteca de máximo y, a la inversa, que una ordinaria subsista como de hipoteca máximo en tanto no se preste el oportuno consentimiento de inscripción.

En nuestro Derecho rige exactamente la regla contraria: las partes no pueden producir a propósito una discordancia entre Registro y realidad. La acción de rectificación del asiento es inseparable del derecho (material) y, como es sabido, nace y muere con él. Quien renuncia a la rectificación, ya de forma expresa ya tácita, renuncia al derecho material. Nuestro sistema jurídico es causal y no abstracto[55]. Estamos, como se ve, ante respuestas distintas pero distintas precisamente porque los principios de los respectivos sistemas hipotecarios son también distintos. Un ejemplo ayudará a entender esta oposición.

En nuestro Derecho, determinado el crédito, se produce la incorporación aunque se demore el asiento de transformación. Por tanto el acreedor que lo cede a propósito separada e independientemente de la hipoteca, renuncia a la hipoteca que lo garantiza. Es posible la cesión de una de las obligaciones determinadas sin la hipoteca pero solo porque su cesión implica renuncia de la hipoteca, tal como pasaría si la hipoteca fuese ordinaria.

El hueco (de hipoteca) que la cesión de uno de los créditos deja vacante, y esto es lo decisivo, no permanece en modo alguno en poder del acreedor sino que pasa al titular de inferior rango (en último término, al propietario). Todo sobrante que se genere por razón de una hipoteca pasa a la siguiente por razón del principio de ascenso automático de puestos. Hemos analizado en el epígrafe anterior las excepciones que se producen en caso de que, al adquirir la finca, se hubiese realizado por el comprador descuento o retención de la hipoteca del precio de compra.

En Derecho alemán la situación es totalmente distinta. La cesión independiente de uno de los créditos no impide al acreedor rellenar, con el único límite de no sobrepasar el máximo garantizado, el «hueco» de hipoteca (dejado por el crédito cedido) con otros posteriores (o incluso anteriores) que pertenezcan a la clase de los genéricamente asegurados. Es más, y aquí está lo decisivo, aunque no puedan surgir nuevos créditos que pueden beneficiarse del «hueco» dejado por el crédito cedido, el sobrante de valor no pasa al tercero sino que sigue en «propiedad» del deudor hipotecante al que se atribuye como deuda inmobiliaria (*Grundschuld*). Por ello, al contrario de lo que pasa en Derecho español, la cesión independiente del crédito, aunque sea el caso de que haya un solo candidato a ocupar la hipoteca de máximo, no extingue esta. El montante del valor que queda libre por el «hueco» generado, subsiste por tanto pero, como vimos, en forma ahora de deuda inmobiliaria[56].

7. Naturaleza de la transformación

En nuestro Derecho, por tanto, determinados los créditos genéricamente asegurados, descartada por tanto la posibilidad de que surjan otros que pue-

dan aspirar a serlo en el futuro, deviene forzosa la transformación y por tanto cualquiera de las partes puede exigir por sí sola la práctica del asiento que la publicará.

En este punto la libertad de las partes es escasa y solo puede operar indirectamente. Pueden sí modular el tiempo (imponiendo plazos o condiciones) en que se debe producir la determinación pero nada más. Ahora bien, producida esta, la transformación es forzosa y por tanto exigible por cualquiera de ellas.

La incorporación no puede quedar nunca al libre arbitrio de acreedor y deudor, juntos o por separado. Ni siquiera la misma determinación de créditos. Como vimos, es necesario siempre cuando menos identificar las líneas generales o «maestras» de las obligaciones potencialmente aseguradas; líneas que permitirán en su día su identificación.

Solo pueden planificar y por tanto controlar el proceso de determinación, estableciendo que la determinación, y posterior incorporación, se produzca entre las obligaciones vivas en determinado momento (plazo) o cuando se cumpla una concreta condición. No podrán, en cambio, impedir que, una vez determinados los créditos, se produzca su incorporación y exigir un nuevo consentimiento para que pueda materializarse de modo efectivo o permanente la vinculación entre los créditos (una vez determinados) y la hipoteca a la que se les afectó[57].

8. Inscripción de la transformación

Determinados los créditos la transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria deviene forzosa. Firme y definitiva la determinación, por tanto, habrá automática incorporación.

La determinación, presupuesto de su conversión, no tiene sin embargo por qué producirse siempre de la misma forma. Puede pender de la aportación de prueba de que ocurrieron determinados hechos; o de que alguna de las partes realizó determinados actos o incluso de que medió un acuerdo entre todos los implicados, cuando siendo varios los créditos garantizados, la cifra del adeudo supera el importe asegurado.

En los casos en que para la determinación sea preciso un nuevo acuerdo de las partes, parecen algunos difuminar hasta hacer desparecer por completo la diferencia entre la hipoteca por deuda futura y la hipoteca de máximo[58].

No es correcto. Lo importante aquí no es la necesidad de que se precise o no nuevo consentimiento de las partes sino si la deuda está o no está incorporada definitivamente a la hipoteca. La distinción entre una y otra hipoteca persiste como lo demuestra el hecho de que, en la de deuda futura, lo que depende de la voluntad de las partes, es solo el nacimiento de la obligación, no la determinación de la que quedará asegurada. Por ello, una vez nacida, se

hace constar exclusivamente ese hecho pero no su incorporación a la hipoteca porque incorporada, en su condición de futura, lo estaba ya desde el principio.

Por el contrario en la hipoteca flotante la incorporación no se ha producido sino que pende de la identificación de las obligaciones aseguradas. La intervención (de una o ambas partes) se exige únicamente para la determinación de qué créditos serán seleccionados entre los genéricamente asegurados, paso previo necesario para su incorporación. Es por ello indiferente que, entre las genéricamente aseguradas, haya deudas de nacimiento futuro. Están garantizadas genéricamente, junto con las presentes, dentro del máximo y por tanto al contrario que en la hipoteca de deuda futura todavía no incorporadas a la garantía.

Solo si se comprende bien esta distinción puede entenderse por qué en muy escasa medida es susceptible de aplicación aquí, para hacer constar registralmente la transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria, el mecanismo que ha previsto el regulador, en el caso de hipoteca de deuda futura, para hacer constar registralmente el nacimiento de la obligación asegurada. Baste aquí con la mención de dos puntos.

Es discutible, en primer lugar, que, con arreglo al artículo 238 del Reglamento, sea apropiada la documentación privada para hacer constar registralmente la determinación de créditos y por tanto la transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria. Puede ser, como hemos visto, que esa determinación dependa de la prestación de nuevos consentimientos.

Tampoco parece muy acertado, para hacer constar en el registro la transformación, practicar un asiento de nota marginal. La nota marginal es apropiada, cuando el consentimiento sobre la forma de la determinación se haya prestado por anticipado y se hubiese subordinado su efectividad al cumplimiento de determinados hechos. No, cuando se trata de inscribir un verdadero acuerdo de voluntades; acuerdo por el que en algún caso se eligen, al tiempo que determinan, las obligaciones garantizadas.

9. Eficacia del asiento de transformación

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas —el valor que, en nuestro Derecho, haya que reconocer al asiento registral de transformación para la eficacia o validez de esta— solo un par de observaciones.

Poco aporta decir aquí que, al igual que pasa con la cesión, la inscripción (de la transformación) no es constitutiva. Estas afirmaciones son ciertas pero no aclaran mucho.

a) En nuestro Derecho, al contrario de lo que sucede en Derecho alemán, no es necesaria la inscripción, una vez determinado el crédito asegurado, para la validez de la cesión. En Derecho alemán inscrito el crédito pasa a regirse por

las normas de Derecho inmobiliario. Por la misma razón que no se vinculan crédito e hipoteca hasta que se inscribe la transformación, inscrita esta, carece de validez la cesión civil, separada, del crédito garantizado. La inscripción de la cesión pasa por tanto a ser constitutiva[59].

b) En nuestro Derecho las cosas no son así: la inscripción es condición de la oponibilidad de la transformación (como también de la cesión) frente a terceros. Nuestra jurisprudencia registral ya en 1925 destacó que, en el caso de la hipoteca flotante, no cabe cesión de crédito con hipoteca, si no se hizo constar previamente en el Registro la conversión, esto es, su incorporación. No serviría para conseguir ese efecto combinar, por un lado, una cesión por separado del crédito con, por otro, una cesión, también por separado, de la hipoteca ya que nada garantiza al cesionario que acabe asignándose el crédito cedido a la hipoteca trasmitida. En tanto no se produzca la incorporación, la hipoteca flotante, por decirlo así, no está «comprometida» con crédito alguno[60].

c) No es otra la razón por la que, para acceder al antiguo judicial sumario o al extrajudicial de ejecución hipotecaria, se exigía la extensión, con carácter previo, del asiento de transformación y de incorporación[61]. Si se prescinde de esta, que algunos llaman, sutileza, el deudor o el dueño de la finca ejecutada podría oponer al ejecutante los posibles vicios de la cesión (cfr. art. de 130 de la Ley). La cesión, en efecto, porque no está inscrita, no está protegida por el Registro (cfr. art. 38 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia no basta aquí, para decidir el valor que hay que reconocer al asiento que publica la transformación, con recurrir otra vez a la manida distinción entre partes y terceros y traer a cuento la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989 dictada en un caso de cesión. Por supuesto que los terceros pueden discutir la legalidad la transformación no inscrita. Pero poco adelantaríamos si nos quedásemos ahí. Perjudica también a las partes que de faltar el asiento no podrían servirse de la acción directa por el procedimiento hipotecario especial (art. 130 de la Ley).

Es más, prevalecería la cesión a un tercero civil de uno de los créditos asegurados, hecha después de la transformación pero antes de su inscripción. Así de ser el caso que no se haga constar la incorporación en el Registro, y entre tanto el acreedor cediese aisladamente el crédito civil o mercantil (sin hipoteca) a un tercero. El cesionario podría exigir el pago del deudor pues el crédito cuando lo adquirió no era todavía hipotecario frente a él al haberse omitido el asiento de incorporación. A no ser claro está que, antes de que se produzca el pago y después de inscrita la transformación, adquiera un tercero el crédito (ahora ya hipotecario, esto es, incorporado a la hipoteca) e inscriba la cesión[62].

Es de observar aquí, sin tratar de terciar en la enconada disputa sobre la eficacia de la cesión no inscrita, que la cesión de un crédito (civil) que después pasa a estar garantizado con hipoteca, no es oponible al acreedor hipotecario que

haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria para cobrar el crédito asegurado. Menos todavía si el ejecutante es el cesionario inscrito (art. 149.3 de la Ley).

No lo es en el procedimiento de ejecución directo. Las tercerías de mejor derecho están impedidas en este caso por el artículo 696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero tampoco es oponible en el ejecutivo hipotecario ordinario (cfr. art. 127 de la Ley Hipotecaria que, para que pueda prosperar en esos casos la tercería, exige sin excepción «título anteriormente inscrito» al que se ejecuta).

IV. PLAZOS

1. Dualidad de plazos

En este tipo de hipotecas es habitual encontrar al menos dos tipos de plazos de naturaleza distinta y función por tanto diferente. Por un lado las partes suelen fijar el día en que se incorporarán a la hipoteca los créditos concretos que, entre los genéricamente asegurados, al transformarse la flotante en ordinaria, van a quedar definitivamente garantizados.

Por otro lado las partes establecen también, porque así lo viene exigiendo la jurisprudencia, la fecha de vencimiento de la hipoteca. Fecha, esta, que no tiene por qué coincidir con la primera, ni tampoco con la de vencimiento de cada uno de los créditos asegurados.

En el primer caso, el plazo fija la fecha en la que deberán determinarse los créditos que van a quedar incorporados a la hipoteca y puede exigirse la transformación de la hipoteca flotante en ordinaria.

Los créditos nacidos a partir de esa fecha, por tanto, no pueden ya incorporarse a la hipoteca por lo que quedan en consecuencia definitiva y automáticamente descartados. La función de ese plazo es puramente hipotecaria. Establece un límite temporal: la indeterminación de la identidad de los créditos no puede durar indefinidamente. En consecuencia a partir de ese día no son posibles más incorporaciones aunque sigan naciendo créditos que pertenezcan a la clase de los asegurados.

Los terceros saben así a partir de qué momento es imposible que se incorporen nuevos créditos a la masa de los asegurados con hipoteca. Estamos por tanto ante un segundo límite (temporal) que, junto con el de la clase o género (material), delimita el adeudo global asegurado por la hipoteca. El conjunto de créditos garantizado viene en consecuencia definido por dos notas. En virtud de la primera solo quedan asegurados créditos que pertenezcan a determinada clase o género. En virtud de la segunda, de entre los comprendidos en esa clase, solo podrán serlo los nacidos entre determinadas fechas: cumplido el plazo, no se admiten más candidatos.

Precisamente porque, a partir de ese día, no pueden presentarse más pretendientes, podrán seleccionarse entre los nacidos cuales se incorporarán a la hipoteca.

a) Primero, procediendo tal como vimos, mediante la imputación de pagos, a una primera «criba» de la masa potencialmente asegurada.

b) Segundo, si su cuantía total supera el máximo asegurado, eligiendo entre los sobrevivientes los concretos créditos que serán beneficiarios definitivos de la garantía.

2. Necesidad de un segundo plazo

Con este (primer) plazo la hipoteca gana en precisión y cumple con el principio de determinación. Cuanto mejor delimitada esté la masa asegurada más fácil será la transmisión de fincas hipotecadas. La reducción de la incertidumbre sobre la naturaleza y composición del adeudo permitirá a los futuros adquirentes calcular mejor los riesgos a que se exponen cuando compran el inmueble.

No por ello quedan solventados todos los problemas. Una cosa es que esté bien definida la masa potencialmente asegurada y otra que lo esté la hipoteca. Hay que poner tope también a la duración de esta última.

En tanto no se incorporen los créditos a la hipoteca, no se puede saber el momento a partir del cual debe contarse el plazo de prescripción. Solo una vez se determinen los créditos, y conozca por tanto la fecha de vencimiento de cada uno, será posible saber el plazo (máximo) de duración de la hipoteca. Pero el momento de hacerlo puede retrasarse y la incertidumbre sobre la duración del gravamen dilatarse en el tiempo. No otra es la razón de que la jurisprudencia haya exigido la fijación de un segundo tope (aparte del *maximum* de responsabilidad). Un tope que no tiene por misión sino fijar otro máximo (hay así un doble máximo): en este caso el de duración de la hipoteca.

Se señala por ello habitualmente en este tipo de hipotecas un segundo plazo. La jurisprudencia hipotecaria exigía —también ahora el artículo 153 bis de la ley— que se determinase un término máximo, transcurrido el cual, la hipoteca se volvería exigible, con independencia del plazo a que pudiesen estar sujetas cada una de las obligaciones aseguradas.

3. Doble función

Lo habitual en la práctica, de todos modos, es que, en vez de esos dos plazos, se disponga uno solo que cumpla con las funciones de ambos. Esto es, que, una vez esté cumplido, impida por un lado la incorporación de nuevos créditos; y, por otro, vuelva la hipoteca ejecutiva.

Esta asignación al mismo plazo de ambas funciones es posible por la especial naturaleza de las operaciones aseguradas en estos casos; operaciones que dan origen a créditos por lo general de pronto vencimiento, esto es, exigibles transcurridos cortos periodos de tiempo. No se precisa aguardar mucho para saber qué créditos van a quedar incorporados a la hipoteca. Concluido un plazo prudencial pero corto, la hipoteca, al tiempo que se transforma en ordinaria, deviene ejecutiva.

4. Plazo máximo de vencimiento de la hipoteca

Se venía exigiendo por la jurisprudencia hipotecaria más antigua el señalamiento de un plazo a la propia hipoteca. En principio la hipoteca se vuelve ejecutiva cuando el o los créditos que asegura vencen. Pero en la hipoteca flotante se desconoce por anticipado los créditos que van a incorporarse a la hipoteca.

No es posible, por consiguiente, precisar con exactitud en el momento de su constitución, su plazo de duración ya que se desconoce qué créditos la hipoteca asegurará, por tanto, el plazo de estos y, en consecuencia, la fecha en que a más tardar (*dies a quo*) comenzará a contar la prescripción de la hipoteca. En esta razón justificó la jurisprudencia la necesidad de fijarle un plazo.

Las entidades financieras, en contra de sus prácticas comerciales[63], se han visto así obligadas a fijar un plazo de duración de la hipoteca que calculan en función del más largo que, estiman, puedan llegar a tener los créditos (muchos de nacimiento futuro) que esperan conceder al deudor. La importancia que tiene ese plazo se deduce de la función que desempeña.

El acreedor debe poner especial cuidado a la hora de fijar el plazo en que la hipoteca se vuelve ejecutiva. Basta con reparar en que, si se equivoca de no ajustarse la hipoteca al plazo de los créditos, no podrá luego rectificarse con facilidad. Sin consentimiento de los terceros (terceros poseedores e hipotecarios posteriores) no podrán las partes modificar el plazo para adaptarlo al de los créditos (ni acortarlo ni alargarlo)[64].

De ser superior al de los créditos, vencer el de estos antes, ser substancial la diferencia y corto el de prescripción de las obligaciones garantizadas, puede producirse el caso que la hipoteca devenga inútil. El acreedor, ante el riesgo de perder el crédito vencido, tiene dos opciones: o procede de inmediato a la ejecución de los créditos en vía ordinaria, o deberá periódicamente interrumpir su prescripción hasta que la hipoteca se vuelva realizable.

5. Plazos de vencimiento discordantes

No menor será el peligro si la fecha de vencimiento de los créditos asegurados es posterior a la de la hipoteca. Como la hipoteca es rigurosamente

accesoria, habrá problemas si el «traje» que la hipoteca ofrece a los créditos les viene corto. Caben dos salidas.

Una: reconocer eficacia novatoria a la hipoteca. De ser así, por la constitución de hipoteca, quedarán acortados los plazos de los créditos asegurados. El plazo de la hipoteca suplantará al de los créditos, lo que precipitará su vencimiento lo que desnaturalizará la función de la hipoteca.

En efecto, con este tipo de hipotecas las partes, en particular los Bancos, solo pretenden una superposición de garantía, pero superposición y novación son incompatibles entre sí. La razón de que sea así es muy fácil de entender: si se produjese novación, los acreedores perderían las otras garantías superpuestas que aseguraban los créditos. No cabe actuar aquí a la ligera. Al contrario deben extremarse las precauciones.

Si, al contrario, fuese superior el plazo señalado a la hipoteca que el de los créditos asegurados, podrá sostenerse que estamos ante una prórroga de plazo que, salve se pacte otra cosa, carece como tal de eficacia novatoria (al menos según la jurisprudencia mayoritaria y la nueva ley de subrogación aunque el asunto no es pacífico)[65]. Es recomendable por ello salvar expresamente en la escritura las dudas, sobre todo si se entiende que no cabe el ejercicio de la acción causal (por razón del crédito asegurado) en tanto no fracase la hipotecaria (art. 1170 del Código, por analogía, y art. 592.1 de la LEC).

De todas formas lo mejor sería autorizar, incorporando la oportuna cláusula al contrato, la ejecución de los créditos a medida que vayan venciendo disponiendo que la garantía pueda realizarse «por partes»: es decir, en la cantidad necesaria para cubrir cada una de las deudas que dejen de pagarse. En ese caso el plazo de la hipoteca fija solo un tope dentro del cual es posible proceder a la ejecución aislada (es decir, «anticipada») de los créditos asegurados.

De esta forma, a medida que vayan venciendo los créditos, se podrán ir ejecutando sin tener que esperar a que concluya el plazo «máximo» de la hipoteca. El «goteo» en el ejercicio de la acción hipotecaria que se autoriza así, no es posible darlo por bueno sin detenido análisis del «principio de indivisibilidad».

6. Prórroga hipotecaria

Queda por examinar que pasa en el caso de que el plazo fijado para la transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria (no el de duración de la hipoteca)[66], sea más largo que el de los créditos asegurados.

No es posible ejercitar la acción hipotecaria —y en consecuencia ejecutar la finca— en tanto no concluya el plazo para transformar la hipoteca (de máximo en ordinaria). La transformación es presupuesto de la ejecución ya que solo se ejecutan hipotecas ordinarias. Por tanto si alguna de las deudas se volviese exigible antes, impedida la transformación, no podría ejecutarse la hipoteca.

Por tanto la solución procedente en este caso es la opuesta a la del epígrafe anterior. Aquí, como no se produjo todavía la transformación, no existen verdaderos créditos hipotecarios. Cada crédito vive su propia vida por lo que puede intentarse sin más la ejecución ordinaria de cada uno.

En los casos de cuentas corriente meramente contables, que son las que están habitualmente detrás de las hipotecas flotantes, el Banco nada acredita, no concede crédito. Cada uno de los créditos mantiene su independencia y libertad, su «vida propia». Pueden por tanto ser cobrados o ejecutados extrahipotecariamente sin problemas.

Habrá por tanto tantas operaciones[67] distintas como créditos conceda el Banco a su cliente. Otro sería el caso si se hubiese pactado una apertura de crédito en cuenta corriente: entones la acreditación por Banco sería forzosa. Estaríamos ante el supuesto del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. De faltar la cuenta de crédito las deudas a medida que vayan venciendo serían directa e inmediatamente exigibles. Solo la tolerancia de la entidad financiera podría retrasar su ejecución[68].

Una cosa es, pues, que el crédito sea ejecutivo en vía hipotecaria y otra en vía ordinaria. Pero precisamente porque es así surge aquí un nuevo peligro: el de que se produzca una doble ejecución por razón de un mismo crédito. La exigibilidad en vía ordinaria de cada una de las obligaciones, pasen o no a estar cubiertas por la hipoteca, se decidirá con arreglo a los plazos, en su caso prórrogas, pactados en los contratos originales[69].

V. VENCIMIENTO

1. Crisis de solvencia

Los deudores, normalmente empresarios que se encuentran en dificultades, recurren a este tipo de hipotecas con la intención de reforzar la confianza de los acreedores, es decir, sus proveedores, también sus proveedores de crédito (que no deja de portarse aquí como cualquier otra mercancía) siempre que el suministro sea de importancia vital para la continuidad del negocio. La hipoteca flotante se revela así un instrumento óptimo para conseguir refinanciación barata por las empresas en crisis. Su utilidad en ese difícil trance está en la base del indiscutible éxito que tiene en el mercado financiero.

En estos casos la hipoteca refuerza la posición del proveedor de crédito frente a los demás, en general frente a los acreedores y en particular los trabajadores y consumidores de los productos que, previas las oportunas transformaciones, la empresa financiada oferta al mercado. Trato preferente necesario por cuanto, si faltasen los flujos periódicos de capital, no sería posible la producción.

Los que financian al empresario, háganlo directamente los proveedores o indirectamente entidades financieras, y por tanto proporcionan el crédito necesario para garantizar la producción, ocupa una posición equiparable en cierta medida a la de un acreedor refaccionario que, desde antiguo, ha merecido especial protección.

En realidad la posición privilegiada que la hipoteca proporciona al que con su crédito financia suministros, contribuyendo así a la continuidad de la empresa, solo podría ser discutida con fundamento por los trabajadores.

Hoy los créditos salariales prevalecen sobre los demás cuando los bienes sobre los que recae la garantía son las mercancías producidas por la empresa. Si fuesen otros diferentes (el establecimiento empresarial, la maquinaría u otros bienes de «capital») no deberían abrigarse dudas sobre la legitimidad del privilegio que concede la garantía hipotecaria al financiador[70].

El crédito empresarial no promueve el gasto suntuario o consuntivo sino el incremento de la riqueza y la oferta de trabajo. Si falla el suministro de materiales porque falta la financiación para conseguirlos, no habrá empresa ni trabajo. Por lo demás quienes financian a un interés justo asumen parte de los riesgos de la actividad empresarial[71].

2. La debilidad del deudor

Ahora bien, como las hipotecas flotantes suelen establecerse precisamente en favor de los proveedores de empresas en dificultades, es posible que la fragilidad de la posición contractual del deudor sea aprovechada por acreedores sin escrúpulos para reservarse poderes abusivos o desproporcionados.

No es nada fácil discriminar, en la maraña de cláusulas que suelen incorporar este tipo de hipotecas, cuáles deben permitirse y cuáles no[72].

En cuanto la solvencia del deudor muestra los primeros signos de agotamiento, los acreedores se vuelven cada vez más reacios a seguir concediendo crédito. Por esta razón suelen reservarse en este tipo de hipotecas el derecho de decidir si financiarán o no las operaciones futuras, y por tanto el de valorar caso por caso el riesgo que envuelve cada una de ellas. Cada operación genera así un crédito distinto lo que implica que habrá tantos como operaciones financiadas.

Es frecuente también, lo que es más grave, que, para el caso de que los sospechas (de insolvencia) se transformen en evidencias, impongan en el contrato esos mismos acreedores una serie de previsiones que les permitan poner a salvo rápida, a ser posible automáticamente, el grueso de sus créditos. La conciencia del riesgo asumido multiplica las cautelas que el financiador incorpora a los contratos para protegerse, como sea, en caso que aquel se materialice.

Es habitual así en este tipo de hipotecas (es decir, «flotantes», «ómnibus», «sumidero», «caución» o «propiamente de máximo») que el impago de cual-

quiera de los créditos precipite el vencimiento de todos los demás, la extinción de la relación comercial y la ejecución de la garantía; y que, para conseguirlo, autorice el contrato al acreedor para fijar por sí solo qué créditos en concreto, entre los genéricamente asegurados, se incorporarán a la hipoteca.

3. Vinculación del vencimiento de los créditos

Evidentemente tanto más crecerá el interés del acreedor en garantizar el retorno del capital cuanto más aumente el importe acreditado. Las alarmas se disparan sobre todo una vez la deuda alcance un volumen que se considere peligroso en la práctica comercial. Para protegerse contra el riesgo de impago, los acreedores suelen recurrir a diferentes fórmulas. Una, la más corriente, mencionada más arriba, consiste en vincular el vencimiento de los créditos asegurados.

En efecto es habitual que este tipo de hipotecas incluya una estipulación que disponga el vencimiento automático y simultáneo de todos los créditos en el momento que deje de pagarse uno cualquiera de ellos. Producido el impago, vencerán todos los créditos pendientes y se precipitará la transformación de la hipoteca en ordinaria a fin de proceder a su inmediata ejecución.

No es posible, sin embargo, ligar la suerte de los créditos asegurados sin que pierdan su independencia. Esto es, sin que la cuenta corriente que los organiza, aparentemente «contable», tenga «eficacia novatoria». En efecto, o se mantiene la separación de los créditos asegurados, y por tanto el carácter «meramente» contable de la cuenta corriente; en cuyo caso no cabe vincular la suerte de todos, haciéndolos de esta forma dependientes unos de otros; o se liga su vencimiento, y entonces la cuenta cobrará fuerza novatoria y los créditos contabilizados perderán las garantías particulares de que gozase cada uno. Lo que no cabe, sin incurrir en contradicción, es perseguir ambas cosas a la vez.

Los créditos, aunque estén garantizados con una misma hipoteca, precisamente porque son independientes entre sí, conservan sus propias garantías. Ahora bien solo en tanto lo sean por lo que dejarán de serlo si la falta de pago de uno de ellos produce el vencimiento de los demás. Un pacto, por cierto, que, en cuanto entre en acción, tendrá efectos perjudiciales para el deudor y de rebote para todos sus acreedores ya que agrava su crisis de solvencia.

Sin duda, en el caso de apertura de crédito en cuenta corriente, o de un contrato mercantil de cuenta corriente, la falta de pago en las fechas pactadas de todo o parte del saldo —el único crédito que existe— precipita la ejecución de la hipoteca por todo el adeudo. Pero en esos casos, no existe más que un solo crédito[73].

Mención especial merece aquí otro expediente, bastante más sutil, usado con frecuencia por los bancos para conseguir el mismo resultado. La fórmula

es extremadamente simple. Sujetan las deudas aseguradas a cortos plazos de duración y, una vez vencidas, se reservan la facultad de prorrogarlas a voluntad por lapsos de tiempo muy cortos. En resumen, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria (hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito), conceden crédito a sus clientes por periodos muy cortos que se entienden renovados automáticamente si, al cumplirse cada uno de ellos, el Banco no denuncia (a veces cualquiera de las partes para respetar el principio de igualdad) la relación comercial[74].

4. Incorporación gradual de los créditos

Para proteger sus intereses los acreedores actúan en muchos casos no sobre el plazo de los créditos o disponiendo causas de vencimiento anticipado sino sobre el plazo o causas que precipitan la transformación de la hipoteca.

a) Una primera posibilidad es que se disponga la transformación parcial de la hipoteca en la cuantía necesaria para cubrir los impagos, es decir, a medida que vayan venciendo cada uno de los créditos genéricamente asegurados. No se vinculan de golpe todos los créditos a la garantía sino poco a poco de modo que la hipoteca flotante se irá transformando en ordinaria por «trozos», esto es, a medida que van incorporándose los créditos.

b) Otra posibilidad es dejar en manos del acreedor la decisión sobre el momento en que se producirá la transformación. En este caso lo habitual es que se incorporen a la hipoteca cuando aquel decida ejecutar cualquiera de ellos. En este caso la hipoteca se transforma en ordinaria como a «saltos» o en cascada, en una especie de «goteo» que permite ir extrayendo de la hipoteca «matriz», mientras alcance su importe, la parte de garantía necesaria para cubrir los créditos que se pretende cobrar. En la cantidad restante subsistirá la hipoteca en su forma primitiva (de máximo).

El único límite que habría que respetar aquí, de concederse plena libertad al acreedor para proceder a la transformación a su gusto, sería el de que se reconozca idéntica facultad al deudor. Es decir, que en caso de impago de uno cualquiera de los créditos genéricamente garantizados, pueda asimismo el deudor exigir la incorporación del débito impagado a la hipoteca para imponer por esta vía su ejecución hipotecaria preferente e impedir que se recurra en primer lugar a la ejecución ordinaria.

El deudor está interesado en forzar la transformación porque, una vez producida la incorporación (parcial), el acreedor deberá proceder, primero, a la ejecución de la hipoteca. En tanto no se ejercite sin éxito la acción hipotecaria, la ordinaria por el crédito asegurado queda en suspenso (beneficio de excusión real)[75].

5. La incorporación total

Queda solo antes de terminar aludir a los pactos que, en el caso de incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones aseguradas, precipitan la determinación de los créditos asegurados hasta entonces solo genéricamente identificados, y con ello la transformación de la hipoteca en ordinaria.

No hay que confundir las causas que anticipan el vencimiento del plazo de transformación de la hipoteca con las que anticipan el vencimiento de los créditos asegurados. Una cosa, en efecto, es que, por falta de pago de cualquiera de los adeudos, se ciegue la posibilidad de que nazcan nuevos "pretendientes" y se anticipe la incorporación de los ya existentes a la hipoteca; y otra muy distinta que, con ese motivo, con independencia de que hayan sido o no incorporados a la garantía, se produzca automáticamente el vencimiento de todos. Esta posibilidad, como vimos, es factible pero produce forzosamente la novación de los créditos asegurados.

NOTAS

[1] Sobre la práctica financiera, GARRIGUES, *Contratos bancarios* (Madrid, 1975) pp. 318 y sigs.: «independientemente de las concretas operaciones de préstamo y apertura de crédito (…) suelen los bancos exigir a sus clientes que afecten los valores, que tengan depositados en el Banco, a las resultas de todas las operaciones de que pueda resultar un crédito a favor del Banco. (…) Los títulos depositados o que puedan estar depositados a su nombre (el del cliente) (…) quedan afectos a satisfacer las cantidades que, de ahora en adelante, resulte deber, cualquiera que sea el concepto de que procedan»: prenda en garantía de «obligaciones futuras y, por tanto, indeterminadas en la fecha en que se afecta el depósito de valores a la garantía de (otras) operaciones, entre el Banco y el depositante». Supuesto semejante es el que el uso bancario llama «depósito en garantía de operaciones»: «El cliente entrega al Banco, para que lo conserve un resguardo de depósito reseñado en la póliza, a fin de que los valores que representa ese resguardo (…) garanticen hasta la suma máxima que se indica, las operaciones que actualmente y hasta la cifra máxima que se indica, las operaciones que actualmente o en lo sucesivo tenga dicho cliente pendientes con el Banco (…) Se trata, una vez más, de una garantía prendaria por obligaciones futuras e indeterminadas». Estamos precisamente ante el tipo de operaciones que la Dirección últimamente prohibía garantizar con hipoteca de máximo: es claro el trastorno que semejante prohibición debió ocasionar al negocio bancario. Cfr. artículo 9 de la Ley de *garantíes possessories sobre cosa moble de* 29 de noviembre de 1991 de Cataluña: *la penyora pot garantir diverses obligacions ja contretes, o a contreure en forma simultània o succesiva entre el mateix deutor i el mateix creditor, per un període de temps»*. Hoy la prenda *omnibus* está regulada en el artículo 569.14.2 del Libro 5 del Código Civil de Cataluña. Conviene no olvidar que prenda e hipoteca están sometidas del mismo modo, por igual, al principio de determinación: cmpr. artículo 1861 del Código Civil.

[2] VALERO, Estudios sobre la hipoteca de máximo del artículo 153bis de la Ley Hipotecaria (2011); GÓMEZ-GALLIGO, Hipoteca de máximo y otras formas de flexibilización del mercado hipotecario en *Anales* (Centro para la investigación y el desarrollo del derecho registral e inmobiliario y mercantil) 2005-2008 (2008) 315 y sigs.; PARDO, resolución de 11 de enero de 1995. Hipoteca de máximo en garantía de obligaciones actuales y futuras en *RCDI* 638 (1997) 188 y sigs.

[2bis] 1190 del *BGB*: Una hipoteca puede ser constituida de forma que solo sea determinada la suma máxima (…) y en lo demás quede pendiente la fijación del crédito. (…) El crédito puede ser trasmitido según las disposiciones generales existentes para la transmisión de créditos. Si es transmitido según esas disposiciones, está excluida la cesión de la hipoteca. *Vid*. MELON, *Código Civil alemán* en ENNECERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*. *Apéndice* (Madrid, 1955) p. 248. Esta exclusión identifica la característica esencial de la hipoteca de máximo (llamada por la resolución del 17 «propiamente de máximo»): independencia entre crédito e hipoteca. Cfr. LENT-SCHWAB, *Sachenrecht*. *17*. *Auflage* (München, 1979) p. 258. Rigen principios especiales en cuanto a la transmisión de crédito e hipoteca, para potenciar su flexibilidad: requisito imprescindible para que esta forma hipotecaria sea útil al negocio comercial y empresarial. WOLFF, *Derecho de Cosas* 2 (Barcelona 1971) p. 371 observa que mientras dure la relación de negocios, el acreedor puede ceder «un crédito aislado del conjunto de créditos creado por la relación de negocios. Por ello la ley permite la cesión del crédito, sin transferencia conjunta de la hipoteca: la cesión tiene entonces lugar según los principios generales del Derecho de obligaciones». En el negocio de cesión debe expresamente disponerse este efecto.

[3] El uso bancario desconoce la llamada cuenta corriente de crédito o cuenta corriente mercantil en que hay recíproca concesión de crédito. En la cuenta corriente bancaria, la concesión de crédito, cuando existe, es unilateral, «ya que si la cuenta corriente nace del depósito, es solo el depositante quién concede crédito al Banco y, si de una apertura de crédito, es solo el Banco quien concede crédito al cliente (…)»: GARRIGUES, *cit*., pp. 118 y sigs.

[4] La afirmación es de GONZÁLEZ, Hipoteca de seguridad en *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil* (Madrid, 1948) p. 107. Probablemente la Jurisprudencia fue demasiado lejos cuando admitió «que, dentro de los indispensables límites del derecho real, el valor garantizado pueda sujetarse en su determinación a fórmulas sencillas o a reglas complicadas o hasta desconocidas para terceros» (resoluciones de 21 de marzo de 1917; 28 de febrero de 1928 y 30 de abril de 1934).

[5] Sobre el principio de determinación, su función y la distinción entre «interpretación» e «integración» del contrato: PARDO, *cit*., 217 y sigs. Para la distinción entre integración e interpretación, LARENZ, *Derecho de Obligaciones* 1 (Madrid, 1958) pp. 112 y 144, núm. 1: *vid*. nota 13.

[6] Según cuales sean «los elementos conocidos» de los créditos la doctrina clasifica las hipotecas de máximo en varios grupos. En el primero incluye las hipotecas en que el acreedor es conocido y la deuda determinada pero se ignora su importe (art. 153 de la Ley Hipotecaria). En el segundo, las obligaciones, líquidas y determinadas, carecen de titular conocido. En el tercero, «el acreedor está perfectamente individualizado, pero el crédito se halla en embrión, mejor dicho, constituye una mera posibilidad: hipoteca de *maximum* propiamente dicha» (cfr. art. 153 bis). En esta «las deudas pueden nacer y morir independientemente o entrar en el juego de una cuenta corriente»: GONZÁLEZ, *cit*., pp. 107-108. Otras clasificaciones en ROCA, *Derecho Hipotecario* 4.2 (Barcelona 1979) pp. 793-794 que sigue a J. González.

[7] La existencia de deuda presente no es obstáculo para la constitución de la «hipoteca propiamente de máximo»: GONZÁLEZ, *cit*., p. 105. Deuda presente ya en las RR de 21 de marzo de 1917 y 16 de junio de 1936. En la primera (considerando 5) se mezclan letras con cuentas de contenido indeterminado. El riesgo de que las letras se ejecuten varias veces, una utilizando como título ejecutivo los efectos y otra integrados en los saldos de las cuentas garantizadas, impide su acceso al sumario hipotecario. En la segunda, se garantizaban «letras de cambio y cheques, descuento de los mismos y otros similares». La existencia de deuda presente resulta del primer considerando de la resolución 4 de julio de 1984 que admite se garanticen junto con otras futuras por una misma hipoteca. Solo manda que, «tratándose del derecho real de hipoteca, dado el carácter accesorio del crédito», se expresen «circunstanciadamente las obligaciones garantizadas»; regla que se extiende a los créditos ya existentes por lo que no basta con decir que se entienden comprendidas las «diversas operaciones crediticias» que existen «en la actualidad». Hay que describirlas pormenorizadamente. Sobre la coexistencia

de deuda presente y futura en Derecho alemán, cfr. LENT-SCHWAB, *Sachenrecht cit*. p. 258; y BAUR, *Lehrbuch des Sachenrecht.11 Auflage* (München 1981) p. 388.

[8] Rechaza la constitución de una hipoteca flotante en garantía de deuda presente y futura la resolución de 27 de diciembre de 1987. Después de calificar la hipoteca de máximo como variante de la de obligación futura, observa que, en el caso, «uno (de los créditos) no era futuro sino presente»; motivo que en cambio no merecerá especial atención de la resolución de 26 de noviembre de 1990 en que la hipoteca garantizaba «obligaciones ya existentes, vencidas o no, y las futuras que resulten en el plazo de unos meses». Otro sería el caso si (toda) la deuda potencialmente asegurada no llega a cubrir la cifra hipotecaria (no es suficiente para «rellenar» la cantidad que la hipoteca asegura). De ser así no hay duda sobre los créditos que están garantizados. Todos estarían *de facto* cubiertos por la garantía.

[9] Debe tenerse por identificada la deuda cuando no hay posibilidad de que otra pueda disputarle —en su caso privarle— de la condición de garantizada. Esto es, no pueda excluírsela de la hipoteca: WOLFF, *cit*., 2 p. 372.

[10] No cabe, en efecto, tener por verdaderamente «presente» (sino que, por decirlo así, es «futura») la que, aun estando perfectamente determinada, puede ser excluida de la hipoteca sea imputando a su pago las entregas que vaya efectuando el deudor, sea compensándola con créditos que tenga este contra su acreedor, sea porque la masa potencialmente asegurada supera la cifra de garantía por lo que habrá que descartar algunos créditos. La presente no tiene más posibilidades que la futura de ser incorporada a la hipoteca.

[11] No hay compensación cuando el deudor reintegra los fondos mediante ingresos en metálico. En este caso hay solo pagos en efectivo y queda por decidir únicamente a qué créditos del Banco, se imputarán los abonos. Tampoco hay compensación cuando el deudor transfiere al Banco papel para descontarlo: el abono en cuenta por razón del descuento será definitivo solo si se paga el efecto a su vencimiento. Esto es, a falta de pacto no hay *datio in solutum:* la relación causal subyacente sigue viva pero en suspenso. La cesión de los efectos se presume *pro solvendo* y no *pro soluto* (cfr. art. 1170 del Código): PARDO, *Hipoteca de máximo y letras de cambio* (Madrid 2008) pp. 38 y sigs. *Vid*. sobre el 1170.2: PAZ-ARES, «Comentario al 1170» en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil 2*(1991) 200 y sigs. *cit*., p. Se habla de aquí compensación para destacar que la imputación de los abonos a los créditos, es automática e instantánea (no en fechas fijas). Según GARRIGUES, *Contratos cit*. p. 120, núm. 6 con remisión a doctrina italiana y el artículo 1852 del *Codice*: «la disponibilidad de las cifras acreditadas implica para el cliente cuenta correntista el derecho correlativo al posible pago y restitución de las sumas acreditadas, sin obligación de esperar al vencimiento del contrato; y que el derecho de disposición del cliente sobre las sumas acreditadas no puede ser turbado ni obstaculizado por el Banco».

[12] Para los efectos de la nota marginal que en el caso de la hipoteca de máximo publica no solo qué créditos existen sino cuales se incorporan a la hipoteca: *vid*. PARDO, *cit*., p. 198: en particular la resolución 5 de febrero de 1925 (*ibídem*, p. 204, núm. 13). No caben, para la práctica del asiento de determinación e incorporación de créditos a la hipoteca, consentimientos presuntos: nota 14.

[13] Para la diferencia entre interpretación e integración, LARENZ, Derecho *cit*. pp. 112 y 144, núm. 1. «no se trata (…) como en el caso del amparo judicial (…) de una operación de configuración jurídica llevada a cabo por el juez sino del conocimientos de lo ya vigente; la consecuencia jurídica no se crea por el juez, sino que se alcanza en virtud de reflexiones que parten de supuestos de carácter objetivo, que en este punto, igual que en la cuestión de hecho enjuiciada, ha de ser fundada». En cambio «la determinación hecha por el juez (…) conforme a la equidad, no es solo interpretación del contrato (…) sino complemento de su contenido por medio de configuración judicial (…): la sentencia (…) (será) constitutiva».

[14] Para extender la nota marginal del artículo 238 del Reglamento se precisa «solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el registrador (…). Si alguno de los interesados se negare a firmar o a ratificar dicha solicitud, podrá el otro demandarle en juicio ordinario (…)». En todo caso sería prematuro concluir que «interesados» son solo acreedor y deudor

(«ambos»). Para la defensa de que los terceros están también interesados *vid*. notas 16, 28, 32, 36 y 37. Sobre la posición del Derecho alemán *vid*. nota 15. Sobre la imposibilidad de proceder a una sustitución de créditos en perjuicio de tercero y el concepto de «perjuicio»: *vid*. PARDO, *La sustitución de créditos hipotecarios* en *La Ley* 15 (1994)1. Novación y perjuicio no tienen por qué ir siempre ligados; puede haber novaciones que no causen perjuicio al deudor (agraven su posición) y modificaciones que sí lo hagan. También PARDO, Hipoteca de máximo *cit*., pp. 161 y sigs.

[15] Envuelve un cierto margen de discreción la decisión de que determinados individuos forman parte de un grupo, clase (o género): no estamos ante un juicio revisable (por tanto propiamente jurídico). Debe aplicarse aquí por analogía el régimen de las obligaciones genéricas. El deudor elige y cumple si escoge deudas (lo que supone que están identificadas) de la especie y calidad medias (compr. art. 875.3 del Código Civil). El acreedor solo podría rechazar la elección, si las seleccionadas carecen de esas características. La elección unilateral del deudor no puede acceder al Registro (cfr. nota anterior para la necesidad del consentimiento de los interesados). Sobre la concentración o concreción de la obligación genérica y su irrevocabilidad, hecha la elección: LARENZ, *cit*., 1 pp. 161 y sigs. Para la determinación de créditos en Derecho alemán cfr. BAUR, *cit*., p. 390: «*Die Ferststellung wird regelmässig durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schulldner* (…) *erfolgen, im Streitfall durch Urteil*». Respecto a la reserva por los acreedores de la facultad de determinar los créditos y su legalidad NUSSBAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán* (Madrid 1929). Sobre la intervención de terceros BAUER, *cit*., p. 390. La norma registral (art. 238 del reglamento) parece contentarse para la práctica del asiento con la intervención de acreedor y deudor pero los intereses en juego son en el presente caso distintos: nota 14 y 22bis.

[16] Para la equiparación del tercer poseedor a un fiador, en nuestro Derecho ROCA, *Derecho cit*., 42 p. 1076 que sigue a MORELL, *Comentarios a la legislación hipotecaria* 4, (Madrid, 1925) p. 66. No hay duda de que de beneficiarle el pago que resulta de su correcta imputación, el fiador podrá hacerla valer. Como dice el artículo 1859 del *Codice* el tercer poseedor «puede alegar todas las excepciones no opuestas por el deudor». En nuestro derecho, según el 1853, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda. Por lo demás, si, según el 1197 el fiador puede oponer la compensación sino no lo hace el deudor y, según el 1201, la facultad de compensar envuelve la de imputar, el fiador (y en consecuencia el tercer poseedor) debería poder imputar los pagos del deudor (y no solo en caso de compensación) sino lo hizo este y controlar el ejercicio de la facultad de imputar cedida al acreedor por el deudor. El parágrafo 1137 del *BGB* insiste: «las excepciones que correspondan al deudor personal contra el crédito así como las que según el parágrafo 770 competan a un fiador»: LENT Y SCHWAB, *Sachenrecht cit*., p. 224 y HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*. *2*. *Derecho reales* (Madrid, 1955) pp. 429-431. Para las excepciones de fraude, enriquecimiento injusto o abuso de derecho, WOLFF Derecho *cit*., p. 267: «el propietario (…) tiene (a) todas las excepciones (parar oponerlas a la hipoteca) que el deudor personal ostenta contra el crédito hipotecario (…). Si el propietario no es al propio tiempo deudor, no pierde la excepción por la renuncia que de ella haga el deudor (parágrafo 1137 del *BGB*) (…). En consecuencia el propietario de la finca tiene, con referencia a las excepciones mencionadas, los mismos derechos que un fiador de deuda propia (…). Ejemplos de excepciones perentorias: la excepción de enriquecimiento (…); la de fraude (parágrafo 858) (…)»; (b) la excepción dilatoria de compensación cuando tiene un derecho a compensar; (c) finalmente las excepciones personales que tenga el propietario contra el acreedor. Es discutible si sería posible el ejercicio de todas estas excepciones en el estrecho cauce de nuestro juicio ejecutivo». Las «excepciones causales» son ilimitadamente oponibles entre partes, si el cauce procesal a través del cual se deduce la pretensión hipotecaria es el juicio declarativo o el ejecutivo (ordinario). Así cabía deducirlo de la interpretación dominante de los artículos 1464 y 1467-1 de la antigua Ley de Enjuiciamiento. Es además, el criterio que hoy, cabe pensar, mantiene el legislador: cfr. artículo 67.1 de la Ley Cambiaria (excepciones basadas en las relaciones personales) que potenció en su día la interpretación aperturista del

artículo 1467.1 de la vieja LEC. Sobre las consecuencias de ese aperturismo, SERRA, Juicio ejecutivo en *Estudios de Derecho procesal* (Barcelona, 1969) pp. 536-537. La doctrina, en todo caso, defendía ese resultado. Las excepciones causales, que no eran directamente esgrimibles, podían hacerse valer buscando la cobertura de la excepción de compensación o de la *exceptio doli generalis:* no cabe reclamar lo que se está obligado a pagar. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil* 2 (Madrid, 1955) p. 240, núm. 49. Cfr. ahora artículos 556 y siguientes de la nueva LEC. También CARRASCO, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía* (Madrid, 1992) pp. 209 y sigs. Cosa distinta sucede si el ejecutante no es el acreedor sino el cesionario del crédito (hipotecario): este parece gozar de la limitación de excepciones que impone el artículo 144 de la L. hipotecaria pero su alcance es muy discutido. La polémica sobre el alcance de este precepto se ha redoblado con la última reforma.

[17] Sobre la distinción, que fundamenta el razonamiento del texto, entre la facultad de imputar (que puede corresponder al deudor o, veremos con qué alcance, al acreedor) y el control del ejercicio de esa facultad: R. BERCOVITZ, *La imputación de pagos* (Madrid, 1973) p. 136.

[18] Es de advertir que la imputación, como el pago, una vez hechos, son irrevocables. Es así porque la imputación produce pago y este es irrevocable. «Lo que es especialmente importante para los terceros (…). Una vez realizado el pago la obligación se extingue irrevocablemente. Las partes podrán acordar la constitución de una obligación idéntica a la anterior, pero no podrán resucitar la anterior ya extinguida. De ahí que la nueva obligación no goce de la antigüedad ni de las mismas garantías tanto reales como personales, que la anterior ya pagada»: BERCOVITZ, *cit*., pp. 30 y 79.

[19] El Código Civil parte de la idea de que los pagos han de imputarse a deudas vencidas: arg. artículo 1174. En principio, por tanto, si el acreedor en uso de los poderes concedidos por el deudor intenta imputar pagos a deudas no vencidas, los terceros podrán oponerse. A nuestro juicio —cfr. BERCOVITZ, *cit*., pp. 108 y 126— el acreedor no podrá alegar aceptación de la imputación por parte del deudor; incluso aunque la conducta del deudor (aceptación tácita) o los hechos que producen la presunta, se ajusten a lo previsto en el pacto por el que se cedió al acreedor la facultad de imputar: la deuda todavía no vencida no es exigible (art. 1125 del Código Civil). A falta de un acto de imputación, realizado por el mismo deudor, no cabe presumir (por el hecho de la cesión del deudor al acreedor de la facultad de imputar) el derecho a exigir pagos anticipados: se precisa prueba de que el deudor había renunciado (antes) al plazo o de que concedió al acreedor poder concreto para hacerlo. La cesión de la facultad de imputar no implica la de anticipar pagos. Por lo demás, dada la contradicción de intereses que existe entre acreedor y deudor, la concesión de la facultad de anticipar pagos, como la de imputar, debe ser especial y expresa. *Vid*. más adelante en el texto. La renuncia al plazo puede perjudicar al tercer poseedor o hipotecante no deudor porque permite que impute el acreedor los pagos a deudas pendientes menos gravosas. Sobre la renuncia en perjuicio de tercero que para ser anulada no precisa prueba de la intención de dañar sino solo de daño efectivo (art. 6.2 del Código Civil). *Vid*., por todos, DÍEZ-PICAZO, Lecciones, *cit*., 1 p. 316.

[20] Para la problemática de la posible imputación a deudas ilíquidas cfr. BERCOVITZ, *cit*., pp. 100 y sigs.

[21] BERCOVITZ, *cit*., pp. 186 y sigs., para el carácter recepticio de la declaración de imputación del acreedor. «El deudor podrá entonces aceptar o rechazar libremente la propuesta del acreedor o realizar una segunda imputación (…). Es claro que el deudor tiene en todo caso la última palabra».

[22] *Ibidem*, *cit*., p. 145: «Cierto que el acreedor puede presionar esa voluntad con una serie de medidas legales (en especial, con la amenaza de prescindir totalmente de ella, acudiendo al juez y obteniendo un pago forzoso) y por ello precisamente el crédito es un derecho relativo pero lo que no puede hacer en ningún caso el acreedor es forzar directamente la voluntad del deudor o prescindir de ella. Esto supondría transformar el crédito de derecho relativo en absoluto. Para actuar directamente sobre la voluntad del deudor el acreedor tiene que superar la etapa del pago voluntario y acudir a la ejecución forzosa (…) lo que precisa la mediación del poder judicial».

[22bis] El deudor, después que haya vendido la finca, tiene muy poco interés en que los pagos que efectúe se imputen a las deudas aseguradas con la hipoteca. Una vez el inmueble hipotecado pasa a manos de un tercero, las deudas garantizadas con hipoteca recaen verdaderamente sobre el nuevo propietario. Tendrá en cambio interés en que los pagos se apliquen a deudas exclusivamente suyas, esto es, a las no garantizadas con hipoteca. De ahí lo fácil que resulta la connivencia entre acreedor y deudor en perjuicio del tercer poseedor.

[23] En la práctica el tercer poseedor no suele resultar perjudicado, porque la hipoteca suele descontarse del precio de compra. Lo estará, en cambio, si la transmisión de la finca se produjo a título gratuito o mediante venta en que el comprador no hizo descuento o retención. Si el donante deudor paga con su dinero, nada puede alegar el tercero, aunque se impute a deudas menos onerosas que las garantizadas con hipoteca. El deudor, con sus bienes paga a quién quiere y el donatario de finca hipotecada, que por hipótesis no desembolsó precio alguno, nada puede decir en este caso. Otra cosa procede en el caso de venta sin retención o descuento. Si no aplica el vendedor el precio recibido al levantamiento de la hipoteca, tampoco podrá el comprador impugnar la imputación. No basta probar que el deudor incumplió, caso existir, el mandato de pago. El pago una vez hecho es irrevocable y el comprador podrá dirigirse contra el vendedor (deudor) pero no el acreedor. Para que la impugnación triunfe, se precisa que el comprador disponga de acción (o excepción) directa contra el acreedor lo que exige probar complicidad del acreedor en el propósito de dañar al comprador. Para los contratos en daño de tercero, GULLÓN, En torno a los contratos en daño de tercero en *RDN* (1959). Para el dolo nota 23 y 34. En este caso el comprador impugnaría la imputación, no el pago. Podría también intentar probar el comprador que concurren los requisitos para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude. Así si el comprador que adelanta todo el precio, demuestra que no tiene otro modo de recuperar del deudor insolvente la parte del precio que, por no haber hecho retención o descuento de la hipoteca, adelantó al deudor (vendedor). No basta la prueba de que la imputación realizada fue perjudicial para el deudor porque se hizo sobre las deudas menos onerosas (v.g. las de plazos más largos, intereses menos elevados, etc.). La garantizada con la hipoteca por ese solo hecho no se vuelve forzosamente la más onerosa: *vid*. 29 y 31. Por lo demás, si la deuda pagada está vencida, aunque estuviesen pendientes otras más onerosas, no cabe apreciar gratuidad: arg. 1292 del Código Civil. Habrá en su caso liberalidad, no gratuidad. Por último para los requisitos de la *pauliana* y la hipertrofia del requisito del *consilium fraudis:* ORDUÑA, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción*. (Barcelona, 1992) pp. 61 y sigs. La insistencia en la exigencia de *consilium* en el acreedor haría perder casi todo interés frente a la *actio doli*. Ciertamente, al contrario que esta, la rescisoria por fraude tiene eficacia recuperatoria, pero es de ejercicio subsidiario.

[24] BERCOVITZ, *cit*., pp. 145 y sigs.: «Otra postura lleva a la destrucción de la libertad y absoluta voluntariedad que debe imperar en el pago (…) de acuerdo con la esencia misma de la obligación. El deudor es en principio libre para realizar el pago, luego para imputar la prestación de pago que desee».

[25] Cfr. PEÑA, Facultad de compensar y encargo de custodia, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico Castro* (Madrid, 1976) pp. 449 y sigs. Cfr. resolución de 26 de noviembre de 1990: «la atribución de la determinación (de los créditos) a una sola de las partes con efectos hipotecarios (…) infringe (…) la necesaria determinación del objeto del contrato (cmpr. art. 1273 del Código)». Cfr. ahora para el poder general, las SSTS de 26 de noviembre de 2010 y 6 de noviembre de 2013.

[26] La facultad de imputación se entiende concedido de modo irrevocable al acreedor, cuando integra como una estipulación más otro contrato anterior, de modo que no es posible revocar la cesión sin incumplir el negocio principal. La aceptación por el deudor de la imputación del acreedor constituiría así un acto debido. Sobre poder irrevocable M. CÁMARA, Revocación del mandato y el poder en *AAMN* 4 (1948) 555. La revocación separada (aislada) de la facultad de imputar concedida, es imposible si se prueba que fue onerosa, es decir, si se prueba que

su inclusión fue una de las causas que influyó en las condiciones del préstamo. Y se entiende así, si hubo «contextualidad», esto es, si constituye una de las estipulaciones correspectivas del contrato de préstamo (naturaleza onerosa de la cesión). En todo caso, la revocación por el deudor de la facultad de imputar o la oposición a la ya realizada no podría constituirse en causa de vencimiento anticipado del crédito hipotecario. La Dirección General de los Registros y el Notariado defiende una especie de «transformación no novatoria» de los créditos cuando se garantizan con hipoteca y por ello ha limitado drásticamente las causas por las que es posible su ejecución anticipada. Entre ellas no está la revocación de la facultad de imputar: doctrina origen en resolución de 23 de octubre de 1987. Sobre el carácter exorbitante de la irrevocabilidad, DÍEZ-PICAZO, *La representación en Derecho Privado* (Madrid, 1979) pp. 308-309.

[27] Sobre la necesidad de que la autorización para auto-contratar tenga límites precisos: GARCÍA GARCÍA, Un supuesto discutible de autocontrato en *BCEHC 43* (1993)12. «A menos que el representado lo hubiese autorizado especialmente»: artículo 1395 del *Códice* italiano. Sigue teniendo todo el sentido la diferenciación que en su día sentó VON TÜHR respecto al poder irrevocable. Un poder irrevocable permite «disponer de derechos singulares del poderdante así como contraer obligaciones de determinado contenido». Existen inconvenientes en cambio contra un «poder irrevocable de extensión materialmente ilimitada». Son de tener en cuenta aquí las «mismas razones que según el parágrafo 310 del BGB hacen nula la obligación de enajenar bienes futuros». Por ello es también «siempre revocable, con arreglo al parágrafo 52 del HGB, el poder de contenido ilimitado del mismo modo que lo es según una reconocida concepción jurídica un poder que exceda los límites de un estrecho círculo de actos jurídicos». Cfr. VON TÜHR, «Die unwiderrufliche Vollmacht» en *Festschrift für Laband* (1908) pp. 52 y sigs., spc p. 55.

[28] En caso de ejecución, el tercero siempre está protegido. Hay que interpretar, por ello, que no cabe la nota del artículo 143 de la Ley por el que se hace constar la incorporación de los créditos seleccionados a la hipoteca, sin concurso de los terceros (arg. art. 132-4 de la ley antigua; hoy, menos claro, art. 695 de la nueva LEC). Si el tercero puede alegar error del saldo en la hipoteca de cuentas corrientes, también el (de la procedencia) de las partidas que la componen. En caso de oposición, debería decidirse el juicio según los criterios expuestos. Cfr. núm. 14 y remisiones.

[29] El acreedor, al contrario que el deudor, tratará de imputar los pagos o abonos del deudor a las obligaciones no garantizadas; es decir, las de cobro, caso de impago, menos seguro. El tercer poseedor, por su parte, buscará probar que las garantizadas con hipoteca son precisamente las más onerosas sea por razón del tipo de interés o cualquiera otra que permita estimarlo así (cfr. nota siguiente). En Alemania, Suiza, Portugal e Italia, sin embargo, está dispuesto que, a falta de pacto, el pago se imputa en primer lugar a la deuda no asegurada; en perjuicio, por tanto, del tercer poseedor de finca hipotecada. BERCOVITZ, *cit.,* p. 245. Si hay descuento o retención de hipoteca, *vid*. nota 36 y 37.

[30] BERCOVITZ, *cit.,* p. 237 parte del supuesto de que no cabe imputación alguna, tampoco la supletoria del Código, cuando hay un contrato o una situación de cuenta corriente, porque precisamente la cuenta corriente presupone un pacto expreso o tácito de imputación. Lo que beneficia a los terceros adquirentes de derechos en la finca hipotecada si la hipoteca garantiza la cuenta. En caso contrario, para que la cuenta y la imputación que presupone sea oponible a terceros se precisa que el convenio determine claramente el cómo, cuando y donde de la imputación; los criterios sobre qué entregas del deudor se contabilizarán como pagos y el orden a seguir para imputar esos pagos a los adeudos. En ese caso, los terceros deberán pasar por la imputación ya que es forzosa, no discrecional o facultativa, para acreedor y deudor.

[31] Solo cumpliendo con el artículo 238 del Reglamento hipotecario puede hacerse constar la selección de créditos que indirectamente resulta de la imputación. En otro caso, de recurrir al ejecutivo ordinario, hipotecario o no, si hay oposición de tercero, deberá aportar el acreedor prueba suficiente.

[32] Los terceros no puedan oponerse a que se imputen los pagos del deudor a deudas distintas de las hipotecarias con el argumento de que la garantizada con hipoteca es siempre,

por ese solo hecho, la más onerosa y por lo tanto la que hay que tener por pagada. El hecho de que esté garantizada con finca de tercero, no la hace más onerosa para el deudor sino todo lo contrario. Podrán en cambio exigir que se imputen los pagos a las deudas garantizadas con la finca, si demuestran que las aseguradas con la hipoteca, por otra razón distinta, son las más onerosas: existencia de intereses más gravosos, sentencia remate, cláusula penal, estar aseguradas con otras garantías propiedad del deudor, etc. Sobre mayor onerosidad BERCOVITZ, *cit.,* p. 245. *Vid*. nota 39 para la práctica de superponer a un solo crédito garantías de distinta naturaleza (superposición de garantías). Para el caso de que el deudor haya pagado con dinero del tercero, cfr. nota 37. No hay que olvidar que, si el tercero ha retenido parte del precio, en el momento de la compra, para hacer frente a las responsabilidades de la hipoteca, y los pagos que haga el deudor se imputan a las deudas garantizadas, en estos casos se subrogará este último en la hipoteca hasta que se le devuelva el importe retenido o descontado. cfr. artículo 232 del Reglamento Hipotecario en relación al 231 y 118 de la ley.

[33] El tercer poseedor podrá oponerse en estos casos a la imputación del acreedor que no respete el orden de los artículos 1173 y 1174 del Código Civil (primero, la más onerosa entre las exigibles y, antes, la de intereses que la de capital). «Como señalo De Castro debe reaccionarse contra la estrecha y simplista consideración del derecho legal dispositivo en materia contractual, como derecho supletorio (…). Explicitan la «regulación normal» y por tanto un modelo en que el legislador ha ponderado cuidadosamente los intereses en juego. De esta función ordenadora del derecho legal dispositivo se deduce que habrá que valorar en cada caso la razón o causa del desplazamiento de tal regulación por otra dimanante de la autonomía privada»: DÍEZ-PICAZO, Comentario al artículo 1258 en MINISTERIO *cit.,* p. 438 y CASTRO, *El negocio jurídico* (1967) p. 202. En este sentido, aunque no asuma todas las consecuencias, sobre el «principio de normalidad» en la jurisprudencia: STS de 13 de abril de 2004 (resolución 2619); sobre «contenido natural» del contrato: STS de 18 de julio de 2002 (resolución 6262). Cfr. PASCUAL LIAÑO, Comentario al artículo 1258 en PASCUAL LIAÑO (dir.), *Jurisprudencia Civil comentada*. *Código Civil* 2 (2009) pp. 2289-2290. En otro orden de cosas, para la crítica del presupuesto de la exigibilidad, *vid*. BERCOVITZ, *cit.,* p. 277: imprescindible para resolver la cuestión de qué deuda ha de entenderse la más onerosa. En contra del criterio del Derecho alemán y otros que examina, entiende este autor que más onerosa es la garantizada, pero porque parte del supuesto de que la prenda o hipoteca están en poder del deudor. *Vid*. nota anterior. Otros criterios para definir la mayor onerosidad de necesaria atención son: exigibilidad, garantías del deudor, superior interés, cláusula penal, reclamación judicial (tanto más onerosa cuanto más avanzada la ejecución), responsable como fiador, aquellas cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la pérdida de beneficio esperado para el deudor. Cfr. BERCOVITZ, *cit.,* pp. 245 y sigs.

[34] La acción de dolo debería ser el único recurso del comprador que, entregado todo el precio, intente reaccionar contra una imputación realizada con anterioridad a la compra. No cabría la revocatoria por fraude de acreedores que exige, entre otros requisitos, que los derechos perjudicados existiesen en el momento de realizar el acto fraudulento (en este caso el pago del precio), lo que aquí no sucede. Cfr. de todos modos ORDUÑA, *cit.,* pp. 94 y sigs. Parece que bastaría prueba de la intención (preordenación), conocida por el acreedor, de perjudicar a un tercero futuro contra el que se prepara toda la operación: el deudor trama vender a un tercero la finca hipotecada, cobrando todo el precio valiéndose de subterfugio de asegurar al comprador que los créditos asegurados por la hipoteca están pagados, por haberse estado imputando a ellos las entregas realizadas hasta el momento de la venta (lo que no sería cierto). Además del artículo 1902 y el 20 del Código Penal, el tercero podría apoyarse en el principio general de buena fe, artículo 7.1 del título preliminar de Código Civil. Para la admisión, amplísima en Derecho alemán, de la *exceptio dolo generalis,* LARENZ, *cit.,* pp. 142-160. El dolo es apreciable de oficio por el juez: *Ibidem*, *id*. Para el carácter irrenunciable de la acción: artículo 1102 de nuestro Código Civil. Sobre ello WIEACKER, *El principio de buena fe* (Madrid, 1977). Contra una recepción indiscriminada, DÍEZ-PICAZO, *Prólogo* en WIEACKER, *cit*. p. 17. Según la jurisprudencia (cfr. STS 5 de abril de 1991, resolución 2642)

la «buena fe ha de considerarse siempre desde la óptica de la reciprocidad de las conductas de las diversas partes integradas en una común relación jurídica y su exigibilidad se proyecta sobre lealtades de unos con relación a otros y viceversa». Cfr. PASCUAL LIAÑO, Comentario al artículo 7 en PASCUAL LIAÑO (dir.), *Jurisprudencia 1* p. 89. Sobre coherencia y propios actos; *Ibidem*, pp. 92 y sigs.: especialmente sentencia del TS de 30 de octubre de 1995 que exige que «entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior». En el presente caso el deudor recibe el precio íntegro del comprador pero, cuando paga, no imputa las entregas a las deudas aseguradas incluso aunque sean las más onerosas. Por su parte la apreciación del abuso de derecho es independiente de la intención de dañar y basta con que sea «objetivamente injustificada» según alguna jurisprudencia: cfr. STS 25 de enero de 2006 (resolución 612) en PASCUAL LIAÑO, *cit.,* p. 104. Sobre su interpretación restrictiva (STS 20 de febrero de 1997-R.1244) y carácter subsidiario: sentencia de 24 de mayo de 2003 (resolución 7152): *Ibidem*, pp. 101-103.

[35] La ejercicio de la facultad de imputar no inscrita, una vez han aparecido terceros adquirentes, no les perjudica, y no solo por las razones de la nota anterior. Podrán —en su condición de titulares de derechos reales en la finca hipotecada y luego trasmitida— desconocer la imputación (del acreedor) a las deudas menos onerosas que les daña, haya o no intención de hacerlo, y con independencia pueda entenderse estamos ante una renuncia en perjuicio de tercero.

[36] Si descontó la hipoteca del precio, el comprador deberá aplicar la cantidad descontada a los créditos que resulten finalmente garantizados. Si se estima que, por el descuento o retención, se vuelve único deudor por subrogación en la deuda (cfr. ROCA, *Derecho cit.,* 4.1 para las distintas opciones), el comprador tendrá la facultad de aplicar (imputar) la cantidad retenida a la deuda garantizada. Para el tercer poseedor como fiador, nota 16. Pero también aunque no se le tenga por deudor y solo mandatario (dirigido al pago de los créditos garantizados). Para las relaciones subyacentes que pueden «ocultarse» tras la retención, PEÑA, Derechos *cit.,* p. 451, núm. 8. En realidad no hay verdadera imputación del comprador. Fue hecha anticipadamente por el vendedor (deudor) al convenir la retención o descuento y asignar la cantidad retenida al pago precisamente de los créditos que, una vez identificados, se incorporen a la hipoteca. *Vid*. nota 40. No va implícito en la retención el poder para identificar (entre los genéricamente asegurados) los que se incorporarán a la hipoteca por lo que el comprador no debe arriesgarse a convenirla con el acreedor él solo. Si paga, y al final los créditos pagados no resultasen ser los hipotecarios, no podrá sin el consentimiento del deudor, exigir la cancelación: arg. artículos 118 LH y 232 del Reglamento. A la inversa, si, llegado el vencimiento, paga el deudor y solicita la devolución del precio retenido o descontado, podrá el comprador oponerse hasta que haya la seguridad de que no podrán surgir en el futuro otras deudas que puedan entenderse comprendidas entre las aseguradas. Por tanto, podrá negar, mientras no se aclare el asunto, la devolución del precio descontado.

[37] Si el comprador no descuenta o retiene la hipoteca y paga el deudor en nombre propio, poco importa que, salvo prueba de la existencia de un mandato, haya recibido dinero del comprador: paga deudas suyas y en consecuencia imputa como quiere. Pero la prueba de la existencia de mandato queda facilitada por el artículo 1717. Aunque obre en nombre propio si trata con «cosas propias del mandante» hay representación y directa. Contra HERNÁNDEZ MORENO, Comentario al artículo 1717 en MINISTERIO *cit.,* p. 1544 para el que la expresión no se refiere a «asuntos» del mandante sino solo a «cosas de su propiedad». Por lo demás, si la imputación se hace infringiendo el orden del 1173 y 1174 y en perjuicio del comprador (se aplica a deudas menos onerosas para el deudor aunque las garantizadas con la hipoteca lo sean más y por tanto en perjuicio del acreedor), la prueba del dolo del deudor es más fácil pero no basta el daño (nota 34) ya que, al contrario que en el abuso de derecho, ha de probarse la intención de producirlo y, si quiere prosperar la reclamación contra el acreedor, que era conocido por este. *Vid*. nota 23 y 34. Si, de ejecutarse la hipoteca, «vuelve a pagar la deuda» el comprador (que entregó todo el precio), podrá reclamar del vendedor (deudor) la cantidad

anticipada: artículo 1901 del código. Las causas, que podrían explicar que no hiciese en su día descuento o retención de la hipoteca, pueden ser muy distintas (estafa del vendedor, error probablemente inexcusable dada la publicidad registral, promesa de pago del deudor de la hipoteca con el dinero recibido, etc.). Si mediase mandato del comprador al vendedor (deudor) —expreso o tácito— para que pague las obligaciones garantizadas con el dinero que, en vez de retener, le entrega, y se viese obligado el comprador a pagar de nuevo, podría resarcirse mediante la acción de mandato. Como el vendedor sigue siendo deudor, existe *procuratio in rem suam* lo que exige demostrar (para mantener la validez de la imputación), al aplicar el precio retenido, no existía contradicción de intereses entre deudor y tercer poseedor. Como sabemos la autorización debe ser expresa y tener contenido preciso: cfr. nota. 27. El acreedor de buena fe, al que no se hizo saber por el deudor que paga con dinero del comprador, estará protegido, por el artículo 1160 del Código Civil, en las condiciones que en él se establecen, contra los defectos de que pueda adolecer el poder del deudor que hizo la imputación. El acreedor puede entender que le está pagando con su dinero por lo que habría justa causa para la retención: artículo 1895 del Código Civil.

[38] En Derecho alemán siempre que «la hipoteca garantiza varios créditos y la suma de estos excede del importe máximo, compete al acreedor el determinar libremente cuáles son los créditos que deben estar asegurados». No le vincula incluso la «determinación que hubiese hecho unilateralmente; por tanto, si dijo primero que se considerase crédito hipotecario, el que tiene por razón de préstamo, puede posteriormente (por ejemplo por haberle sido reembolsado) designar como garantizado el crédito por precio de compra. También puede señalar, al ejercer la acción hipotecaria, cuál es el crédito cuya satisfacción sobre la finca solicita». WOLFF, *cit.,* 2 p. 370. Esta solución, deudora de las especialidades hipotecarias del Derecho alemán, choca frontalmente con nuestro sistema. Aquí como allí rige formalmente el principio de «ascenso automático de puestos» pero allí, al contrario que aquí, ese ascenso está bloqueado por el nacimiento de una deuda inmobiliaria por la parte de la hipoteca no utilizada cuando los créditos asegurados no cubren la cifra de garantía. De esta forma, en la hipoteca de máximo, está oscilando continuamente la cantidad de hipoteca (ocupada por créditos) y la cantidad de deuda inmobiliaria (libre de ellos). Esta última, la cantidad vacante de crédito, nunca pertenece, como en nuestro sistema, al tercero sino al deudor (como deuda inmobiliaria de propietario) si sigue siendo dueño de la finca, o (como deuda inmobiliaria de no propietario) si la transmitió a tercero. *Vid*. CORONA QUESADA, El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos en *RCDI* 641(1997) 1315-1344. En consecuencia en Derecho alemán, siempre que los elegidos se correspondan con los genéricamente asegurados, es intranscendente para el tercero que la cifra hipotecada acaba «llenándose» con créditos o quede una parte libre *Vid*. BAUR, Lehrbuch *cit.,* p. 390. El sobrante que se produzca si el adeudo total rebosa la hipoteca no pertenece nunca a los terceros adquirentes de la finca gravada. Solo tiene un derecho: el de oponerse si se intenta ejecutar la finca por razón de créditos que no pertenezcan a la clase de los genéricamente asegurados.

[39] En nuestro Derecho en cambio el sobrante liberado pertenece siempre a los terceros (tercer poseedor o acreedores hipotecarios posteriores). De ahí su intervención en el proceso de selección (incorporación) de los créditos a la hipoteca. En particular, el control a que pueden someter el ejercicio de la facultad de imputar (por parte del deudor o acreedor). La facultad de imputar, como vimos, permite indirectamente elegir los créditos asegurados. Por ello su concesión al acreedor atribuye, también indirectamente, el derecho a disponer del sobrante. El sobrante que se liberaría —de imputarse los pagos del deudor a los créditos que corresponde asegurar según el Código— no llega a nacer si el acreedor imputa esos pagos a otros créditos menos onerosos. Razón por la que solo será eficaz la imputación del acreedor (hecha en virtud de cesión irregular o sin ratificación del deudor) si la consienten los terceros con derecho al (futuro) sobrante, antes o después de realizada. Al contrario que en el alemán, en nuestro Derecho la hipoteca de máximo únicamente concede al acreedor el derecho a disponer libremente del sobrante del máximo (de valor) que la finca asegura en tanto esta no se trasmita o grave. Por idéntica razón, pueden los terceros controlar la selección de créditos,

concluida la imputación de pagos, que como paso previo a su incorporación a la hipoteca, hubiesen hecho acreedor y deudor. Lo que se «imputa» a los créditos ahora no son los pagos del deudor sino la hipoteca misma: el valor que garantiza la finca gravada, propiedad en este caso del tercer poseedor. A este por supuesto no le son indiferentes los créditos que se incorporen a la hipoteca. No todos son igualmente gravosos. Algunos pueden estar asegurados con otras garantías. En todo este proceso ha de seguirse un orden. Primero, la selección de los créditos que se incorporen a la hipoteca, por mor del principio de determinación, ha de hacerse entre los genéricamente asegurados. Segundo, el propietario de la finca salvo que, al comprarla, hubiese retenido o descontado su importe del precio, hará luego la «imputación de hipoteca». Sobre este asunto notas 29 y sigs. El deudor cuando era propietario pudo disponer de ese derecho y reservárselo al acreedor, si delimitó su alcance (cfr. por analogía, arts. 16, 14 y 241 del Reglamento hipotecario) e inscribió la reserva en el Registro.

[40] Para la proximidad de la *causa garantiae y causa solvendi*, *vid*. VON THÜR, *Derecho Civil*. *Teoría General del Derecho Civil Alemán* 3 (Madrid, 2005) pp. 62 y 157 y sigs. También A. COSSÍO, Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas en *RDP* (1953) 15 y sigs. Para la calificación de la causa de la letra como una causa de garantía, lo que permite interesantes comparaciones con la hipoteca: HUECK-CANARIS, *Derecho de los títulos valor* (Barcelona 1988) p. 221: «El fundamento jurídico del crédito cambiario se encuentra en el acuerdo específico sobre la entrega de la letra (convención ejecutiva), que se corresponde dogmáticamente con el acuerdo de prestar garantía en el «pacto de garantía» o con el pacto de *pignore dando* en la prenda». Esa es también la «causa» del «negocio obligatorio abstracto»: «El fortalecimiento de una obligación (la subyacente, normalmente causal) mediante constitución de otra dirigida al mismo resultado, pero como vinculación autónoma, repercute en el proceso a favor del acreedor»: LARENZ, *cit*., p. 461.

[41] La finca es del tercero y en consecuencia, es él quién debe elegir las obligaciones a las que va a imputar, «destinar», la hipoteca que grava la finca cuya propiedad le pertenece. Esta (segunda) imputación de garantía (la primera fue la de los pagos) corresponde hacerla al tercer poseedor que no retuvo o descontó la hipoteca del precio de compra. No, si lo hizo, ya que el posible «sobrante» en este caso corresponde al deudor: artículo 232 del Reglamento. Salvo, en tanto era propietario, hubiese cedido al acreedor la facultad de hacerlo en las condiciones vistas en la nota 39. O, en caso de descuento o retención de la hipoteca, hubiese delegado el deudor (vendedor) esa facultad al comprador. Para los requisitos de la delegación, puesto que existe contradicción de intereses (el comprador tratará de incorporar a la hipoteca los créditos menos gravosos al contrario que el deudor): nota 27. El comprador no adquiere el valor de la finca correspondiente a la hipoteca ya que, si lo descuenta del precio de compra, no lo paga. En esos casos la hipoteca normalmente no se ejecutará ya que la retención o descuento de la cifra garantizada, cubre cualquier posible reclamación (hipotecaria). El problema surge cuando, por engaño, error, precio insuficiente, etc., el tercer poseedor no retuvo (todo o parte de) la hipoteca y se enfrenta a una reclamación hipotecaria que exceda del valor retenido o descontado. *Vid*. nota 37. Cfr. de nuevo el artículo 232 del Reglamento, capital en este punto.

[42] Sobre este asunto HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero* (1983) pp. 186 y sigs.

[43] La facultad de «imputar hipoteca», que el deudor propietario haya concedido al acreedor, tiene en principio eficacia personal. Por ello, en cuanto aquel trasmita la finca, no puede oponerse a tercero (salvo si la reserva fuese precisa y constase inscrita). El que «paga» en este caso no es el deudor sino el (nuevo) propietario, a no ser que este (el comprador) haya retenido del precio el valor de la hipoteca. Si se produce la retención o descuento el que paga realmente es el deudor (vendedor), no el comprador, por lo que mantiene su vigencia la cesión de la facultad de «imputar hipoteca» que haya hecho el deudor al acreedor. El deudor podrá oponerse si la selección no se ajusta a los términos pactados. Es inválida, como vimos, la delegación genérica al acreedor de la facultad de seleccionar los créditos sobrevivientes (o lo que es lo mismo de «imputar la hipoteca»).

[44] Sobre la práctica de recoger en el asiento en términos muy generales la causa o fundamento de los posibles créditos asegurados: *vid*. BAUR, Lehrbuch, *cit*., p. 389 y WOLFF,

cit., p. 367, núm. 1. Después de afirmar que la jurisprudencia llega muy lejos en la indeterminación de los créditos garantizados con hipoteca de máximo, añade «si el crédito está bien precisado, no puede ya concederse a su favor ninguna hipoteca de máximo (*KGJFG* 7, 365)» para concluir inmediatamente a continuación «sin embargo la carga indebidamente inscrita como hipoteca de máximo, puede mantenerse en pie como hipoteca corriente de seguridad*; KG DR* 1492, 1796; discrepa *KGJ* 51, 290».

[45] Cfr. WOLFF, *cit.,* p. 372 «ninguno de los interesados tiene derecho a exigir semejante transformación». *Ibidem, id* núm. 22: «Sin embargo es frecuente que en los contratos de cuenta corriente se atribuya al Banco una pretensión dirigida a semejante transformación». Sobre la reserva en el contrato a favor del acreedor de la facultad de proceder unilateralmente a la transformación: NUSSBAUM, Tratado *cit.,* p. 213.

[46] Cfr. GONZÁLEZ, *cit.,* p. 112: «Los créditos protegidos por la clase de hipotecas examinadas quedarían prácticamente fuera de comercio, si para transferirlos se precisase poner en juego el pesado mecanismo hipotecario. En su consecuencia la ley permite la cesión en cualquier forma, dejando incólume la garantía inscrita a favor del cedente. Se rompe aquí, es verdad, el que parecía vínculo indisoluble del crédito y la hipoteca». Para concluir: «así lo impone la vida comercial».

[47] La cesión del crédito hipotecario, de poder ampararse en la fe pública registral, reduce las defensas del deudor. Esa minoración de defensas tendría menos importancia, si la ejecución, como sucede habitualmente en este tipo de hipoteca, no comprometiese habitualmente la estabilidad del negocio del deudor, al ser normalmente su asiento físico la finca gravada con hipoteca. Lo grave no es que deje de pagarse un crédito cualquiera, sino que el impagado sea precisamente uno de los asegurados con hipoteca.

[48] Es de destacar aquí el artículo 1198 del Código Civil, que impide alegar la compensación, cuando el deudor consiente la cesión. Una especie de «resurrección» del crédito con efectos retroactivos. Los fiadores y terceros poseedores (también hipotecantes no deudores) quedarán libres. *Vid*. artículos 1197 y 1207 del Código, aunque no deben confundirse novación y perjuicio: PARDO, Sustitución *cit*. No se aclara si debe ser expreso el consentimiento o basta con que sea tácito. Basándose en que la facultad de compensar es renunciable, sostiene PEÑA, que el «deudor, que no obstante poder invocar la extinción de deuda por compensación (anterior a la notificación de la cesión) consiente en la cesión de derechos hecha por el acreedor a favor de tercero, renuncia a aquella compensación. PEÑA, Facultad *cit.,* núm. 13. Sobre el efecto automático de la compensación insiste ÁLVAREZ VIGARAY, El efecto automático de la compensación en *EDCHCT 4* (1969) 37 y sigs.

[49] «La vinculación de hipoteca y crédito (y en consecuencia la transformación) es posible» incluso antes de que el crédito quede definitivamente fijado. *RG Recht* 1927, núm. 345»: WOLFF, *cit.,* p. 371, núm. 21. Sobre la necesidad de nuevo acuerdo, BAUR, Lehrbuch *cit*. p. 390.

[50] ROCA, *cit.,* IV-2 p. 796, núm. 1. La resolución de 21.3.1917 habla de que la vinculación, necesaria para que pueda hacerse la cancelación o cesión hipotecaria depende «generalmente de una liquidación de cuentas o de una especificación contractual de los créditos garantizados».

[51] Sobre plazo y condición más adelante en el texto.

[52] Sobre la cesión a una de las partes de la facultad de determinar los créditos a incorporar: cfr. nota 39.

[53] En Derecho alemán la hipoteca de máximo no se transforma en ordinaria sin acuerdo e inscripción. Según WOLFF, *cit.,* p. 215 en la hipoteca que no sea de máximo, si el crédito es «futuro o condicional (1113, ap.2), (cuando) nazca el crédito (…), se transforma la garantía por sí sola, en aquel momento, en hipoteca ajena (ordinaria, ya de tráfico ya de seguridad según fuese constituida)». BAUR, *cit.,* p. 387: «*Verkehrs-wie Sicherungs-hypothek können für eine künftige Forderung bestellt werden (1113 Abs. 2); aber auch dann muss die zu sichernde Forderung (…) und ihre Höhe eingetragen sein. Es gibt aber (…) Rechtsbeziehungen, wo weder die konkrete zu sichernde Forderung (…) schon von vornherein fixieren lassen (…)*». En nuestro Derecho la hipoteca ordinaria de deuda futura se rige, en cuanto a la cesión, por

las reglas ordinarias. Lo que sucede es que, como el crédito es inexistente, no se puede ceder hasta tanto no nazca. Por ello no es susceptible de cesión ni separada ni conjuntamente con la hipoteca. La desvinculación entre hipoteca y crédito que produce la hipoteca de máximo es esencial y se ideó para permitir la cesión independiente (separada de la hipoteca) de créditos ya existentes. Nacido el crédito en caso de hipoteca por deuda futura, la hipoteca pasa a ser automáticamente una hipoteca ordinaria sin que las partes puedan impedirlo. En cambio cuando es de máximo, se precisa determinar si el crédito que se pretende incorporar corresponde al grupo de los (genéricamente) asegurados ya que de la hipoteca resultan solo las «líneas generales» del adeudo garantizado. En la hipoteca de deuda futura estamos ante un crédito (aunque futuro) perfectamente identificado y determinado en el asiento.

[54] Por ello la equiparación entre la hipoteca de máximo y la hipoteca de deuda futura no puede ser total y solo cabe apreciar cierta analogía entre ellas. En Derecho alemán, WOLFF, *cit*., p. 369, núm. 10, critica la opinión de BECK 51, que sigue GÜTHE-TRIEBEL I 581. Según estos, mediante la hipoteca de máximo, se asegura únicamente el crédito que exista a «la terminación de la relación jurídica». Observa WOLF que «tal puede ser el pensamiento de las partes (especialmente respecto a los créditos de cuenta corriente); pero no de modo necesario». Construcción aceptada por LENT-SCHWAB, Sachenrecht *cit*., p. 258: no hay hipoteca del acreedor ya desde el primer momento sino solo desde que se determinan los créditos asegurados: «*die Hypothek vor Entstehung der Forderung auch hier dem Eigentümer zusteht*». Eso no quiere decir que confunda la hipoteca de deuda futura y de máximo. La diferencia frente a WOLF está en que, en esta construcción, no está cambiando continuamente la parte de hipoteca y la parte de deuda inmobiliaria en función de la variación que sufra la suma de la cuantía de los créditos que en cada momento subsistan. Hasta tanto no se produzca la determinación de los créditos, habrá solo deuda inmobiliaria. La prueba está en que, si se ejecuta una hipoteca anterior y se purga la de «máximo», el posible sobrante no se entrega al acreedor aunque demuestre que existen créditos a asegurar entre los genéricamente asegurados sino al propietario: «*der aus dem Erlos auf die Hypothek entfällt, nicht dem Gläubiger zufallen, der ja keine Forderung hat, sondern nur dem Eigentümer*». En Derecho español, al contrario que en el alemán, el valor asegurado, mientras no se transforme, pertenece provisionalmente al propietario a quién (por razón del principio de ascenso automático de puestos) le corresponde cualquier sobrante que se genere (salvo que, como sabemos, haya descontado el importe de la hipoteca del precio de compra: cfr. art. 232 del Reglamento). Hay así para el caso del descuento de precio una aproximación entre Derecho alemán y español por la vía ingeniosa de permitir la subrogación del deudor (a la vez, vendedor) en la hipoteca.

[55] GONZÁLEZ, *cit*., p. 112: «(propietario y deudor) podrán reclamar del (primitivo) acreedor la renuncia del derecho registrado (la hipoteca), si ya no hay posibilidad de que nazcan más créditos protegibles que los transferibles (y transferidos)». En realidad el acreedor que cediese separadamente todos los créditos que puedan resultar potencialmente asegurables, renuncia (implícitamente) a la hipoteca.

[56] Debe hacerse constar formalmente que la hipoteca se constituye como de máximo y no se trata de una hipoteca ordinaria (especialmente cuando la garantizada es una deuda futura que puede asegurarse también mediante una hipoteca ordinaria). No hay hipoteca de máximo sino se establece expresamente como tal, lo que exige señalar un tope o máximo de responsabilidad cualquiera que sea el montante que alcance el crédito en el momento de constitución o ejecución. Como recuerda WOLFF, *cit*., pp. 366-367 «(en la inscripción) se ha de anotar el importe máximo». Cfr. también 1190 del *BGB*; *Ibidem, id*.

[57] El asiento de transformación es debido por las partes en cuanto se produzca la determinación de créditos. Sobre este punto, resolución de 21 de marzo de 1917. La desvinculación entre créditos e hipoteca (flotante) impide cancelar, ejecutar o ceder la hipoteca por razón de un crédito potencialmente asegurado mientras tanto no se incorpore a ella. La Dirección exige la constancia registral de la incorporación para oponer a los cesionarios civiles la cesión hipotecaria y gozar de la protección de la fe pública registral (que por tanto extiende al cesionario del crédito hipotecario): «este razonamiento no se opone a que el crédito garantizado pueda

originar un procedimiento ejecutivo (hipotecario ordinario) (…), así como la necesidad de un título inscribible, para constituir una hipoteca en garantía de letra de cambio, no priva a la aceptada y protestada sin tacha, de su carácter de documento que lleva aparejada ejecución». Lo mismo en Derecho alemán. Mientras no se transforme en hipoteca de tráfico no es posible una cesión amparada por la fe pública pero basta con su transformación en hipoteca de seguridad para que pueda el acreedor servirse del *pactum executivum*. No es posible someter la finca a ejecución forzosa directa en caso de hipoteca de máximo, pero si el seguido es el procedimiento ejecutivo ordinario hipotecario (arts. 126 y 127 de la ley hipotecaria): cfr. WOLFF, *cit.,* p. 372 y BAUR, *cit.,* p. 388: «*da es an einer bestimmten Geldsumme mangelt (vgl. 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO) (…)*». Cfr. resolución de 31 de enero de 1925 en PARDO, *Hipoteca en garantía cit.,* p. 214.

[58] Es discutible que el artículo 238 del Reglamento (admite solicitud firmada de las partes para extender el asiento) sea aplicable a la hipoteca en garantía de deudas futuras a pesar de que su texto las comprenda expresamente. No tiene ningún sentido que la nota que publica el nacimiento del crédito y, según la doctrina, habilita su ejecución por la vía directa, pueda practicarse sin acompañar el documento que acredite su constitución, revestido de los requisitos que la ley procesal civil impone para dotar al citado crédito de fuerza ejecutiva (no habría título ejecutivo).

[59] En Derecho alemán es inseparable el crédito de la hipoteca cuando se trata de hipoteca de tráfico. Cfr. 1153 del *BGB*: la hipoteca se transmite solo cuando se transfiere el crédito y, en principio, siempre que se transfiera. En Derecho español también: *vid*. artículos 1528 y 1212 del Código Civil. Si se cediese crédito sin hipoteca, debe entenderse que se renuncia a la hipoteca. Contra GARCÍA, Legislación, *cit.,* p. 292. Esta consecuencia está excluida solo en la hipoteca de máximo. Cfr. sobre ello PANTALEÓN, Cesión de créditos en *ADC* 41(1994) 1106-1108.

[60] Para la cesión de la hipoteca de deuda futura que solo es posible desde que se acredita la existencia de la obligación y con efectos hipotecarios, desde que se practica la oportuna nota en el registro *vid*. Referencia a resolución de 31 de enero de 1925 en nota 57.

[61] Sobre la imposibilidad de la ejecución directa de la hipoteca flotante antes de que su transformación en ordinaria se haga constar en el Registro, PARDO *cit.,* pp. 222 y sigs. Hoy en cambio cfr. el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. La falta de inscripción de la transformación impediría únicamente la cesión hipotecaria (no la ejecución hipotecaria directa). En el ejecutivo hipotecario ordinario la prueba de la determinación, y consiguiente incorporación, resultará de la sentencia de remate si se demuestra que el crédito es exigible y líquido, está vencido y es uno a los asegurados por la hipoteca: resolución 17 de marzo de 1917.

[62] El tercero civil a quien se cede el crédito aislado no debe resultar perjudicado por una transformación que no se haya hecho constar en el Registro. Otra cosa procede, si hecha constar en él, aparece un tercer adquirente del crédito, ya incorporado a la hipoteca, y lo inscribe a su favor. Poco importa que se niegue al cesionario de un crédito hipotecario, en cuanto al crédito, la protección de la fe pública. No se trata ahora de saber si el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que tenía contra el cedente sino si, de existir el crédito, quien prevalece en caso de doble cesión: el titular inscrito o el no inscrito. Impiden la tercería del no inscrito aunque sea de fecha auténtica anterior los artículos 127 LH y 696 de la LEC. Sobre si la existencia y legalidad del crédito cedido e inscrito queda amparado por la fe pública (y no solo la hipoteca): artículos 149-2 de la ley Hipotecaria, que al hablar de «subrogación» del cesionario en la posición del cedente y limitar la vinculación del deudor con el nuevo acreedor a lo que lo estuviera con el antiguo, sigue siendo antinómico con el 144 de la misma ley. Para la discusión sobre este punto, CÁMARA, En torno al concepto de causa en *Estudios de Derecho Civil* (Madrid, 1985) p. 585: «En la cesión de créditos, el cesionario se subroga en la posición del cedente y, por tanto, el deudor puede oponerle todas las excepciones fundadas en el negocio causal. No hay razón alguna para hacer de mejor condición, en este orden de cosas, al cesionario de un crédito hipotecario que al que lo sea de otro crédito cualquiera, pues la naturaleza y los efectos propios de la cesión no

puede depender, obviamente (?), de que el crédito cedido esté o no garantizado y de que la garantía, de haberla, sea hipotecaria». Para otra interpretación del artículo 144, restringiendo su protección a los titulares posteriores de derechos reales en la finca (terceros poseedores, rematantes, acreedores hipotecarios posteriores) pero negándola al cesionario del crédito o derechos constituidos sobre este: *vid*. PEÑA, *Derecho cit*. p. 445.

[63] La resolución de 4 de julio de 1984 es la primera que expresamente impone la necesidad de señalar un plazo de duración a la hipoteca flotante: «determinación de los plazos de duración, ya que de una parte, las peculiaridades de la presente escritura no justificarían excepcionar (la) determinación temporal exigida por el párrafo primero del artículo 153 de la Ley hipotecaria, tan interesante para el tráfico (terceros poseedores, terceros adquirentes de derechos reales) y para facilitar la cancelación (cfr. art. 209 de la misma Ley) y, de otra, porque estipulándose que quedan garantizadas las operaciones crediticias bancarias que se concierten en lo sucesivo, cabe entender que la hipoteca se extiende, directa y concretamente, a las posibles futuras aperturas de crédito en cuenta corriente, que son también indudablemente operaciones crediticias bancarias». No está claro si el Centro directivo exige que se determine el plazo de los créditos o, solo, de la hipoteca. Aunque la primera parte del considerando transcrito, se expresa con confusión; de la segunda resulta que el plazo que le preocupa es el de la hipoteca: precisamente porque se admite que los créditos pueden faltar, o faltan en el momento de la constitución, parece absurdo exigir que se determine el plazo de duración de créditos todavía en parte desconocidos.

[64] El acreedor, más que dar un nuevo plazo o prorrogar el antiguo, concede, renunciando entre tanto al ejercicio de acciones, el beneficio de un pago diferido (*pactum de non petendo*). Lo que no evita que se produzcan o sigan produciendo intereses de demora, ni impide opere la compensación legal o judicial. Por tanto el efecto novatorio estaría, desde luego, desechado. También carece de eficacia novatoria (extintiva) el pacto de prórroga ordinario cfr. SANCHO REBULLIDA, «Comentario a los artículos 1203 y 1204 del Código Civil» en ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Madrid 1980) p. 523: «el TS ha declarado con reiterada jurisprudencia que la simple alteración o prórroga de plazo no constituye novación. En detalle el Tribunal Supremo ha declarado que la prórroga del plazo constituye novación tan solo cuando es condición esencial del contrato (SS. 9 de septiembre de 1989, 4 de marzo de 1892, 14 de mayo de 1908, 17 de febrer de 1959, etc.); que no existe novación cuando subsistiendo la obligación principal, se otorgan simples facilidades para el cumplimiento de la obligación mediante prórroga o plazos fraccionados (SS. 18 de junio de 1914, 24 de marzo de 1955) o cuando se admitan letras aceptadas para el pago de los plazos, lo cual constituye una modalidad de la obligación, independiente de su esencia y establecida como garantía del acreedor (SS. 16 de junio de 1914 y 26 de abril de 1955)». Esta última doctrina es trasladable a la hipoteca. Para la vecindad entre el contrato de giro (*pactum cambii*) y el contrato de garantía real *vid*. PAZ-ARES, «La naturaleza jurídica de la letra de cambio» en MENENDEZ (com) *Estudios sobre la ley cambiaria y el cheque* (Madrid, 1986) p. 208. También HUECK - CANARIS, *cit.,* p. 221. PEÑA, Derechos, *cit.,* p. 199, con apoyo en los artículos 1567 y 1851, cree en cambio que la prórroga tiene fuerza novatoria.

[65] Estas mismas cuestiones, respecto a la letra, son resueltas en sentido distinto por CUÑAT, El artículo 1170 del Código Civil y su aplicación a la entrega de la letra de cambio en *RDM* 127 (1973) 120 y por PAZ-ARES, *cit*. p. 232. La duda surge, y la misma duda es trasladable a la hipoteca, cuando la letra establece un plazo de vencimiento inferior del que tiene la obligación causal según su título original. A falta de voluntad expresa de las partes, el plazo de la obligación subyacente no debe entenderse substituido por el de la letra. Otra conclusión pasa por la prueba de la incompatibilidad del plazo, que la hipoteca o letra imponen, con el propio de la obligación causal subyacente. Por lo demás si la hipoteca se constituyó solo como superposición de garantía, la novación de la obligación garantizada está expresamente excluida Aún desechado el efecto novatorio, queda por resolver, en caso de existir contradicción entre la escritura de hipoteca y los títulos o documentos que crearon las obligaciones garantizadas, cuál de los plazos debe prevalecer. Ciertamente la novación

parcial es imposible: o es total o habrá solo modificación. Pero la superposición excluye solo la novación (total), no la modificación (parcial). La accesoriedad de la hipoteca inclina a no dar la misma relevancia al plazo del crédito que al de la hipoteca. De seguirse la opinión del texto, la obligación causal mantendrá su plazo y por lo tanto, aunque se entienda válida la hipoteca, el ejercicio de la acción hipotecaria podrá ser paralizado por el deudor o los terceros alegando que el crédito no está vencido, a no ser que el acreedor demuestre que la hipoteca produjo la novación, o al menos modificación, del crédito asegurado.

[66] No cabe ejecución hipotecaria de créditos que no estén vinculados a la hipoteca, ya que no puede tenérseles por créditos hipotecarios propiamente dichos. La transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria puede hacerse constar en el registro mediante un nuevo asiento (nota marginal). Pero también cabe que la transformación se realice, sin necesidad de practicar la nota, en el ejecutivo hipotecario (ordinario) cuando sea ese el procedimiento seguido. En el sistema alemán se exige acuerdo de las partes para la transformación. El tercero no puede oponerse a la transformación decidida por acreedor y deudor. *Vid*. WOLFF, *cit*., p. 37. Es frecuente, sin embargo, que se ceda al acreedor la facultad de hacerla por sí solo. *Vid*. NUSSBAUM, Tratado *cit*., p. 213. En Derecho español, mientras sigan pudiendo surgir nuevos créditos entre los genéricamente asegurados, nada impide que las partes impidan la transformación, por ejemplo, hasta que se cumpla determinado plazo o condición. Aunque no lo haga el deudor, podrán oponer la prohibición los terceros, titulares de derechos reales en la finca. Su legitimación se funda en que, en nuestro sistema, les corresponde todo sobrante liberado. Podrán defenderse así frente a toda ejecución judicial prematura de la hipoteca y por tanto al intento de apropiarse anticipadamente, mediante la realización del inmueble, del valor asegurado con la hipoteca. En Derecho alemán los terceros carecen de derecho al sobrante: nota 38.

[67] Para el uso bancario que permite acreditar a las entidades de crédito las operaciones del cliente una por una; y por tanto que falte apertura de crédito: GARRIGUES, Los contratos *cit*., p. 272: «como consecuencia del estudio de la solvencia de los clientes (…) el banco hace entrar a determinados clientes en una lista del artículo 65 del Reglamento del Banco de España que se llama *lista de crédito*. La inclusión en esa lista no significa que el banco asuma la obligación de descontar todas las letras que el cliente le presente, sino tan solo el reconocimiento por el banco de una idoneidad moral y económica para obtener crédito en el futuro, mediante operaciones de descuento. Pero el banco se reserva el examen y la decisión de cada caso concreto. La inclusión en la lista de crédito constituye simplemente un trámite interno y discrecional del banco del que no deriva ningún derecho concreto a favor del cliente».

[68] Al aceptar la hipoteca de máximo que el deudor les propone, los bancos no por ello prorrogan los créditos vencidos. En consecuencia los intereses que se devengan son de demora, no ordinarios. Tampoco se obligan a acreditar al cliente en el futuro. Para el llamado *pactum de non pretendo*: nota 64. Fomentan así dudas sobre el carácter oneroso de la hipoteca («causa secundaria») lo que puede tener graves consecuencia si se llega a la quiebra. Sería, sin embargo, excesivo deducir que, en estos casos, la hipoteca carece de causa, y por tanto no procede su inscripción. Tendrá causa primaria si hay crédito que garantizar. Si falta contraprestación, no siempre será gratuita la causa secundaria. Puede que, en el futuro, conceda nuevos créditos al deudor precisamente por razón de la hipoteca. Si existiese obligación de acreditar, la deuda sería presente, no futura.

[69] En favor de permitir hipotecas sujetas a condición o término: ROCA, *cit*., 4.2 p. 1189. Alega el artículo 2878.2 del *Codice civile* y, por analogía el artículo 1853 del código. El término resolutorio produciría un efecto semejante a la caducidad. La acción hipotecaria en principio prescribe; caducan solo los asientos de hipoteca y siempre que la ley expresamente lo disponga. Sobre prescripción de la acción hipotecaria LALAGUNA, Los créditos hipotecarios en *RDN* 85-86(1974) 157-205 y GÓMEZ-GALLIGO, La extinción del crédito hipotecario en *Cuadernos de Derecho judicial* 26(1996) 177 y sigs. Cfr. también DÍEZ-PICAZO, en MINISTERIO DE JUSTICIA (ed.) *Comentario 2 cit*. (Madrid, 1991) p. 2085: la caducidad convencional genera el mismo efecto que la doctrina tradicional reconoce al llamado «térmi-

no resolutorio». La caducidad convencional sería así un efecto jurídico más apropiado para los derechos potestativos o de formación jurídica (v.g.: opción); el término resolutorio sería, en cambio, el adecuado para las otras clases de derechos. Por lo demás en uno y otro caso, para cancelar, sería preciso acreditar no solo el transcurso del plazo fijado sino que no hay reclamación en curso ante ningún Tribunal. Sobre la caducidad en la instancia GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil. Parte General. El proceso declarativo ordinario* (Madrid, 1976) p. 1391 y sigs. Sobre la discutible admisibilidad en Derecho español de las hipotecas sujetas a condición y los problemas que plantea, PARDO-GARCÍA MONJE, Las hipotecas bajo condición suspensiva en *La Ley* 3(2006) 1934-1942.

[70] Las garantías destinadas a financiar el negocio empresarial, porque recaen sobre elementos de importancia vital, y se suelen constituir a favor de un acreedor poderoso (normalmente un Banco), envuelven serios riesgos: así siempre que sean excesivas, desproporcionadas, en relación al montante del adeudo. Aunque también puedan revelarse beneficiosas (incluso bajo la fórmula de una transmisión fiduciaria de garantía) ya que en muchos casos son un instrumento óptimo para la mejor «conservación de la capacidad productiva de los bienes del deudor, al evitar enajenaciones forzosas que otros acreedores (egoístas) podrían instar y significarían una perturbación para la marcha de la empresa». Según LANGE en NJW (1950) 569, el adquirente en los casos de transmisión fiduciaria de garantía «opera no como un tirano sino como un poder protector. El gran prestamista que ha saneado o ha conservado en condiciones de rendimiento la empresa de su deudor, tiene una justificado interés en que se mantenga intacta la garantía»: la cita está tomada de G. BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia* (Barcelona, 1959) p. 348. Es en todo caso indispensable «que la cobertura no supere de modo considerable el importe del crédito». Para la justicia de la preferencia (concedida al proveedor de materias primas que son objeto de transformación en la empresa): *Ibidem*, *cit*., p. 75. Sobre la protección del interés del suministrador de capital y su tutela preferente frente a los acreedores simples (desinteresados en la conservación de la empresa ya que solo lo están en la satisfacción de su crédito individual). *Ibidem,* pp. 328 y 348. Sobre el problema de las garantías excesivas: PARDO, Garantías reales excesivas y el *ius offerendi* en *Libro Homenaje a Joaquín Lanzas y Luis Selva* (1998) pp. 1129-1158.

[71] Para la (super)protección de los créditos salariales: artículo 32.2 y 5 del Estatuto de los Trabajadores: «los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en *posesión* del empresario (…). El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año a contar desde el momento en que debió percibirse el salario». *Vid*. GÓMEZ-GALLIGO, La colisión entre el crédito laboral super-priviligiado y crédito garantizado con hipoteca en caso de concurso del deudor en *Anuario de Derecho Concursal* 382004) 181-202. No debería ser necesario advertir sobre la importancia de esa preferencia en el caso de que la propietaria de los bienes hipotecados sea una inmobiliaria. Las edificaciones están afectas al pago de los derechos de los trabajadores mientras no sean transmitidas a un tercero. En caso de que lo hipotecado sea el establecimiento fabril, como ocurre con frecuencia en la hipoteca flotante, la garantía, por pacto de estilo (art. 111 de la Ley hipotecaria), se extiende a los frutos entre los que se encuentran, como es sabido, los industriales («resultado del trabajo»). En ese caso tendrán preferencia de cobro sobre los frutos (los pisos construidos) los salarios de los trabajadores que cumplan con los requisitos legales. Critica DORAL, *La fase de seguridad de la hipoteca* (Pamplona, 1967) p. 234 que la Ley Hipotecaria se preocupe únicamente de la protección de la parte más débil por tener en mente «la consideración individualista de la hipoteca entendida simplemente como instrumento crediticio en manos de especuladores de la propiedad inmobiliaria que actúan conforme el criterio del mayor interés posible dentro de la máxima seguridad». Elogia el artículo 113.3 de la Ley que impide retirar las accesiones o mejoras si producen quebranto a la cosa hipotecada, primando el mantenimiento de la unidad orgánica de explotación frente a la propiedad de las cosas individuales que la componen. La propiedad de las mejoras se trasforman en mero crédito por su valor. Preferencia que, en su opinión, debería ser reforzada. En Derecho alemán si el elemento se

califica como parte integrante, su valor tiene preferencia de cobro frente al prestamista cuya hipoteca recaiga sobre la explotación. Solo, si se trata de accesorios, los derechos de terceros prevalecen. DORAL, *cit.*, p. 241: «la unidad económica reclama la unidad jurídica». Para la valoración que merecen los intereses de los acreedores que han concurrido a la creación o conservación del inmueble es importante la disciplina del crédito refaccionario: artículos 59 y siguientes de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento.

[72] Una vez admitida, por el artículo 153 bis de la LH, la hipoteca flotante cuya inscripción había rechazado repetidamente la jurisprudencia anterior, queda únicamente por decidir qué cláusulas del contrato por tener transcendencia real pueden y deben inscribirse y entre ellas especialmente las que recogen causas de vencimiento anticipado. La hipoteca, como dice el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, sujeta en garantía un inmueble al pago de una obligación para el caso de incumplimiento de la misma; en consecuencia tendrán transcendencia real y deberán inscribirse cumpliendo con el principio de determinación, tal como resulta de la nueva redacción del artículo 130 en relación con el 38 de la nombrada ley, todos aquellos hechos o circunstancias —y ningún otro— que precipiten la ejecución de la garantía o modalicen el ejercicio o alcance de la reclamación hipotecaria. 1. Por tanto deberán inscribirse en principio no solo las obligaciones (principales o accesorias) cuyo incumplimiento esté asegurado separa y directamente por hipoteca (porque en el contrato se les ha asignado cifra propia de garantía) sino también las aseguradas indirectamente siempre que, aunque no se les haya señalado cifra separada de garantía, su incumplimiento precipite la resolución o el vencimiento de las directamente garantizadas. La determinación de las obligaciones directamente garantizadas es relativamente sencilla porque basta con examinar la cláusula de garantía para identificar aquellas cuyo incumplimiento está asegurado con hipoteca; la de las segundas en cambio, es bastante más difícil porque en los contratos de hipoteca es habitual incorporar múltiples obligaciones cuyo pago no está garantizado directa y separadamente por la hipoteca pero cuyo incumplimiento es en cambio causa de vencimiento de las obligaciones que si lo están y por tanto de ejecución del inmueble hipotecado. Muchas de estas últimas obligaciones son accesorias de las directamente garantizadas e incluso en muchos casos están a cargo de terceros (como por ejemplo compañías de seguros) por lo que son ajenas al crédito asegurado. Pues bien por lo que se refiere a este punto, en las hipotecas ordinarias, la Dirección General, después de algunos cambios, acabo sentando doctrina, a lo que parecía definitivamente, definiendo algunos criterios a seguir a la hora de calificar las causas de vencimiento que habitualmente se incluyen en las hipotecas. Con arreglo a esta doctrina dejando aparte las prohibiciones de disponer con que se pretende gravar la finca hipotecada o en general las estipulaciones que por vulnerar normas imperativas no son por supuesto in-scribibles, solo cabía la inscripción de aquellas cláusulas que, primero, definen la identidad, duración y contenido de las obligaciones directamente aseguradas (en particular, las llamadas «cláusulas financieras»); segundo, cumplan con los requisitos prevenidos en la ley procesal para despachar su ejecución, en particular por el procedimiento de ejecución directa; tercero, regulen facultades procesales en que según la ley cabe la autonomía privada; cuarto, establezcan como causas de vencimiento anticipado, además del incumplimiento de las obligaciones principales, los incumplimientos de otras accesorias que, de producirse, disminuyan significativamente el valor de la garantía bien en si misma bien porque minoren el valor de la finca sobre la que recae. La regla tradicional era por tanto que la gestión que pueda hacer el deudor de su patrimonio libre no puede repercutir en las garantías reales que puedan gravar algunos de sus bienes de modo que se mantenía una tajante separación entre la responsabilidad personal y real y por tanto el único punto de conexión entre una y otra —y en qué la infracción de una obligación desataba la ejecución hipotecaria— era solo el de incumplimiento o cumplimiento defectuoso y grave de la obligación principal pero no cualquiera de sus accesorias (salvo que estuviesen garantizadas con hipoteca separada y distinta) dejando a salvo las excepciones vistas (a saber, las que persigan conservar el rango de la garantía o el valor de la finca o derecho sobre el que recae). Recientemente sin embargo el Tribunal Supremo ha abierto brecha en esta doctrina y ha admitido como posibles causas de

vencimiento de las obligaciones directamente garantizadas o resolución, los incumplimientos no solo de las obligaciones accesorias, sean a cargo del deudor o del propietario, tendentes a conservar el valor y rango de la hipoteca sino en general todas las que se revelen «esenciales» a no ser que el vencimiento o la resolución demuestre ser remedio «desproporcionado» o «excesivo»; conceptos ambos de contenido indeterminado y difícil apreciación, más en un procedimiento como el registral en que no puede abrirse trámite de audiencia y la prueba está tasada (por lo que deberían entenderse criterios dirigidos más a Jueces y Tribunales que a registradores; sobre todo cuando, como suele ser el caso aquí, no procede la aplicación de la legislación protectora de los consumidores). Por lo demás, según el mismo Alto Tribunal, no deben estimarse desproporcionadas o excesivas las causas de vencimiento o resolución cuando se ofrece al deudor, como dispone el artículo 1129 del Código para el caso de insolvencia, la posibilidad de ofrecer alguna garantía o sustituir la concedida (aquí derecho de vencimiento o resolución) por otra u otras igualmente seguras. Sea de todo esto lo que fuere es lo cierto de todos modos que la citada Dirección ha identificado, en base a los parámetros expuestos en la citada sentencia y otras del mismo Tribunal y su doctrina tradicional sobre la materia, una serie de cláusulas in-inscribibles que deviene forzoso acatar (aunque fuese solo por razón de lo dispuesto en el art. 327 de la Ley Hipotecaria, antepenúltimo párrafo, que obliga a todos los registradores a seguir en sus calificaciones la doctrina del nombrado Centro). En concreto la resolución de 8 de julio de 2011 ha declarado que las dudas que el artículo 12.2 de la LH plantea han sido resueltas por las resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, que afirma aplicables al caso de hipoteca flotante, y sienta la doctrina de que no son inscribibles la obligación del hipotecante de no enajenar, ceder, gravar ni traspasar total o parcialmente las fincas ni la de no celebrar sin el consentimiento previo del agente contratos de arrendamiento, subarrendamiento, cesión temporal de espacio u otros de significación económica semejante respecto de las fincas en condiciones, plazo y precios más onerosos para el propietario de los que se celebrarían en el mercado entre partes independientes, porque infringe normas imperativas como los artículos 27 y 107 número 3 LH y ser contradictoria con el principio de libertad de contratación, libre circulación, uso y destino de los bienes y al crédito territorial, como han sostenido reiteradamente la DGRN en resoluciones de 27 de enero de 1986 y 8 de noviembre de 1993, y el TS en sentencia de 16 de diciembre de 2009; que tampoco es inscribible el vencimiento anticipado por la iniciación de cualquier procedimiento que lleve aparejado embargo o ejecución de bienes conforma a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 porque supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución de contrato además de ser desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías, por lo que produce manifiesto desequilibrio contractual y resulta ilícita por abusiva, aparte de que tal pacto es ajeno al crédito garantizado y su efectividad no disminuye la garantía real ni la preferencia de la hipoteca y es por tanto desde este punto de vista contraria a lo dispuesto en los artículos 131 y 133 LH; que tampoco es inscribible la referencia al vencimiento por «cambio material adverso» por idénticas razones, y en particular, porque solo se admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes; finalmente tampoco es inscribible el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso por ser contraria al artículo 61.3 de la Ley Concursal. A ello hay que sumar que la Ley Hipotecaria como ley que es de terceros y el registro de la propiedad como instrumento de publicidad legal del estado jurídico de las fincas y por tanto de certidumbre jurídica (porque no cabe hablar de publicidad y menos certidumbre cuando lo situación jurídica a publicar es confusa o tiene alcance indeterminado) impiden la inscripción de todas aquellas cargas (por tanto también las causas de resolución de la hipoteca) cuyo supuesto de ejercicio no sea descrito de manera precisa y clara, esto es, esté perfectamente determinado; y no lo están por hipótesis aquellas de redacción genérica que comprenden en su tenor multitud de supuestos o tienen alcance incierto incluso para un especialista o exper-

to en Derecho de contratos. Por lo demás hay que tener en cuenta que la citada resolución de 8 de julio de 2011 considera inscribibles las cláusulas de vencimiento anticipado por falsedad de declaraciones de la entidad deudora hipotecante en base a las cuales las entidades financieras han otorgado el contrato así como de las declaraciones que en lo sucesivo realicen los obligados de acuerdo con lo previsto en los documentos de la financiación. También declaró inscribible la misma resolución el caso de no restitución de *ratios*, si no se produjera la recuperación de los niveles previstos para los ejercicios iniciados a partir de determinada fecha. Sobre este asunto es obligada la lectura de VALERO, Estudios *cit*. Por lo demás si se acepta que el préstamo es un contrato bilateral (no unilateral) y que el interés constituye el precio del uso («usura») del capital prestado (cfr. LARENZ, *cit.,* 2 pp. 269 y sigs.) para que proceda la resolución con arreglo al artículo 1124 del Código, el incumplimiento debe ser grave y además de la obligación principal, no de las accesorias: DÍEZ-PICAZO, El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos en *ADC* 22 (1969) 383 sigs. En el mismo sentido LARENZ, *cit.,* 1 pp. 365 y sigs. Cfr. nota siguiente. Para las causas de vencimiento anticipado en general GÓMEZ-GALLIGO, Sobre las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y en la contratación inmobiliaria en *Revista Jurídica Galega 73* (2011) 12 y sigs.; y PARDO-NOGUEROLES, Las causas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios en *La Ley* 7293 (2009) 37 y sigs. Tienen eficacia real solo las causas que condicionan o modalizan en algún modo la exigibilidad (en particular el plazo) o el contenido y alcance de la acción real hipotecaria; no la personal por el crédito garantizado.

[73] Sigue siendo discutible que el impago de uno o varios (aunque sean tres) de los plazos del crédito deba producir el vencimiento de los restantes. La práctica registral lo venía admitiendo desde antiguo y fue respaldada por el artículo 29 de la Ley de Hipoteca mobiliaria de 16 de diciembre de 1954. Los artículos 135 y 127.2 de la Ley habían permitido optar por ejecutar parcialmente la hipoteca por cada plazo impagado. Apoyo para la reclamación total no cabe deducirlo del 1129 del Código. El hecho que el crédito este asegurado con hipoteca lo excluye del supuesto de hecho de la norma. Duda que el precepto pueda tener aplicación en estos casos MORENO QUESADA, El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías en *ADC* 24 (1971) 429. La discusión fue zanjada en el sentido equivocado por el artículo 693 de la (nueva) LEC, enmendada por la ley 1/2013 que restringe el vencimiento total «al caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución». Argumentos para considerar el vencimiento anticipado (más allá de los casos del 1129 del Código) como cláusula penal y, por tanto, moderable en principio por los Tribunales: LARENZ, *cit.,*1 p. 395. Por lo demás no es lo mismo resolución que vencimiento anticipado: no tienen el mismo alcance. Se aprecia fácilmente la diferencia en caso de que, habiéndose pagado los anteriores, se pretenda la resolución total del contrato (no el vencimiento anticipado de los que quedan) por falta de pago de uno de los plazos. La resolución del contrato impone la restitución por el deudor de todo el capital prestado y eso exige que el acreedor consigne antes el reintegrado por el deudor hasta la fecha. En cualquier caso, aún de no estimar procedente la consignación y por tanto permitir también en caso de resolución solo la reclamación de la «diferencia», deberá devolver el prestamista acreedor «los provechos efectivamente obtenidos con la parte del capital ya reintegrado por el deudor y, lo que es más importante, indemnizar «por los que indebidamente no se hayan obtenido» (!): LARENZ, *cit.,* 1 p. 395.

[74] La reforma hipotecaria de 1944 reforzó la independencia de la hipoteca frente al crédito, especialmente, en caso de hipotecas en garantía de cuentas de crédito. El plazo de duración, y las posibles prórrogas, que han de constar en el contrato, se refieren a la hipoteca, no a la cuenta. En la ley de 1909, también en su Reglamento de desarrollo, en cambio, se predicaban de la cuenta con un límite de tres años. Sobre su fundamento: ROCA, IV-2, *cit.,* p. 807. ROCA, *cit.,* p. 808 y SANZ, *Comentarios de la ley Hipotecaria* (Madrid, 1945) pp. 412 y sigs., siguieron pensando que el plazo se refería a la cuenta, no a la hipoteca. La resolución

de la Dirección de 4 de julio de 1984 habla de la obligatoriedad de señalar «plazo de liquidación final de las operaciones garantizadas». Pero en el caso no había «contrato de cuenta corriente»: aseguraba la hipoteca deudas de nacimiento futuro en que por hipótesis no puede haber plazo alguno.

[75] Cfr. 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua. En contra del carácter imperativo del precepto CACHÓN, *El embargo* (Barcelona, 1991) p. 228: las partes podrían excluir su aplicación y el acreedor con consentimiento del deudor embargar, por razón de créditos hipotecarios, bienes no hipotecados (pasando al párrafo segundo del art. 1447). De nuevo la comparación con la letra de cambio es aleccionadora. También existe aquí él peligro de ejecuciones dobles en base a un mismo crédito. Si se ejecuta la acción causal y subsistiese la hipotecaria, podría, simultáneamente o con posterioridad, iniciarse una segunda ejecución por el mismo crédito. Por ello, de la misma manera que no cabe allí ejercitar la acción causal si no se reintegra al deudor el título cambiario (art. 1170 del código), no debería tampoco aquí ser posible el ejercicio de la causal por el crédito asegurado si no se cancela antes la hipoteca que lo garantiza. La solución que seguía la antigua LEC —la de dar prioridad en la ejecución a los bienes hipotecados y pignorados— es la que procede mantener también en la nueva. Según CORDÓN, en Comentario al artículo 592, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil 2* (2001) p. 281: «desaparece la referencia (en la nueva ley) a bienes hipotecados o pignorados. Aunque no se refiera expresamente a la innecesariedad de embargarlos (como el Borrador: art. 605.1) (hay que ejecutarlos primero). La razón es clara: los bienes han sido afectados convencionalmente a la ejecución, por lo que debe actuarse contra ellos en primer lugar». En definitiva, la constitución de hipoteca equivale al «acuerdo» de que habla el artículo 592 de la LEC. En el mismo sentido VEGAS en OLIVA-DÍEZ-PICAZO y VEGAS, *Derecho procesal civil 3* (2002) p. 175: «los pactos fuera de la ejecución incluyen, sin duda, la constitución de garantías reales para asegurar el cumplimiento de una obligación (prenda e hipoteca) (…). Cuando se inicia un proceso d ejecución para hacer efectiva una deuda garantizada con prenda e hipoteca, debe procederse en primer lugar contra los bienes pignorados o hipotecados, sin necesidad de embargarlos, porque ya están formalmente afectos al cumplimiento de la obligación». Apunta también a esta construcción la nueva Ley General Tributaria: cfr. artículo 168. Un resumen del estado de la cuestión en R. PARDO. La ejecución de los bienes hipotecados. La llamada "excursión real". *La Ley* 8504 (2015) Ass.

(Artículo recibido el 26-1-2015 y aceptado para su publicación el 6-2-2015)

La elección del orden de los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la Ley de Registro civil de 2011

The choice of the order of surnames by parents and the criteria of determination in the absence of agreement in the Spanish Civil Registry of 2011

por

ESTHER TORRELLES TORREA
Profesora Titular
Universidad de Salamanca

RESUMEN: El orden de los apellidos se ha sometido a una nueva regulación en la Ley de Registro civil de 2011. Con ello se elimina en nuestro ordenamiento el conceder primacía al apellido paterno sobre el materno. A pesar de los intentos legislativos anteriores a la reforma para eliminar esta primacía no ha sido hasta esta nueva ley que no se ha eliminado la discriminación al permitir que los padres elijan el orden de los apellidos (logro que se consiguió en 1999) y, en su ausencia, delegar en el Encargado del Registro

civil la elección del orden de los apellidos en función del interés superior del menor. Se valora la nueva norma, la función del Encargado del Registro civil y el significado del interés superior del menor a la luz de la LO 8/2015, de 22 de junio. Similar solución se ha seguido en el Código civil argentino de 2014, aunque con ciertos matices.

ABSTRACT: The order of surnames has been subject to a new regulation in the Civil Registry of 2011. This eliminates in our legal system giving primacy to the surname of the mother. Despite previous attempts to legislative reform to eliminate this primacy, has been this new law which has eliminated discrimination by allowing parents to choose the order of surnames (achievement that was achieved in 1999) and, in his absence, delegate the choice of the order of the surnames based on the best interests of the child in the civil registry officer. Appreciates the new standard, referral to the officer of the civil registry and the meaning of the best interests of the child in the light of the draft law to the childhood, reaching similar conclusions to the reflected in the Civil Code of Catalonia or in the new civil code Argentino de 2014, although with nuances.

PALABRAS CLAVES: Apellidos. Discriminación. Autonomía de la voluntad. Interés superior del menor. Filiación. Encargado del Registro civil.

KEY WORDS: Surname. Discrimination. Autonomy. Best interests of the minor. Manager of the civil registry.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORIGEN HISTÓRICO DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS: 1. La atribución de los apellidos tras la Constitución de 1978. La ley 11/1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. 2. La Ley 40/1999, de 5 de noviembre sobre nombres y apellidos y orden de los mismos. Regulación vigente hasta la entrada en vigor LRC 2011.—III. ALGUNAS INCERTIDUMBRES EN LA REGULACIÓN DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y LRC 1957 HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LRC 2011: 1. El criterio subsidiario. 2. La dudosa vigencia del artículo 194 RRC.—IV. LA REGULACIÓN DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS EN EL ARTÍCULO 49.2 LRC 2011.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La identificación de una persona se ha asociado a la asignación de un nombre y unos apellidos siguiendo cada país un criterio distinto de atribución[1]. La atribución de un nombre y uso de los apellidos individualiza a la persona y se puede enmarcar en el principio de libre desarrollo de la personalidad y el principio de dignidad de la persona lo que lo convierte en un bien o derecho subjetivo de la personalidad[2]. En nuestro país, el nombre está compuesto por dos elementos: el nombre propio, que se elige, y dos apellidos, que se imponen por filiación, el paterno y materno[3] (la duplicidad de apellidos evita la homonimia y permite que tanto el padre como la madre quede reflejada en la identidad del hijo)[4].

Es evidente que uno de los dos apellidos debe ir en primer lugar y la legislación, la costumbre y usos sociales han propiciado el uso del apellido paterno como prioritario. Sin embargo, desde la perspectiva social y jurídica actual, esta prevalencia del apellido paterno sobre el materno choca frontalmente con el principio de igualdad del artículo 14 CE 1978. O con el artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, advierte que «La igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». También choca con textos internacionales tales como el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979[5], o la resolución 78/37 sobre igualdad de los esposos en Derecho Civil, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978[6], o la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa 2, de 5 de febrero de 1985, relativa a la protección jurídica contra la discriminación basada en el sexo, o la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1271, de 28 de abril de 1995, relativa a la discriminación entre hombres y mujeres para la elección del apellido y la transmisión de apellidos de padres a hijos; o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[7].

En España, en la actualidad, el orden de los apellidos está regulado en el artículo 109 del Código Civil, en la Ley de Registro civil de 1957 (arts. 53 a 62), y en el Reglamento de Registro civil de 1958 (arts. 192 a 219). Sin embargo, la LRC 1957 ha sido modificada por la ley 20/2011 de 21 de julio (BOE 175, 22 de julio de 2011), y regula el tema del orden de los apellidos en el artículo 49. La peculiaridad de la nueva LRC es que ha sufrido una atormentada *vacatio legis;* actualmente tiene prevista su entrada en vigor el 30 de junio de 2017. No podemos olvidar en cuanto a normativa se refiere, la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

En el presente trabajo no analizaremos todos los supuestos legales de modificación o cambio de apellidos[10], sino que nos centraremos en la facultad de los progenitores de atribuir sus apellidos a sus hijos, analizando los supuestos en que exista acuerdo entre ellos o no. Se pretende analizar la regulación del orden de los apellidos a la luz de la normativa actual (LRC 1957) y de la nueva LRC 2011. El problema con el que se ha enfrentado el orden de los apellidos es la existencia de tres cuerpos normativos donde se prevé la regulación del orden de los apellidos (CC, LRC y RRC), que han sido modificados cada uno con cierta libertad respecto a los otros, generando una falta de coordinación que se ha intentado solventar por parte de la doctrina y la jurisprudencia, la mayoría de las veces, sin tener presente el artículo 14 CE.

Precisamente, la nueva LRC 2011 anuncia como derechos de la persona, por una parte, el derecho al nombre, es decir, a la identificación individual y propia a través de la palabra que se utiliza para designar a la persona, y, por otra, el derecho a la igualdad de género y pleno reconocimiento del principio de igualdad en todas sus manifestaciones (art. 11.a. h). Han sido estos derechos los que han propiciado la actual regulación del orden de los apellidos en su artículo 49 acorde con estos principios, con el artículo 14 CE y el artículo 4 de la LO 3/2007.

II. ORIGEN HISTÓRICO DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS

Durante muchos siglos el régimen jurídico del nombre civil de las personas estuvo relegado al derecho consuetudinario. Ni el Código Civil de 1889 ni la Ley de Registro civil de 1870 contenían una verdadera regulación de la materia. Realmente hasta la promulgación de la Ley de Registro civil de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958, no existía en España una verdadera regulación[11].

A partir del siglo IX, en la medida que la ordenación del grupo social se complica, se añade al nombre, como denominación individual, un segundo elemento o apelativo identificativo de la persona. Este apelativo acostumbraba a ser el nombre del padre, un apodo, un sobrenombre resaltando los rasgos físicos de una persona, profesión o lugar de procedencia. El problema es que este apelativo que seguía al nombre no se transmitía a la descendencia y cambiaban de generación en generación.

Habrá que esperar a la Edad Media para que tome consistencia el apellido pues es cuando se vincula a la familia y se transmite a la generación siguiente, convirtiéndose en hereditario. Es en la Edad Moderna cuando se empiezan a usar los dos apellidos, pero al no existir legislación al respecto, la autonomía de la voluntad regía la materia.

Pero en España, con la existencia de los registros parroquiales, a partir del siglo XVI empiezan a usarse los apellidos paterno y materno. Estos registros se convierten en la prueba de los mismos. Sin embargo, el uso de los apellidos paterno y materno no estaba generalizado en la población[12].

En el siglo XVIII, con los Borbones y su rígida burocracia, se empieza a instaurar la regla del uso del primer apellido del padre y el segundo el de la madre. Ello se consolidó con la promulgación de la Ley de Registro civil de 1870 y el Código penal de 1870 (donde, además, se regulaba el delito de uso de nombre supuesto).

La creación de los Registros públicos es tributaria de los principios de la Revolución francesa. En el ámbito civil existía la preocupación por conocer y registrar la identidad de la persona para conocimiento general y seguridad. «La necesidad de crear registros públicos que se encargaran de dar noticia de la situación de la persona fue fruto de la nueva sociedad dimanada de la desaparición de las clases de la etapa anterior, y del individualismo y protagonismo, al menos formal, de la persona contenida en los principios revolucionarios. La insuficiencia de los datos de los libros de los registros parroquiales junto al movimiento codificador civil creó la conciencia y necesidad de regular Registros estatales (civiles) dependiente de las autoridades laicas»[13].

La Ley de Registro civil de 1870, en sus artículos 6 y 7 advertía que la inscripción de nacimiento debía contener «Los nombres, apellidos, naturaleza, domicilio y profesión u oficio de los padres y de los abuelos paternos y maternos si pudiesen legalmente ser designados, y su nacionalidad si fueran extranjeros», así como «la legitimidad o ilegitimidad del recién nacido si fuese conocida; pero sin expresarse la clase de esta; a no ser la de los hijos legalmente denominados naturales». Se añadía en el Reglamento que si el menor era de padres desconocidos, el Encargado del Registro le pondría un nombre y apellidos usuales, siempre que no revelaran dicha circunstancia (art. 34 Reglamento Registro civil).

Con la promulgación del Código Civil se consagra el derecho solo de los hijos legítimos, legitimados y naturales reconocidos a llevar los apellidos de los padres. Por tanto, es definitiva la atribución de la filiación. Ello generaba que los hijos tuvieran distintos derechos en función de su *status* familiar. En este sentido, los hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio de los padres tenían derecho a llevar los apellidos del padre y de la madre (arts. 114 y 122 del Código Civil); los hijos legitimados por concesión soberana llevarían el apellido del padre o de la madre que lo hubiera solicitado (art. 127 del Código Civil); los hijos ilegítimos no naturales solo podían exigir alimentos de sus padres.

La proclamación de la Segunda república incidió en esta materia e impuso a los padres las mismas obligaciones para los hijos nacidos fuera del matrimonio como para los hijos legítimos, prohibiendo a su vez, la consignación de la

legitimidad o ilegitimidad de los hijos en las actas de nacimiento del Registro civil (art. 43 Constitución 1931). Pero esta igualdad duró poco puesto que el régimen franquista rescató la distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos[14].

La Ley del Registro civil del 1957 y su Reglamento realizaron reformas importantes, pero no todas las deseadas. Como anuncia SERRANO FERNÁNDEZ y veremos a lo largo de estas páginas, fue el Reglamento el que sí entró en un verdadero proceso de actualización, pero «la técnica de adecuar la regulación del Registro civil mediante la reforma del Reglamento y no de la Ley, ha traído como consecuencia que la LRC, haya quedado implícitamente derogada en algunos aspectos fundamentales que han pasado a ser reguladas, una vez más, por normas reglamentarias las cuales ejercen una notable influencia en la interpretación de los preceptos contenidos en el Código Civil»[15].

La promulgación de la Constitución española en 1978 obligó a adaptar gran parte de la normativa española a sus contenidos y el Derecho de familia fue uno de los más afectados. Por ello se promulgaron leyes como la Ley 11/1981, de 13 de mayo que incidió en el tema del orden de los apellidos suavizando la regulación.

1. La atribución de los apellidos tras la Constitución de 1978. La ley 11/1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

Con la ley 11/1981 la atribución de los apellidos depende de que la filiación esté determinada, ya sea por ambos progenitores o solo uno de ellos. En este sentido el artículo 109 del Código Civil tras la reforma de 1981 afirmaba que «1. La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. 2. El hijo, al alcanzar la mayoría de edad podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos»[16]. Por tanto, determinada la filiación paterna y materna, ya sea matrimonial o extramatrimonial, se otorgaba preferencia al apellido paterno sobre el materno (arts. 53 LRC y 194 RRC)[17]. Esta regulación chocaba con el principio constitucional instaurado en el artículo 14 CE de no discriminación por razón de sexo, pero el tradicional uso del apellidos paterno seguido del materno parecía no incomodar demasiado a la sociedad[18]. La regulación era la siguiente:

- Si la filiación estaba reconocida por ambas líneas, paterna y materna, el hijo ostentaba como primer apellido el primero del padre y como segundo apellido el primero de la madre.
- Si la filiación estaba determinada solo respecto a uno de los progenitores, al hijo se le otorgaba los dos apellidos del mismo y en su mismo orden. Ahora bien, según establecía el artículo 55.2 LRC, a petición del hijo, en cualquier tiempo, o de su representante legal, si la única filiación

determinada del mismo era la materna, se podía invertir el orden de los apellidos maternos para evitar la coincidencia del primer apellido de la madre y el hijo, y evitar, a su vez, mostrar la ausencia de determinación de la filiación paterna.

— Si la filiación no estaba determinada legalmente, el Encargado del Registro civil otorgaba al hijo un nombre y apellidos de uso corriente (art. 55 LRC). Ya no se impone en estos casos el apellido Expósito (art. 198 RRC). Ahora bien, si en un momento posterior quedara determinada la filiación, se podía proceder al cambio de apellidos adecuándolo a las nuevas circunstancias.

El artículo 111 del Código Civil permitía la ausencia del apellido del progenitor, a no ser que lo solicitase el hijo, cuando el progenitor hubiera sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme, o cuando la filiación.

La novedad de la ley de 1981 es que introdujo un nuevo apartado al artículo 109 del Código Civil, aún vigente hoy en día, según la cual se concedía el derecho a los hijos a partir de su mayoría de edad de poder alterar el orden de sus apellidos, por lo que el primer apellido puede ser el materno («el hijo, al alcanzar la mayoría de edad podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos»). Unos meses después, este segundo apartado del artículo 109 del Código Civil se arropó por la Circular de la DGRN de 2 de julio de 1981[19].

Con el artículo 109.2 del Código Civil se intentó suavizar la desigualdad[20] y permitir la pervivencia del apellido materno. Sin embargo, este derecho, así configurado, es personalísimo de los hijos mayores de edad, velando por sus intereses[21], pero no el de las madres[22]. El cambio de orden de los apellidos se realiza a posteriori, lo que implica que, en su origen, el orden consagrado era el tradicional. Además, esta novedad no solucionaba la desigualdad entre los progenitores, dado que en la práctica no se solía usar este derecho por parte del hijo pues ya eran reconocidos en la sociedad por el orden de apellidos que ostentaban desde su nacimiento y no se solía cambiar al llegar a la mayoría[23].

Por tanto, la elección por parte de los hijos del orden de los apellidos no lograba erradicar la desigualdad de la regulación, pues prevalecía la filiación paterna a falta de dicha elección. Hubo intentos posteriores que pretendieron paliar la situación pero no prosperaron. Fue el caso de la Proposición de Ley de 17 de septiembre de 1985 que proponía una nueva regulación al artículo 109 del Código Civil, cercana a la actual: «La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Los progenitores podrán alterar, de común acuerdo, el orden de los apellidos paterno y materno en el momento de la práctica de la inscripción de nacimiento»[24].

2. La Ley 40/1999, de 5 de noviembre sobre nombres y apellidos y orden de los mismos. Regulación vigente hasta la entrada en vigor LRC 2011

La Ley 40/1999 de 5 de noviembre sobre nombres y apellidos y orden de los mismos, modificó el artículo 109 del Código Civil, 54 y 55 de la LRC de 1957, intentando consagrar en nuestro ordenamiento el principio de plena igualdad entre los progenitores en el orden de transmisión de los apellidos[25].

Sin embargo, como se ha advertido *supra*, antes de la promulgación de esta ley había cierto consenso en lo relativo a la necesidad de modificar el régimen legal de los apellidos, aunque la discrepancia era en el alcance de dicha modificación[26]. En todo caso, a pesar de los pasos que se fueron dando hacia la igualdad en el tema de la atribución de los apellidos, costó llegar a ello «probablemente por lo arraigado socialmente de la práctica de anteponer el apellido paterno al materno»[27].

Esta ley 40/1999, respecto al orden de los apellidos, ha permitido que el apellido materno se anteponga al apellido paterno. En este sentido la ley modificó el artículo 109 del Código Civil, añadiendo dos apartados más a los ya existentes desde 1981 y cuya redacción es la vigente hoy en día: «1. La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. 2. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de su inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. 3. El orden de los apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. 4. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos»[28]. La ley modificó también el artículo 54 y 55 LRC[29].

Por tanto, el común acuerdo del padre y la madre antes de la inscripción registral, si la filiación está determinada por ambos, es el que determinara el orden de transmisión de sus primeros apellidos[30].

Ahora bien, si los progenitores no ejercen el derecho que tienen a elegir cuál de sus primeros apellidos se transmitirá al hijo o no llegan a un acuerdo, el artículo 109 del Código Civil remite a «la Ley». Debemos suponer que la remisión a la ley, es a la LRC y a la redacción del artículo 53 LRC que, tanto en 1981 como en 1999, era la misma: «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todo» [31]. Por tanto, se deducía que el orden de los apellidos era el paterno y materno. El artículo 55 LRC nada establece en torno al orden de los apellidos.

No obstante, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de contraer matrimonio, reformó el artículo 53 LRC 1957 con la siguiente redacción: «las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la ley ampara frente a todos»[32]. Aquí es donde surge el problema, esta nueva redacción no establece

prelación alguna en el orden de los apellidos. Además, parece querer eliminar la preferencia de un apellido sobre otro.

El problema es que actualmente, la técnica legislativa del artículo 109 del Código Civil sigue remitiendo a la Ley. Es decir, la ley de 2005 solo modificó el artículo 53 LRC, no el artículo 109 del Código Civil, por tanto, ¿A qué ley se refiere el artículo 109 del Código Civil? Si es a la Ley de Registro civil, la cuestión es, como se ha advertido, que no hay una regla en dicha ley respecto al orden de los apellidos (ni el art. 53 ni el 55 LRC 1957), así que la remisión a la ley parece ser una laguna legal (RDGRN 26 de enero de 1998)[33].

Los tribunales lo solventan acudiendo, no a la LRC sino a su Reglamento, en concreto al artículo 194 RRC (modificado por Real Decreto-ley 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos). Este artículo del Reglamento afirma que «si la filiación está determinada por ambas líneas, y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera» (entre muchísimas sentencias o resoluciones, RDGRN 28 de diciembre de 2010 *JUR* 2011, 404864; SAP Vizcaya 6 de febrero de 2013, *JUR* 2014, 144440; SAP Guadalajara 15 de octubre de 2013, *JUR* 2013, 335546; STC 7 de octubre de 2013, *La Ley* 2013, 159499; SAP Las Palmas, 19 de febrero de 2014, *JUR* 2014, 104834)[34].

En este sentido, la regulación del Código Civil y de la Ley y Reglamento de Registro civil hasta la reforma de la LRC 2011, se interpreta de la siguiente manera:

— Si la filiación está determinada por ambas líneas en el momento del nacimiento, se deja en manos de la voluntad de los padres la decisión sobre el orden de los apellidos de los hijos[35] y, en su defecto, se impone el primer apellido del padre y el primero de la madre (194 RRC)[36], sin perjuicio de la facultad del hijo mayor de edad para alterar el orden de los apellidos (109.2 del Código Civil)[37].

Sin embargo, desde la admisión del matrimonio de personas del mismo sexo por ley 13/2005, existe una laguna legal en los supuestos en que exista desacuerdo entre los cónyuges del mismo sexo, madres o padres, para determinar el orden de los apellidos. En estos casos, se aplica analógicamente el artículo 212 RRC y se ha afirmado que el Encargado del Registro civil actuará de oficio con amplia discrecionalidad, sin perjuicio de recurrir su decisión (entre otras, RRDGRN 17 de abril de 2008 *JUR* 2009, 388655; 22 de mayo de 2008 *JUR* 2009, 389849; 24 de noviembre de 2008 *JUR* 2010, 2732)[38].

— Si la filiación no está determinada por ambos progenitores, es decir, si solo hay una filiación reconocida, esta determinará los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal, determinar, al tiempo de la

inscripción, el orden de los apellidos (art. 55.2 LRC)[39]. Antes de la reforma de 1999, esta posibilidad de inversión, como vimos, solo se concedía en el caso de que la determinación de la filiación fuera solo de la madre[40]. Así se regulaba, por considerarse la condición de un hijo de padre desconocido como algo vergonzante y mal visto socialmente, que debía ser ocultado a fin de evitar un reproche social[41]. Era evidente su necesaria reforma y con ello alcanzar la igualdad entre progenitores en el supuesto de existir una sola filiación reconocida.

La excepción a esta regulación se prevé en el artículo 111 del Código Civil al permitir que el hijo no ostente el apellido del progenitor cuando este haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme; o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición, salvo si lo solicita él mismo o su representante legal.

Siendo esta la interpretación, es evidente que el legislador de 1999 y vigente hasta la reforma de la Ley de Registro civil de 2011, opta por la primacía del apellido paterno sobre el materno, generando con ello una discriminación respecto a la madre.

La jurisprudencia soluciona el problema de la vulneración del derecho de la igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 194 RRC, alegando que «es una cuestión de legalidad» (SAP Guadalajara 15 de octubre de 2013, *JUR* 2013, 335546); que «rige lo ordenado en la ley» (SAP Barcelona 26 de febrero de 2009); que los artículos 109 del Código Civil y 194 RRC cumplen con las exigencias de preservar la dignidad de la persona (…) trazando los criterios que deben regir la inscripción registral de los apellidos (…) como ha venido siendo usual en el ordenamiento jurídico civil» (*STC* 7 de octubre de 2013, *La Ley* 2013, 159499); por ser una tradición (SAP Vizcaya 12 de julio de 2007 (*La Ley* 2007, 201894); etc. En otras ocasiones dice que la discriminación ha sido matizada por el artículo 109.2 del Código Civil al permitir al hijo al alcanzar la mayoría solicitar la alteración del orden de los apellidos (SAP Málaga 17 de octubre de 2003 *[JUR* 2004, 12257]; o SAP Madrid 15 de septiembre de 2006 [*La Ley* 2006, 178840]).

No son argumentos muy jurídicos no admitir discriminación por el hecho de tener carácter solo temporal en la medida en que puede solucionarse en el futuro por parte de los descendientes. Además la victima de la discriminación es la mujer pero quien podrá alterar el orden de los apellidos es el hijo[42].

Tampoco faltan sentencias que afirman que tras la posibilidad de acordar el orden de los apellidos por parte de los progenitores se da «un trato más justo y menos discriminatorio a la mujer» (SAP Mallorca 18 de septiembre de 2007, *La Ley* 2007, 266835; SAP Castellón 21 de diciembre de 2007, *La Ley* 2007, 314713[43]). Con ello se está admitiendo que se ha reducido la discriminación pero no ha desaparecido.

III. ALGUNAS INCERTIDUMBRES EN LA REGULACIÓN DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y LRC 1957 HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LRC 2011

Centrando nuestra atención en el supuesto en que la filiación está determinada por ambas líneas, la polémica se abre por varios frentes.

Por una parte, los progenitores pueden pactar el orden de los apellidos, y si no lo hacen o están en desacuerdo, hay que determinar un criterio subsidiario: señalar cómo lo resuelve la ley.

Por otra parte, cabe analizar si realmente está en vigor el artículo 194 RRC como criterio subsidiario.

1. El criterio subsidiario

La autonomía de la voluntad de los progenitores permite elegir el orden de sus primeros apellidos que se transmitirá a sus descendientes. La polémica empieza a asomarse en caso de no ejercer tal derecho.

Puede ser que no lo hayan hecho por ignorancia de tal derecho o por inactividad de los padres a pesar de saberlo. En este caso se acude al artículo 194 RRC y se impone el apellido paterno sobre el materno. Con ello persiste el sistema tradicional sin paliar la tradicional discriminación que la mujer sufre en este aspecto y que la Ley de 1999 pretendía solucionar. Es lo que suele suceder en la mayoría de casos.

Pero puede suceder que los progenitores hayan intentado negociar el orden de los apellidos entre ellos. En este sentido pueden haber llegado a un acuerdo y parecerles bien el sistema tradicional existente: primero el apellido del padre y después el de la madre, o anteponer el de la madre[44]. Pero puede suceder que no se hayan puesto de acuerdo generándose, de este modo, una controversia entre ellos[45].

En todos los casos la solución, según el artículo 109 del Código Civil, es la misma: «regirá lo dispuesto en la Ley». Si por Ley, como advertíamos anteriormente, se entiende la preferencia del apellido paterno sobre el materno estipulada en el artículo 194 del Código Civil, esta será la regla prevista legalmente para la ausencia de acuerdo entre los progenitores.

Es evidente que estamos ante un criterio discriminatorio, aunque tan discriminatorio es este, como el inverso de situar en primer lugar el apellido de la madre[46]. Como dice SÁNCHEZ GONZÁLEZ, es un criterio «difícilmente sustituible por otra alternativa universalmente válida»[47].

Pero la doctrina ha ido proponiendo una serie de alternativas al orden de los apellidos. Se ha defendido que en estos supuestos lo mejor hubiera sido prever, en caso de desacuerdo de los progenitores sobre la elección del orden de

los apellidos de los hijos, la atribución al juez[48] de la competencia para decidir en función del interés del menor, como sucede, por ejemplo, en los casos del artículo 70, 103, o 156.2 del Código Civil[49].

Sin embargo, en contra de la atribución de esta facultad de decisión al juez en caso de conflicto entre los progenitores, se afirma que no casa con el tenor literal del artículo 109 del Código Civil, el cual no realiza distinción alguna entre los supuestos de silencio de los progenitores y oposición de los mismos, y, además, porque, con ello, se desnaturaliza el artículo 109 del Código Civil, pues si el juez debe atribuir la facultad última de decisión al padre o la madre habrá que proporcionarle los argumentos que justifiquen su decisión y si no existen circunstancias que permitan al juez decidir en un sentido u otro, «se estará planteando un problema irresoluble»[50]. También se critica que con ello se dilataría el asunto, y mientras tanto el menor no tendría una identificación determinada y estable, lo que generaría problemas prácticos y una vulneración al artículo 7 de la Convención de los derechos del niño. Además, sería difícil establecer los criterios por los que tendría que guiarse el juez, que en todo caso, debería ser el interés del menor[51].

Respecto al tema, GETE-ALONSO CALERA[52] propuso dos posibles soluciones a la actual regulación consiguiendo, de este modo, una formula respetuosa con el principio de desigualdad permitiendo que la mujer pudiera hacer valer el derecho a que su apellido constara en primer lugar:

— Por una parte, se trataría de redactar una norma en la que, para el caso de que los padres no hubieren expresado la voluntad en torno al orden de los apellidos se les exigiera su manifestación expresa en un sentido u otro (cambiar la previsión legal o establecer un orden), a fin de que, de manera efectiva exista un pronunciamiento. Muchas veces, en el momento actual, lo que ocurre es que los padres desconocen esta facultad. La efectividad se lograría simplemente mediante algo tan sencillo como la constancia expresa en los impresos (una casilla o apartado) de la declaración a efectos de la inscripción del nacimiento. En realidad ni siquiera sería preciso modificar la norma. El problema se genera en el caso en que no se pusieran de acuerdo: o lo dejarían en blanco o el Registro sería la meta de una carrera de cada uno de los progenitores para imponer su criterio unilateralmente.

— Otra opción, al igual que defienden otros autores como hemos señalado anteriormente, sería la de dejar en manos del juez la fijación del orden de los apellidos (criterio que regula la nueva LRC, aunque otorga esta facultad, no al juez, sino al Encargado del Registro civil)[53].

También se ha defendido el establecimiento expreso de un criterio claro y de fácil aplicación por parte del operador jurídico correspondiente. En este sentido, especialmente en las enmiendas al Proyecto de LRC de 2011[54] se

apostó, por ejemplo, por anteponer el apellido menos frecuente[55] o por seguir el orden alfabético[56]; el sorteo, aleatoriedad —por ejemplo, un programa informático para realizar las inscripciones que contara con una función dirigida a ello— o azar[57]; por el criterio de otorgar el apellido del ascendiente de mayor edad[58]; prevalencia del apellido que tuviera más riesgo de desaparecer[59]; o que a los niños se ponga delante el apellidos paterno y a las niñas el materno[60], etc.

Personalmente creo que no sería descabellado que en caso de filiación determinada por ambas líneas en el momento de nacer el menor y sin acuerdo de los progenitores en torno a la atribución del orden de los apellidos, se acudiera al sorteo de los apellidos por parte del juez Encargado del Registro[61].

2. La dudosa vigencia del artículo 194 RRC

Hasta ahora hemos partido de la base de que el artículo 109 del Código Civil cuando afirma que en caso de que los progenitores (estando determinada la filiación por ambas líneas), no hayan decidido el orden de los apellidos, «regirá lo dispuesto por la ley», siendo esta ley el artículo 194 RRC según el cual «si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo de la opción prevista en el artículo 109 Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera».

Con el Real Decreto-ley 193/2000 de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento de Registro civil en materia relativa al nombre y los apellidos y orden de los mismos, se modificaron algunos preceptos del RRC para adaptarlos a la ley 40/1999, entre ellos el artículo 194[62].

Pero, ¿realmente se mantuvo la vigencia del artículo 194 RRC? Es evidente que supone un choque frontal con el artículo 14 CE y las reformas que se han ido realizando en el Código Civil (art. 109) y LRC (art. 53), que en ningún momento establecen un orden de preferencia ni por uno ni otro apellido. Además, el artículo 109 del Código Civil remite a la Ley no al Reglamento. El problema es que el tema del orden de los apellidos, se encuentra regulado en tres cuerpos legales distintos, los cuales han sufrido reformas desequilibradas entre ellas. No ha habido una reforma única de la materia, sino que se ha ido parcheando el tema del orden de los apellidos sobre la marcha.

Ya apuntábamos *supra*, que la remisión a la «ley» del artículo 109 del Código Civil genera cierta incertidumbre, dado que si la ley a la que alude es la LRC, el problema es que no hay una regla en dicha ley respecto al orden de los apellidos. El artículo 53 LRC (reformado por Ley 13/2005) afirma que «las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la ley ampara frente a todos», pero ni este artículo ni

el 55 LRC prestablece un orden[63]. Sí lo establece el artículo 194 RRC pero es un Reglamento, no la Ley de Registro civil[64].

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, apunta a una derogación tácita del artículo 194 RRC por el nuevo artículo 53 LRC, reforzando su argumento con la incompatibilidad de aquel artículo con el artículo 14 CE[65]. Pero aunque consideremos derogado el precepto, sigue persistiendo el problema de determinar el orden de los apellidos en caso de conflicto entre los progenitores si la filiación está determinada por ambas líneas. Supongo que a falta de tal normativa, habría que acudir al juez para resolver el conflicto.

Recientemente, ORDÁS ALONSO apoya la interpretación de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, criticando el criterio jurisprudencial a favor del apellidos paterno sobre el materno a pesar de las ultimas reformas legislativas (la del art. 53 LRC por Ley 13/2005) y con buena fundamentación jurídica, considera que «el conjunto formado por el artículo 109 del Código Civil en relación con el artículo 194 RRC, en la redacción dada por la Ley 49/1999 y el Real Decreto 193/2000, respectivamente, resulta contrario al principio constitucional de no discriminación por razón de sexo, proclamando en el artículo 14 CE»[66].

Con la STS 17 de febrero de 2015, *RJ* 2015, 924, se ha iniciado una interpretación jurisprudencial correctora del artículo 194 RRC a la luz del interés superior del menor. Aunque la LRC 2011 aun no ha entrado en vigor, se considera que esta ley «autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor». En el mismo sentido, STS 11 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5606), o STS 12 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5602), SAP Vizcaya 6 de marzo de 2015 (*AC* 2015, 654), SAP Huelva 20 de mayo de 2015 (*AC* 2015, 1235), SAP Pontevedra de 11 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 298500). Por tanto, si el interés superior del menor así lo aconseja prevalece el apellido materno sobre el paterno aunque hay que señalar que estas sentencias aluden a supuestos de determinación sobrevenida de la filiación a la que se hace referencia seguidamente.

IV. LA REGULACIÓN DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS EN EL ARTÍCULO 49.2 LRC 2011

La ley 20/2011 de 21 de julio de reforma de la Ley de Registro civil regula en los artículo 49 a 57 el contenido de la inscripción del nacimiento, cuya entrada en vigor está prevista para el 30 de junio de 2017. Por lo que a nuestro tema se refiere, el artículo 49.2 advierte lo siguiente:

«La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro civil requerirá a los dos progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de los apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición «de» y las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente ley»[67].

Es a este precepto al que debemos entender que remite el artículo 109.2 del Código Civil cuando afirma que a falta de opción respecto al orden de los apellidos por parte de los progenitores «regirá lo dispuesto en el ley». Además, con dicha regulación hay un reconocimiento legal explícito del principio de igualdad jurídica entre hombre y mujeres en materia de apellidos y se fomenta, ante todo, el acuerdo de los progenitores en la elección del orden de los apellidos de los hijos[68]. Afirma el precepto que si la filiación está determinada por ambas líneas y no hay acuerdo de los progenitores respecto al orden de los apellidos, el Encargado del Registro civil les requerirá a ellos o a quienes ostenten la representación legal del menor[69] para que en el plazo de tres días comuniquen el orden de los apellidos, y si no lo hacen será el Encargado el que acuerde el orden atendiendo al interés superior del menor. Si la filiación no está determinada, el hijo llevará los apellidos del progenitor que está determinada en el orden que este decida. Si la filiación no está determinada por ninguna de las partes, ni materna ni paterna, el Encargado del Registro civil impondrá los apellidos de uso corriente[70].

Por tanto, se abandona el criterio subsidiario tradicional respecto al orden de los apellidos (primero el paterno después el materno) y se sigue un criterio más respetuoso con el principio de igualdad de hombres y mujeres[71]. Es el Encargado del RC quien tiene la competencia en la elección del orden de los apellidos en caso de desacuerdo, desjudicializando la materia y descongestionando los juzgados[72]. Sin embargo, ¿no sería más razonable otorgarle unos parámetros de elección más objetivos que el interés superior del menor, especialmente en los casos de discordia en los supuestos de filiación determinada por ambas líneas antes de la inscripción? Por ejemplo, un sorteo. Lo que consigue la nueva regulación es trasladar el problema al Encargado del Registro civil, pero, probablemente, no solucionarlo[73].

Cabe recordar que la competencia en la atribución de los apellidos del Encargado del Registro civil no es desconocida en la regulación de 1957, pues,

según el artículo 55 LRC 1957, es el Encargado del Registro civil el que en los supuestos de filiación desconocida atribuye al menor un nombre y apellidos de uso corriente. Ni tampoco es desconocido en la regulación del RRC, cuyo artículo 212.2 RRC señala que «El apellido impuesto con infracción de las normas será sustituido por el que estas determinen; en su defecto, por el llevado habitualmente por el peticionario; después por el de uso corriente que él o su representante legal elijan y, en último término, por uno impuesto de oficio».

En todo caso, el artículo 49.2 LRC 2011, guste más o menos, establece un criterio subsidiario: la elección por parte del Encargado del Registro civil siguiendo el interés superior del menor. El artículo 235-48.1 Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat), al regular los apellidos del adoptado, afirma lo siguiente: «1. La persona que es adoptada por dos personas conjuntamente lleva los apellidos de los adoptantes en el orden establecido para su primer hijo común o, si no tienen, en el orden que acuerden o en el dispuesto por la ley. Si los adoptantes son del mismo sexo y no tienen ningún hijo común ni acuerdan el orden de los apellidos, la autoridad judicial debe decidirlo dentro del procedimiento de adopción». Es decir, en el caso de uniones heterosexuales se sigue el criterio del artículo 109 del Código Civil, en cambio, en los supuestos de uniones del mismo sexo, a falta de acuerdo decide el juez en la interlocutoria de la constitución de la adopción sin indicarle criterio alguno al cual atenerse[74]. Aquí es el juez que sigue el procedimiento de adopción el que decide, pero sin señalar criterio alguno. Para solventar esta falta de criterio puede ayudar el artículo 211-6 CCCat que alude al interés superior del menor, advirtiendo que «1. El interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte». Por tanto, podría ser este interés superior al que deberá acudir el juez. Sin embargo, veremos a continuación si es este un buen criterio.

En la tramitación parlamentaria del Proyecto de LRC 2011, no fue el interés del menor el único criterio aportado[75]. Se defendió también seguir el criterio del sorteo o del orden alfabético, tal como se recogía en el originario artículo 49 del Proyecto de LRC[76]. Como bien señala NAVARRO CASTRO, «hay que asumir que si se quiere una autentica igualdad entre los apellidos del padre y de la madre, y puesto que en la mayoría de los casos no existirán razones que puedan aconsejar un orden u otro, la solución que se adopte necesariamente debe tener un componente de aleatoriedad»[77].

Indagar cual es el interés superior del menor, a veces, puede obligar al Encargado del Registro civil a asumir competencias que quizás se escapan de su función y son más propias de deliberarlas en un juicio ordinario.

No toda la doctrina ha estado de acuerdo en seguir el criterio del interés superior del menor en la determinación del orden de los apellidos. Así, por ejemplo, entre otros, SERRANO FERNÁNDEZ[78] ya se planteó en su día seguir este criterio y consideró que los criterios definidos por el interés superior del menor no son aplicables a nuestro caso puesto que estamos ante recién nacidos,

alegando que «el interés de los hijos, resulta protegido tanto si la decisión judicial otorga prioridad al apellido paterno como si se lo da al materno, pues no existen razones que justifiquen la preferencia de uno u otro apellido. Todo ello sin perjuicio de que existan casos en los que el interés de los hijos justifique anteponer uno u otro apellido».

Centrémonos muy brevemente en el interés superior del menor. Es un concepto indeterminado, un principio jurídico muy amplio y elástico que la jurisprudencia debe ir delimitando y contextualizando en cada caso[79]. Supone atender las circunstancias de cada caso, y observar el interés y mejor provecho para los hijos, por ejemplo, ser informado o escuchado, recabar su consentimiento, etc.[80]. Siguiendo a VELA SÁNCHEZ[81], es un concepto de valor o de experiencia referido a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión, pero que trasladadas a situaciones específicas su aplicación conduce a una solución y no a otra. Por ello, exige una interpretación dinámica, flexible, perfilando caso por caso una delimitación de lo que es el *favor filii o minoris*. En todo caso, estamos ante un principio que supone la protección de los derechos fundamentales del menor[82].

El interés superior del menor permite adaptar el problema en cuestión al supuesto específico que se pretende resolver, de forma que, en nuestro caso, no se impone al Encargado del Registro civil unos parámetros o criterios determinados para establecer el orden de los apellidos del menor, sino que dicho principio posee un ámbito de actuación flexible que le permite valorar, según las circunstancias, cuál es el interés superior del menor en función de la persona y del caso. En este sentido, es posible que el interés de los hijos pueda justificar anteponer uno u otro apellido, por ejemplo, para evitar un apellido que genere cierta mofa. Pero en otros supuestos el interés del menor no puede ser determinante (por no existir precisamente un interés superior del menor), como en los casos de apellidos en riesgo de desaparecer[83], los casos de discusión de los progenitores para imponer su primer apellido por simple voluntad o placer. El riesgo reside en que el Encargado del Registro a la hora de delimitar la eficacia del interés superior de menor seguirá un criterio más o menos subjetivo, pero igual de subjetivo puede ser en otros supuestos en que se acude al interés del menor como criterio de resolución de conflictos[84].

El problema es la poca concreción del interés superior del menor; la falta de criterios para saber cuál es el interés superior del menor. Sin embargo, la LO 8/2015 de 22 de junio, de modificación de sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor, dotando de contenido al principio del interés superior del menor[85]. La finalidad del principio es asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor así como su desarrollo integral. Se añade que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador

como criterios que deben ser tenidos en cuenta (art. 2.2), criterios que deben ser ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso (art. 2.3), y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio (arts. 2.4 y 2.5).

En todo caso, el interés superior del menor, puede ser más relevante como pauta a seguir en los casos de determinación judicial de filiación posterior al nacimiento del menor, es decir, en los casos, por ejemplo, en que en el momento del nacimiento del menor su filiación solo está determinada en línea materna y la filiación paterna se establece de forma sobrevenida con las consecuencias inherentes que ello tiene respecto a los apellidos. En estos casos, si hay desacuerdo en el orden de los apellidos que hay que otorgar al menor, la jurisprudencia menor estando en vigor la LRC 1957 acude al artículo 194 RRC y aplica primero el apellido del padre y segundo el de la madre[86]. No obstante, como se ha visto *supra,* la STS de 17 de febrero de 2015 defiende una interpretación correctora de la normativa a la luz del principio del interés superior del menor.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta la STC 167/2013 de 7 de octubre (*La Ley* 2013, 159499), en la cual se solicita un recurso de amparo por parte de la madre de un menor nacido en 2004, ante la demanda impuesta por el padre (por cierto, condenado como un autor de delito de violencia en el ámbito familiar un año antes de interponer la demanda de paternidad), reclamando el reconocimiento de paternidad con el consiguiente cambio de apellidos —el hijo hasta entonces ostentaba los de la madre—. Las sentencias del Juzgado de Violencia sobre la mujer de Barcelona (26 de febrero de 2009) y de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (21 de diciembre de 2009) estimaron la demanda del padre. La madre consideraba vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, su derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo; y el derecho a la propia imagen del menor. Estas dos últimas sentencias no tienen presente el perjuicio que suponía para el menor el cambio de apellidos, y aplican el artículo 194 RRC ante el desacuerdo de los progenitores: primero el apellido paterno, después el materno[87]. Sin embargo, el TC otorga el amparo, anulando ambas sentencias y proclamando una vulneración del derecho a la propia imagen del menor[88].

Sin embargo, el caso planteado puede generarnos una duda: la decisión en torno al orden de los apellidos, en un caso como el expuesto, ¿debería corresponder al Encargado del Registro civil o al juez ordinario?[89].

Si el responsable debe ser el Encargado del RC no le resultará fácil decidir, teniendo que entrar en el fondo del asunto, con informes al respecto, aunque sea de los hechos. La agilización puede desaparecer. Si el encargado es el juez, lo cual parece más sensato por conocer mejor el asunto puesto que ha tenido que resolver respecto a una reclamación de filiación, pueden acabar duplicándose las funciones (las del juez y las del Encargado del RC) si no se delimitan bien los ámbitos de actuación.

Es evidente que entre el caso de desacuerdo de los padres cuya filiación está determinada por ambas líneas al nacer el hijo y proceder a su inscripción, y el conflicto en el caso de determinación de filiación sobrevenida, la intensidad del conflicto es distinto, o mejor dicho, el interés superior de menor actúa con distinta intensidad.

En el primer caso, el conflicto no afecta tanto al hijo, a su interés, como a los padres, que pretenden priorizar su apellido, sea por el motivo que sea. En estos casos el interés superior del hijo está muy debilitado, centrado en la necesidad de llegar a un acuerdo para tener un derecho como es su identificación. Creo que en estos casos sería más apropiado sortear el orden de los apellidos[90].

En cambio, en el segundo supuesto, el interés superior del menor adquiere más relevancia, el menor quizás ha estado usando los apellidos de la madre (en el mismo orden o invertidos) durante unos años y cambiarlos puede suponer un trastorno para él (o no, es lo que habrá que valorar). Evidentemente si tiene suficiente juicio se solicitará su consentimiento[91]. Cabe señalar, sin embargo, que el artículo 53.5 LRC 2011 (en similar sentido el art. 54.3 LRC 1957), señala, respecto al cambio de apellidos, que el Encargado del Registro civil puede autorizar el cambio «cuando sobre la base de una filiación rectificada con posterioridad, el hijo o sus descendientes pretendieran conservar los apellidos que vinieren usando antes de la rectificación. Dicha conservación de apellidos deberá instarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación o, en su caso, a la mayoría de edad».

Por todo ello considero que la regulación recogida en el artículo 49 LEC 2011 en principio es apropiada por borrar cualquier indicio de discriminación, pero cabe realizar algunos matices:

— En el caso de discrepancia entre los progenitores antes de inscribir al menor en torno al orden de los apellidos, sería útil la creación de un criterio objetivo para el Encargado del Registro civil, por ejemplo, el sorteo.

— En el supuesto de una sola filiación definida al inscribir el menor y determinada la otra línea en un momento posterior o en el caso en que la filiación está determinada desde el inicio por ambas líneas pero posteriormente se impugna, otorgaría la competencia para decidir el orden de los apellidos al juez ordinario que ha decidido, por ejemplo, sobre la reclamación o impugnación de la paternidad, quien debería decidir siguiendo el interés superior del menor[92].

GÓMEZ GÁLLIGO, tras defender la llevanza del Registro civil por parte de los Registradores de la Propiedad y Mercantil, distingue la función del registrador y la del juez: «el juez tiene como misión constitucional juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, mientras que la función registral se refiere a la determinación y publicación de situaciones jurídicas al margen de cualquier controversia judicial. La función registral está más cercana a la denominada jurisdicción voluntaria

que a la estrictamente jurisdiccional[93]. Siguiendo este criterio, podemos observar que la atribución del orden de los apellidos en caso de filiación determinada posteriormente puede generar una controversia más propia de dirimir en los tribunales que en la labor de calificación registral. Por supuesto que el registrador podría decidir al respecto, pero si el juez ha decidido sobre la atribución de la filiación, podría aprovecharse la circunstancia para que determinara el orden de los apellidos, a semejanza del artículo 235-48.1 CCCat como hemos visto anteriormente, sin necesidad de duplicar esfuerzos.

Atribuir al juez la competencia para decidir sobre el orden de los apellidos en caso de discrepancia es lo que se defiende también en el reciente Código Civil argentino. El nuevo Código Civil y comercial de la Nación, aprobado el 30 de octubre de 2014, en su artículo 64 trata el tema del orden de los apellidos del siguiente modo: «El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro./ Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos./ El hijo extramatrimonial con un solo vínculo lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos según el interés superior del niño»[94].

Observamos que el ordenamiento argentino acude al juez, que decidirá según el interés superior del menor, solo si concurren los siguientes requisitos: estar ante una filiación extramatrimonial, si la filiación no se determina simultáneamente, es decir, es sobrevenida, y si falta el acuerdo entre los progenitores al respecto.

V. CONCLUSIONES

I. La persona se identifica con la asignación de un nombre y dos apellidos y la costumbre y usos sociales han propiciado el uso del apellido paterno como prioritario. Sin embargo, desde la perspectiva social y jurídica actual, esta prevalencia choca con el artículo 14 CE, LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, textos internacionales, etc. El presente estudio analiza la facultad de los progenitores de atribuir sus apellidos a sus hijos dependiendo de la existencia de acuerdo o no entre ellos. El problema con el que se enfrenta el orden de los apellidos es la existencia de tres cuerpos normativos (CC, LRC y RRC) que han sido modificados cada uno con cierta libertad respecto a los otros, siendo la más relevante y clarificadora la LRC 2011.

II. El régimen jurídico del nombre civil estuvo relegado al Derecho consuetudinario. En el siglo XVII, con los Borbones, se instaura la regla del uso del primer apellido del padre y segundo el de la madre. Esto se consolida con la promulgación de la LRC 1870. Posteriormente se consagra, con distintos matices, en el Código Civil, LRC 1957 y su Reglamento.

III. Algunas leyes que fueron promulgadas tras la Constitución de 1978 afectaron al orden de los apellidos. Entre ellas, destaca la ley 40/1999 que permitió que el apellido materno se antepusiera al paterno si así lo acordaban los progenitores. A falta de acuerdo, el artículo 109 del Código Civil remite a la Ley. El problema es que la LRC 1957 no regula dicha materia sino que lo hace el artículo 194 RRC, precepto al que acude la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina siguiendo la regla según la cual el primer apellido es el paterno y el segundo el materno. Ello sin perjuicio de la facultad del hijo mayor de edad para alterar el orden de los apellidos (art. 109.2 del Código Civil). Sin embargo, también se ha defendido la derogación tácita del artículo 194 RRC con apoyo al artículo 53 LRC 1957 y artículo 14 CE. Sin embargo, la STS de 17 de febrero de 2015 ha iniciado una interpretación correctora del artículo 194 RRC a la luz del interés superior del menor.

IV. La nueva LRC 2011 regula la materia en el artículo 49.2. Se abandona el criterio subsidiario tradicional respecto al orden de los apellidos y se sigue un criterio más respetuoso con el principio de igualdad de hombres y mujeres. En primer lugar eligen los progenitores el orden de los apellidos, y a falta de acuerdo es el Encargado del Registro civil quien tiene la competencia en la elección del orden de los apellidos siguiendo el criterio del interés superior del menor. Sin embargo, ¿no sería más razonable otorgarle unos parámetros de elección más objetivos que el interés superior del menor, especialmente en los casos de discordia en los supuestos de filiación determinada por ambas líneas antes de la inscripción? Por ejemplo, un sorteo. Esto lo defendemos por la poca relevancia que tiene el interés superior del menor en estos casos. Es posible que el interés de los hijos pueda justificar anteponer uno u otro apellido, por ejemplo, para evitar un apellido que genere cierta mofa. Pero en otros supuestos el interés del menor no puede ser determinante (por no existir precisamente un interés superior del menor), como en los casos de apellidos en riesgo de desaparecer, los casos de discusión de los progenitores para imponer su primer apellido por simple voluntad o placer, etc.

V. Es evidente que entre el caso de desacuerdo de los padres cuya filiación está determinada por ambas líneas al nacer el hijo y proceder a su inscripción, y el conflicto en el caso de determinación de filiación sobrevenida, la intensidad del conflicto es distinto, o mejor dicho, el interés superior de menor actúa con distinta intensidad. En este segundo supuesto el interés superior del menor adquiere más relevancia, el menor quizás ha estado usando los apellidos de la madre (en el mismo orden o invertidos) durante unos años y cambiarlos puede suponer un

trastorno para él (o no, es lo que habrá que valorar). Si el responsable en decidir el orden de los apellidos en estos casos debe ser el Encargado del Registro civil no le resultará fácil decidir, teniendo que entrar en el fondo del asunto, con informes al respecto, aunque sea de los hechos. La agilización puede desaparecer. Si quien decide es el Juez que ha tramitado el proceso de filiación, lo cual parece más sensato por conocer mejor el asunto, se evitaría duplicar funciones y esfuerzo.

VI. Por todo ello considero que la regulación recogida en el artículo 49 LEC 2011 en principio es apropiada por borrar cualquier indicio de discriminación, pero podrían realizarse algunos matices:

— En el caso de discrepancia entre los progenitores antes de inscribir al menor en torno al orden de los apellidos, sería útil la creación de un criterio objetivo para el Encargado del Registro civil, por ejemplo, el sorteo.
— En el supuesto de una sola filiación definida al inscribir el menor y determinada la otra línea en un momento posterior o en el caso en que la filiación está determinada desde el inicio por ambas líneas pero posteriormente se impugna, otorgaría la competencia para decidir el orden de los apellidos al Juez ordinario que ha conocido el procedimiento de filiación, quien, a su vez, debería decidir siguiendo el interés superior del menor. Así lo recoge el artículo 64 del nuevo Código Civil de Argentina y con cierto matiz el artículo 235-48.1 CCCat.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- RDGRN de 2 de julio de 1981
- RDGRN de 30 de julio de 1993 *(RJ* 1993, 6364)
- RDGRN de 11 de diciembre de 1993 *(RJ* 1994, 558)
- RDGRN de 1 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 2100)
- RDGRN de 10 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 7832)
- RDGRN de 17 de abril de 2008 *(JUR* 2009, 388655)
- RDGRN de 22 de mayo de 2008 *(JUR* 2009, 389849)
- RDGRN de 24 de noviembre de 2008 *(JUR* 2010, 2732)
- RDGRN de 28 de diciembre de 2010 *(JUR* 2011, 404864)
- RDGRN de 10 de noviembre de 2011 *(JUR* 2014, 873)
- SAP Málaga de 17 de octubre de 2003 *(JUR* 2004, 12257)
- SAP Madrid de 15 de septiembre de 2006 *(La Ley* 2006, 178840)
- SAP Vizcaya de 12 de julio de 2007 *(La Ley* 2007, 201894)
- SAP Mallorca de 18 de septiembre de 2007 *(La Ley* 2007, 266835)
- SAP Castellón de 21 de diciembre de 2007 *(La Ley* 2007, 314713)
- SAP Barcelona de 26 de febrero de 2009
- SAP Alicante de 10 de marzo de 2011 *(JUR* 2011, 217051)

- SAP Vizcaya de 6 de febrero de 2013 *(JUR* 2014, 144440)
- SAP Guadalajara de 15 de octubre de 2013 *(JUR* 2013, 335546)
- SAP Las Palmas de 19 de febrero de 2014 *(JUR* 2014, 104834)
- SAP Vizcaya de 6 de marzo de 2015 (*AC* 2015, 654)
- SAP Huelva de 20 de mayo de 2015 (*AC* 2015, 1235)
- SAP Pontevedra de 11 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 298500)
- STC 167/2013 de 7 de octubre *(La Ley* 2013, 159499)
- STS 176/2012 de 15 de octubre
- STS de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 924)
- STS de 11 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5606)
- STS de 12 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5602)

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil*, 1.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., GARCÍA RUBIO, M.º P., (2013). El nombre de las persona físicas, en *Tratado de Derecho de la persona física,* coord. por M.ª C. Gete-Alonso y J. Solé Resina, Civitas.

ALVENTOSA DEL RIO, J. (2008). *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Subdirección general de información administrativa y publicaciones, Madrid.

BARBER CÁRCAMO, R. (2010). Apellidos y Registro civil, *Actualidad jurídica Aranzadi,* núm. 809/2010 parte comentario, BIB 2010/3799, http://aranzadi.aranzadidigital.es

— (2011). Comentario al artículo 109 del Código Civil, en *Código Civil comentado,* vol. I, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernadez, Civitas Thomson Reuters.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (2014). El nombre y los apellidos, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 9/2014 parte Comentario, BIB 2014/54, http://aranzadi.aranzadidigital.es

BRU PURÓN, C. M. (1995). Una nonnata reforma parcial del Código Civil (Noticia retrospectiva), *RJN,* núm. 15, julio-septiembre.

CAMPUZANO TOMÉ, H. (2011). Comentario al artículo 109 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil,* A. Domínguez Luelmo (dir.), Lex Nova, Valladolid.

CREMADES GARCÍA, SAURA ALBERDI y TUR AUSINA, (2000). La alteración del orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa, *Revista General del derecho*, núm. 672.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1984). Comentario a los artículos 108 y siguientes del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, coord. Manuel Albaladejo, t. III, vol. 1, Madrid.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2009). Alteración en el orden de los apellidos: inexistencia de acuerdo entre los progenitores, *RCDI,* núm. 711.

— (2014). Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio de interés superior del menor (su evolución tribunales de justicia), *Diario La Ley*, núm. 8395, 9 de octubre, http://laleydigital.laley.es.

DE LAMA AYMÀ, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor,* Tirant lo Blanch, Valencia.

DE RAMÓN FORNS, I. (2009). Orden de los apellidos y discriminación, *Diario La Ley,* núm. 7233, 3 de septiembre, La Ley 17094/2008, http://laleydigital.laley.es.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2005). Derecho al apellido: tradición, igualdad y ciudadanía. (A propósito de la STEDH de 16 de noviembre 2004, asunto Ünal Tekeli), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 11/2005 parte Estado (BIB 2005/1554), http://aranzadi.aranzadidigital.es

GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (2012). La novedad legislativa española en el orden de los apellidos de los hijos: un ejemplo a seguir por el reto de países europeos, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2.

GARCÍA RUBIO, M. P. (2005). La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, *Diario La Ley*, núm. 6359, Sección doctrina, 15 de noviembre, Ref. D-264, La Ley 5090/2005, (consulta en formato electrónico http://laleydigital.laley.es

GETE-ALONSO CALERA, M.ª C. (2008). Condición civil de la persona y género, *Actualidad Civil*, núm. 11, junio.

— Aproximación al nuevo Registro civil español (de la ley de 1957 a la de 2011), *Revista Crítica de Derecho Privado*, 10.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2004). La reforma del Registro civil en España, *Diario La Ley*, 29 de diciembre de 2014, http://laleydigital.laley.es

IGLESIAS NÚÑEZ, M.ª M. (2011). Atribución d apellidos. Regla general, en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, tomo II Parte Registral y otros temas del procedimiento, Lledó Yagüe, F y Sánchez Sánchez, A., Dykinson, Madrid.

LINACERO DE LA FUENTE, M. A. (1992). *El nombre y los apellidos*, Tecnos, Madrid.

— (2012). El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos. El artículo 49 de la nueva Ley de Registro civil, *Actualidad Civil,* núms. 15-16, Sección A fondo, septiembre, tomo 2, La Ley 7823/2012, http://laleydigital.laley.es

LUCES GIL, F. (1976). *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*, Resumen de la tesis presentada para aspirar al grado de Doctor por Derecho, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L. (1982). Apellidos. La alteración de su orden, *Diario La Ley, 4*.

MARTÍNEZ LÓPEZ-PUICERVER, A. (2008). La mujer y sus apellidos: de la alegría de transmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza de cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), *Diario La Ley,* núm. 6974, 24 de junio, Ref. D-194, La Ley 17094/2008, http://laleydigital.laley.es.

NAVALES ALQUÉZAR, M. A. (2003). Orden de apellidos de la persona nacida. Observaciones a propósito de un proyecto de Ley, *Revista Chilena de Derecho,* vol. 30, 2.

NAVARRO CASTRO, M. (2012). Comentario al artículo 49 LRC 2011, en *Comentarios a la Ley de Registro civil*, J. A. COBACHO GÓMEZ y A. LICEÑENA IBARRA, Thomson Routers Aranzadi, Cizur Menor.

ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellidos paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *Derecho privado y Constitución,* núm. 28.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). *Comentario a las reformas del Derecho de familia,* Amorós, M., y Bercovitz, R. (coord.), vol. 1, Tecnos, Madrid.

PERE RALUY, J. (1962). *Derecho del registro civil,* tomo 1, ed. Aguilar, Madrid.

PITA MERCÉ (1961). Evolución del nombre personal en la antigüedad española, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia,* núm. 510 y 511, de 25 de febrero y 5 de marzo de 1961, Madrid

QUICIOS MOLINA, S. (2011). Comentario al artículo 109 del Código Civil, en *Comentario al Código Civil,* R. Bercovitz Rodriguez-Cano (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.

RIOS, J. P., y SCOCOZZA, R. (2013). El apellido de los hijos. Un precedente que fortalece el principio de igualdad y no discriminación, *Revista de Derecho de familia y de las personas,* 2013-2. pp. 159 y sigs.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000). *El interés del menor,* Dkynson, Madrid, 2000.

ROCA TRIAS, E. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, *RJC,* 4.

RODRÍGUEZ CASTRO, J. (1987). El nombre civil: concepto, caracteres y naturaleza jurídica, *BIMJ,* núm. 1443.

ROMERO COLOMA, A. M. (2013). El Derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona, *RJN,* núm. 85.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (2002). El orden originario de los apellidos (con especial referencia a la ley 40/1999, de 5 de noviembre), *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 9.

SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2011). Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el Derecho español, *RDP,* 2001.

TAMAYO HAYA, (2010). *La huella de la discriminación por razón de sexo en la elección del apellido de los/as hijas/os,* II premio Alicia Herrero Mujer y Derecho.

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2013). El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo, *Diario La Ley*, núm. 8162, sección doctrina, 3 de octubre, La Ley 5167/2013, htpp://laleydigital.laley.es

VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil,* tomo I, Tirant lo Blanch.

NOTAS

[1] El concepto genérico de nombre engloba el conjunto de palabras o de vocablos, con los que se designa o identifica a las personas para distinguirlas de las demás, es decir, para identificarlas (MARTÍNEZ LÓPEZ-PUICERVER, A. [2008]) La mujer y sus apellidos: de la alegría de transmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza de cambio y pérdida de los apellidos de

la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), *Diario La Ley,* núm. 6974, Sección doctrina, 24 de junio, Ref. D-194, p. 1 (consulta en formato electrónico http://laleydigital.laley.es). O también lo definía RODRÍGUEZ CASTRO, J. (1987), El nombre civil: concepto, caracteres y naturaleza jurídica, *BIMJ,* núm. 1443, p. 10, como la «expresión lingüística que permite la identificación e individualización de las personas, cuya imposición constituye una exigencia ineludible para el derecho de la personalidad en la esfera social y es tutelado por el Derecho, en cuanto forma de vida humana social».

El sistema de doble apellido que rige en España merece una valoración favorable frente a los sistemas de apellido único, en temas como el tratamiento igualitario entre hombre y mujer, tal como nos anuncia EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., (2005) Derecho al apellido: tradición, igualdad y ciudadanía. (A propósito de la STEDH de 16 de noviembre 2004, asunto Ünal Tekeli), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 11/2005 parte Estado (BIB 2005/1554), consultado en formato electrónico, p. 9. Pero advierte que «las bondades de nuestro sistema, sin embargo, han sido fruto involuntario de la tradición histórica y no la consecuencia de una meditada política igualitarista».

[2] Así lo afirman, entre otros, ORDÁS ALONSO, M. (2014) Imposición al menor del apellidos paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *Derecho privado y Constitución,* núm. 28, p. 49; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2013) El nombre de las persona físicas, en *Tratado de Derecho de la persona física,* coord. por M. C. Gete-Alonso Calera y J. Solé Resina, Civitas, p. 471. Sin embargo, esto no significa que estemos ante un derecho fundamental. Por todos, VERDERA SERVER, R. (2013), Comentario al artículo 109 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil,* tomo I, Tirant lo Blanch, p. 1134.

[3] Cabe señalar, sin embargo, que el artículo 235-48 CCCat permite solicitar, en los casos de adopción del hijo del cónyuge o conviviente si uno de los progenitores ha fallecido, que el adoptado mantenga el apellido correspondiente al progenitor difunto, unido por un guion con el del otro progenitor convertido en un solo apellido. En la formación del nuevo apellido compuesto, el primer lugar corresponde al apellido del progenitor superviviente y el segundo al del progenitor premuerto. El adoptado llevará este apellido junto con el apellido correspondiente al adoptante. De este modo el adoptado llevará el apellido del adoptante, tal como establece el principio de vinculación de los apellidos con la filiación, y a la vez, podrá conservar los dos apellidos correspondientes a los dos progenitores de origen, sin contradecir la regulación del Registro civil que no permite la imposición de más de dos apellidos. La asignación de este apellido compuesto deben solicitarlo el adoptante y el progenitor superviviente, y el hijo debe consentir si tiene 12 años o más. Para más información, GARRIGA GORINA, M., (2014), Comentario al artículo 235-48 CCCat, en *Comentari al llibre segon del Codi civi l de Catalunya. Familia i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Egea Fernandez y Ferrer Riba (dir.), Atelier, Barcelona, p. 763.

[4] La discrecionalidad en la imposición de los apellidos, como advierte SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., (2002) «El orden originario de los apellidos (con especial referencia a la ley 40/1999, de 5 de noviembre)», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 9, p. 11, es mínima, solo el establecimiento de su orden.

Pero como señala ORDÁS ALONSO, Imposición al menor…, *loc cit*., p. 56, el principio de duplicidad de apellidos y el principio de infungibilidad de líneas son principios de orden público que afectan directamente a la organización social, lo que genera problemas en relación a los supuestos de adquisición de nacionalidad española. Tema que no abordaremos en el presente trabajo.

[5] El artículo 16 afirma que «Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: g) los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellidos, profesión y ocupación».

[6] Artículo 17: «Cuando los padres no tengan un apellido de familia común, se tomarán las medidas necesarias teniendo en cuenta los siguientes ejemplos: a) Permitir al hijo tomar

el apellido de familia de aquel de los padres a quien la ley no se lo ha atribuido, b) Permitir la elección, por acuerdo de los padres, de los apellidos de los hijos».

[7] En la STEDH de 22 de febrero de 1994 en el caso Burghartz c. Suisse (TEDH 1994, 91), o de 16 de noviembre de 2004, caso Ünal Tekeli c. Turquía (TEDH 2004, 88); o de 28 de mayo de 2013, caso Leventoglu Abdulkadiroglu c. Turquía (TEDH 2013, 56); de 3 de septiembre de 2013 caso Tuncer Günes c. Turquía *(JUR* 2013, 282392); o de 10 de diciembre de 2013 caso Tanbay Tüten c. Turquía *(JUR* 2013, 368392); 7 de enero de 2014 caso Cusan y Fazzo c. Italia (TDEH 2014, 2). ORDÁS ALONSO, «Imposición al menor…», *loc cit.,* p. 83, nota 84. Puede consultarse también EGUSQUIZA BALMASEDA, «Derecho al apellido…», *loc cit*. Como comenta la autora, en estas sentencias «se invoca que el régimen de apellido único familiar no choca con los derechos fundamentales (…), pero sí exige atribuir a los esposos un marco de autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de los apellidos que permitan una solución ajustada, en cada caso, a la realidad familiar y social que estén viviendo», p. 4.

[8] La actual redacción del artículo 109 del Código Civil procede de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos *(BOE* núm. 266, de 6 de noviembre de 1999).

La legislación autonómica también alude a los apellidos, así, el artículo 235-2 CCCat; artículo 57 CDF de Aragón, o la Ley 72 de la Compilación de Derecho Civil foral de Navarra. Respecto a la competencia para ello, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., GARCÍA RUBIO, M.ª P., El nombre de las persona físicas, *loc. cit*., p. 480 afirman que la regulación del nombre y apellidos no es una cuestión estrictamente registral, por lo que puede ser objeto de regulación por quienes posean competencia en materia de Derecho Civil, siempre que se respete la CE y obligaciones internacionales.

[9] Así se pone de manifiesto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria, donde se modifica la DF décima de la ley 22/2011 de Registro civil.

[10] El ordenamiento jurídico prevé diversos supuestos de cambio de apellidos que han sido clasificados de diversos modos por la doctrina. Así, por ejemplo, PERE RALUY, J. (1962), *Derecho del registro civil,* tomo 1, edit. Aguilar, Madrid, p. 55, distinguía los cambios de apellidos automáticos, cambio de apellidos por manifestación de la voluntad y cambios de apellidos mediante autorización gubernativa. O IGLESIAS NÚÑEZ, M.ª M. (2011), «Atribución d apellidos. Regla general», en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, tomo II Parte Registral y otros temas del procedimiento, Lledó Yagüe, F y Sánchez Sánchez, A., Dykinson, Madrid, pp. 104 y sigs., distingue cuatro supuestos en los que se puede producir el cambio de apellidos: por alteración de la filiación, en virtud de adopción, por razón de la patria potestad y por adquisición de la nacionalidad española.

[11] En cuanto al origen histórico del orden de los apellidos seguimos a LUCES GIL, F. (1976), *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español»,* Resumen de la tesis presentada para aspirar al grado de Doctor por Derecho*,* Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, p. 3; y su libro del mismo título editado en Barcelona en 1978. Puede consultarse también, entre otros, PITA MERCÉ (1961), «Evolución del nombre personal en la antigüedad española», *BIMJ*, núm. 510 y 511, de 25 de febrero y 5 de marzo de 1961, Madrid, p. 4; LINACERO DE LA FUENTE, M. A., (1992), *El nombre y los apellidos*, Tecnos, Madrid, pp. 20 y sigs.

[12] Anecdótico es, como advierte LUCES GIL, El nombre civil…, *op cit*., p. 43, que Miguel de Cervantes Saavedra era hijo de Dña Leonor Cortinas y Lope de Vega Carpio de Dña Francisca Fernandez y no constaba así en su identificación.

[13] GETE-ALONSO CALERA, M. C., (2013) «Aproximación al nuevo Registro civil español (de la ley de 1957 a la de 2011)», *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 10, pp. 1036 y 1037. Añade la autora que «hasta el siglo XVIII los únicos registros públicos en los que podían hallarse datos relevantes de las personas eran los Registros parroquiales que la iglesia católica regularizó en el Concilio de Trento (1545-1563), entre otras razones, para dar mayor seguridad».

[14] Curiosamente en Italia esta distinción ha estado vigente hasta la Legge número 219 de 10 de diciembre de 2012, publicada en la Gazzetta Ufficiale de 17 de diciembre de 2012 y con entrada en vigor el día 1 de enero de 2013. Puede consultarse al respecto DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013) La definitiva igualdad en Italia de los derechos de los hijos: la reforma de la filiación y la patria potestad, *ADC,* III, pp. 997 y sigs.

[15] SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2001) Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el Derecho español, *RDP,* p. 696.

[16] Antes de 1981 el artículo 109 del Código Civil solo constaba del primer apartado: «La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley».

[17] El artículo 53 de la Ley del Registro civil en su redacción originaria de 1957 afirmaba lo siguiente: «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todo». La Disposición Adicional 2.ª de la Ley 13/2005 modifica ese artículo 53 LRC 1957, introduciendo en él una nueva redacción: «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos».

El artículo 194.1 RRC, antes de la reforma por Real Decreto 193/2000, exigía que ambos apellidos, paterno y materno, debían constar inscritos con la «y». Esta exigencia quedó suprimida a partir de dicho Real Decreto, pero se regula de nuevo en el artículo 49.2 de la actual ley de reforma del Registro civil de 2011.

[18] SERRANO FERNÁNDEZ, Régimen jurídico…, *loc cit*, p. 708. Sin embargo, doctrinalmente, a pesar del leve avance, se levantaron voces contrarias a esta reforma y otras a favor.

Llama la atención a DE RAMÓN FORNS, I. (2009), Orden de los apellidos y discriminación, *Diario La Ley,* núm. 7233, 3 de septiembre de 2009, p. 1 (consulta en formato electrónico, http://laleydigital.laley.es), que tras la reforma del artículo 109 del Código Civil en 1981 se siguiera sin establecerse expresamente en dicho precepto la preferencia del apellido paterno, preferencia cuya regulación se reservaba a la legislación sobre el Registro civil; esta omisión en el Código Civil se ha explicado atribuyendo al legislador la conciencia, la sospecha o el temor de que se tratase de una norma inconstitucional (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984), *Comentario a las reformas del Derecho de familia,* Amorós, M., y Bercovitz, R. (coord.), vol. 1, Tecnos, Madrid, p. 810.

[19] Esta circular incidió en la idea prescrita en el artículo 109.2 del Código Civil: «Toda persona mayor de edad puede solicitar que se altere el orden de sus apellidos. Esta facultad puede ejercerse en cualquier momento ya que la norma no señala plazo alguno, y podrá beneficiar a los que ya fueran mayores en el momento de entrada en vigor de la ley, pues se trata de un derecho reconocido por primera vez y que no perjudica a ningún otro derecho adquirido conforme la legislación anterior —*cfr.* Disposición Transitoria 1.ª del Código Civil—. El régimen de esta inversión de los apellidos será, pues, el que para otros limitados supuestos estaba previsto en el artículo 198 RRC», (es decir, la declaración del interesado ante el Encargado del Registro civil).

[20] Así se afirmaba en RDGRN, entre otras, 30 de julio de 1993 *(RJ* 1993, 6364); 11 de diciembre de 1993 *(RJ* 1994, 558); 1 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 2100); 10 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 7832).

[21] EGUSQUIZA BALMASEDA, Derecho al apellido…, *loc. cit.,* p. 9.

[22] Esta medida fue criticada por MARTÍNEZ CALCERRADA, L., (1982), Apellidos. La alteración de su orden, *Diario La Ley,* 4, pp. 1103 y sigs. ya que rompía el sistema tradicional defendiendo que el Encargado del Registro civil exigiese una justificación del cambio de apellidos; o DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., (1984), Comentario a los artículos 108 y siguientes del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. III, vol. 1, Madrid, p. 64, critica derogar el indiscutible arraigo en la idiosincrasia familiar del apellido paterno y materno «por unas discutibles consideraciones de no discriminar a la mujer». Por lo contrario, se criticó por ser escasa, por LINACERO DE LA FUENTE, El nombre…, *op cit*., pp. 158-159, siendo partidaria de que sería más acorde con el principio de igualdad permitir la inversión de los apellidos desde el nacimiento a través de los padres a los que les correspondería elegir el orden de los apellidos de sus hijos.

[23] LINACERO DE LA FUENTE, El nombre…, *op cit.,* pp. 101 y sigs.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., El orden originario…, *loc. cit*, p. 12. Además, como afirma TAMAYO HAYA, (2010), *La huella de la discriminación por razón de sexo en la elección del apellido de los/as hijas/os,* II premio Alicia Herrero Mujer y Derecho, p. 7, el hábito de cambiar el orden de los apellidos al llegar a la mayoría, no se dio a conocer lo suficiente ni fue acompañado de una mentalización social generalizada.

[24] BRU PURÓN, C. M. (1995), Una nonnata reforma parcial del Código Civil (Noticia retrospectiva), *RJN,* núm. 15, julio-septiembre.

[25] Sin embargo, esta reforma «dejó todavía patentes tintes de discriminación, por lo que se podría decir que nos los eliminó aunque sí los atenuó»; GALLARDO RODRÍGUEZ, A., (2012), La novedad legislativa española en el orden de los apellidos de los hijos: un ejemplo a seguir por el reto de países europeos, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2, p. 11.

[26] Hubo intentos de regular la materia por parte de distintos partidos políticos que presentaron propuestas al respecto. Recoge dicha propuestas SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., El orden originario…, *loc. cit*, p. 13, a quien nos remitimos.

[27] NAVARRO CASTRO, M. (2012), Comentario al artículo 49 LRC 2011, en *Comentarios a la Ley de Registro civil*, J. A. COBACHO GÓMEZ y A. LICEÑENA IBARRA, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, p. 728.

[28] DE LA IGLESIA MONJE, M. I., (2009), Alteración en el orden de los apellidos: inexistencia de acuerdo entre los progenitores, *RCDI,* núm. 711, p. 482, a raíz del comentario de la SAP Castellón de 21 de diciembre de 2007, considera que es «más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres, de común acuerdo, decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción posible, deba regir lo dispuesto en la Ley». En un sentido similar, MARTÍNEZ LÓPEZ-PUICERVER, La mujer y sus apellidos…, *loc cit*., 24 de junio de 2008, consultado en formato electrónico, p. 8, reconoce que estamos ante una situación más justa y menos discriminatoria, de más igualdad con el nombre. Advierte que ello se consigue con una doble medida: que la mujer en el futuro pueda decidir de común acuerdo con su pareja el orden de los apellidos de sus hijos, y que la mujer tenga la posibilidad de anteponer su apellido al de su pareja masculina a los hijos ya habidos y que no hayan alcanzado la mayoría de edad.

[29] Nos interesa la nueva redacción del artículo 55 LRC tras la ley de 1999, que es el relativo a los apellidos (el art. 54 regula el derecho al nombre): «La filiación determina los apellidos./ En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos./ El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación./ Alcanzada la mayoría de edad, se podrá solicitar la alteración del orden de los apellidos./ El Encargado del Registro civil impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos./ El Encargado del Registro civil, a petición del interesado o de su representante legal, procederá a regularizar ortográficamente los apellidos cuando la forma inscrita en el Registro no se adecue a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente».

[30] Aunque la ley se esforzó por intentar introducir la igualdad de trato, no se consiguió del todo. Como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, La mujer…, *loc cit*., p. 8, «Si algo se ha puesto de relieva en los años de vida legal de esta norma, es que es mucho menos de lo que parecía respecto a los apellidos, más ruidosa y llamativa que realmente efectiva».

[31] Esta remisión general a la Ley ha sido ampliamente criticada (*vid*., entre otros, SERRANO FERNÁNDEZ, Régimen jurídico…, *loc. cit*., p. 705, nota 45). Advierte la autora que en la tramitación de la Ley 11/1981 se intentó incorporar por el grupo parlamentario

UCD en el artículo 109 del Código Civil que «Los hijos llevaran el primer apellido paterno y materno y por este orden, o los dos del progenitor respecto del cual se hubiera establecido únicamente la filiación…». No prosperó.

[32] GALLARDO RODRÍGUEZ, La novedad legislativa…, *loc cit*., p. 12, advierte que «este cambio es consecuencia de que esta ley introduce, por primera vez, la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que se procedió a la adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se referían y traían causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contenían referencias explicitas al sexo de sus integrantes». En el mismo sentido ALVENTOSA DEL RIO, J., (2008), *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Subdirección general de información administrativa y publicaciones, Madrid, p. 273.

[33] DE RAMÓN FORAS, Orden de los apellidos…, *loc cit*., p. 1, considera que «esta remisión a la ley plantea un primer problema, pues en realidad ninguna ley formal determina cuál ha de ser el orden de los apellidos en los casos en que los padres no lo digan expresamente. Actualmente tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que la remisión a la ley nos conduce al Reglamento del registro Civil, y más concretamente a su artículo 194». Y resalta la curiosidad que antes de la reforma del artículo 194 RRC en el año 2000, la redacción de este precepto no establecía un orden de preferencia pues decía: «Apellidos paterno es el primero del padre; materno el primero de los personales de la madre aunque sea extranjera. En el registro, uno y otro, se expresaran intercalando la copulativa "y"».

[34] También la DGRN se decantó por esta postura, entre otras en resolución de 17 de octubre de 2002: «Tratándose de nacimientos acaecidos después de la entrada en vigor de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, la inversión de los apellidos es una opción que se concede a los padres precisamente antes de la inscripción registral y si no se ejercita la opción, el primer apellidos es el paterno y el segundo el materno».

[35] Esta decisión de los progenitores se realizará antes de la inscripción. Pero existen excepciones, por una parte, los padres pueden solicitar al Ministerio de Justicia la inversión de los apellidos en un expediente instruido ante el Registro civil del domicilio (art. 57 LRC 1957 y 205 RRC) una vez consolidada la situación de hecho no creada por el interesado. Por otra parte, existe el trámite del artículo 59.3 LRC 1957 (art. 53.5º LRC 2011), según el cual el juez de primera instancia puede autorizar la conservación por el hijo natural y sus descendientes de los apellidos que vinieron usando, siempre que insten el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de reconocimiento o, en su caso, de la mayoría de edad.

[36] Es la interpretación que se sigue mayoritariamente; por ejemplo, se deduce en SERRANO FERNÁNDEZ, Régimen jurídico…, *loc. cit*., p. 715 (aunque la autora escribió su trabajo estando en vigor el antiguo artículo 53 LRC: «las personas son designadas por su nombre y apellidos paterno y materno»), quien afirma que la determinación de los apellidos no es necesariamente el resultado de un acuerdo, incluso de un desacuerdo entre los cónyuges, es decir, la atribución de los apellidos no tiene que tener en todo caso una base convencional, sino que la novedad es «atribuir a los progenitores la facultad de llegar a un acuerdo que permita alterar el orden tradicional de la asignación de apellidos a los hijos», aunque como se verá no es la solución que le parezca más acorde; DE LA IGLESIA MONJE, Alteración en el orden de los apellidos…, *loc. cit*., p. 482, o MARTÍNEZ LÓPEZ-PUICERVER, La mujer y sus apellidos…, *loc. cit*., p. 9; CAMPUZANO TOMÉ, H., (2011), Comentario al artículo 109 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil,* A. Domínguez Luelmo (dir.), Lex Nova, Valladolid, p. 221; VERDERA SERVER, Comentario al artículo 109 del Código Civil, *loc. cit*., p. 1136, ÁLVAREZ GONÁLEZ, y GARCÍA RUBIO, El nombre de las personas físicas, *loc cit*.,. p. 490, entre muchos otros.

[37] ROMERO COLOMA, A. M. (2013), El Derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona, *RJN,* m. 85, p. 109, advierte que el legislador lo que hace «es regular el acuerdo, o pacto, solamente en su vertiente positiva, es decir, como ejercicio de una voluntad conjunta de los cónyuges favorable a la inversión del orden de los apellidos,

siendo esta solución normativa claramente correctora de la desigualdad o discriminación directa existente en tiempos pasados».

[38] QUICIOS MOLINA, S. (2011), Comentario al artículo 109 del Código Civil, en *Comentario al Código Civil,* R. Bercovitz Rodriguez-Cano (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 241, 1.6; BARBER CARCAMO, R., (2011), Comentario al artículo 109 del Código Civil, en *Código Civil comentado,* vol. I, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernadez, Civitas Thomson Reuters, p. 578; ORDÁS ALONSO, Imposición al menor…, *loc cit*, p. 85.

GARCÍA RUBIO, M. P., (2005), La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, *Diario La Ley*, núm. 6359, Sección doctrina, 15 de noviembre, Ref. D-264 (consulta en formato electrónico http://laleydigital.laley.es), advirtió que quizás el artículo 109 del Código Civil se refiere solo a la atribución de apellidos en la filiación biológica.

En todo caso hay que precisar que se dictaron algunas disposiciones para adaptar las normas del Registro civil a la reforma del matrimonio por Ley 13/2005. Es el caso de la Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro civil y del Libro de Familia, donde se modifican los modelos oficiales de las inscripciones principales de nacimiento sustituyendo la expresión «padre» por «Progenitor A» y la expresión «madre» por la de «Progenitor B» (art. 4).

[39] La nueva Ley 20/2011 de reforma de la LRC, cuyo artículo 49.2 regula este tema, sigue el mismo criterio al advertir que «En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos». Sin embargo, la nueva ley suprime la alusión al momento en que debe determinarse el orden de los apellidos, pues el artículo 55.2 LRC 1957 dice: «En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos».

[40] El artículo 55 LRC antes de su reforma por Ley 40/1999, afirmaba: «Los hijos naturales reconocidos solo por el padre tiene los apellidos por el mismo orden que este. Los reconocidos solo por la madre llevarán los dos primeros apellidos de esta, pudiendo, si así lo desea, invertir su orden».

[41] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, El orden originario…, *loc. cit.,* p. 16.

[42] DE RAMÓN FORNS, I., Orden de los apellidos…, *loc. cit*, p. 7.

[43] Esta SAP Castellón, añade además, que si a pasar de la nueva regulación menos discriminatoria del artículo 109 del Código Civil al permitir la opción de los padres, se considera que persiste la inconstitucionalidad lo que debe hacer (el Juez) conforme a los establecido en el artículo 5-2 Ley Orgánica del Poder Judicial, al tratarse de una norma con rango de ley, de cuya validez depende el fallo no es dejar de aplicarla, ya que no se trata de un simple reglamento (art. 6 LOPJ), sino que debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica. (…) Y esto es lo que no ha hecho el Juez de Instancia, sin que pueda, por tanto, inaplicar un precepto que regula expresamente la cuestión debatida».

[44] SERRANO FERNÁNDEZ, Régimen jurídico…, *loc. cit*., pp. 717 y sigs., critica la ausencia de unos requisitos formales al respecto y considera que en este caso realmente no existe acuerdo entre los padres, y defiende que lo ideal sería una comparecencia conjunta ante el Encargado del Registro civil en que los progenitores declararan su voluntad de anteponer el apellido materno y en defecto de comparecencia otorgar escritura pública. La argumentación jurídica es muy sólida, pero quizás con ellos se eleva el coste y tiempo de la inscripción.

En este sentido la SAP Alicante 10 de marzo de 2011, *JUR* 2011, 217051 advierte que el consentimiento de los padres sobre el cambio de orden de los apellidos debe ser expreso; «el consentimiento debe realizarse de manera personal o mediante Procurador con poder especial por afectar a un Derecho de la personalidad».

[45] En estos casos la falta de acuerdo puede proceder tanto por la oposición del padre como de la madre. Como manifiesta SÁNCHEZ GONZÁLEZ, El orden originario…, *loc.*

cit., pp. 13 y 14, «puede pensarse en un supuesto de filiación extramatrimonial en el que, pese a existir reconocimiento, el padre no desea que el menor ostente como primer apellido el propio, para lo cual, propondrá a la madre el acuerdo de inversión previsto en el artículo 109 Código Civil. Pues bien, en este caso, la negativa de la madre a prestar su consentimiento a ese acuerdo determinará la imposición, como primer apellido del niño, el procedente de la línea paterna».

[46] Se ha defendido la mayor lógica que tendría anteponer el apellido de la madre al del padre por ser más acorde con el principio «*mater semper certa est*» y con la prohibición española del desconocimiento materno (BARBER CÁRCAMO, R., (2010), Apellidos y Registro civil, *Actualidad jurídica Aranzadi,* núm. 809/2010, consulta en formato electrónico http://aranzadi.aranzadidigital.es)

[47] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, El orden originario…, *loc. cit*., p. 14.

[48] Abogan por la intervención del juez en caso de conflicto CREMADES GARCÍA, SAURA ALBERDI y TUR AUSINA, (2000), La alteración del orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa, *Revista General del Derecho*, núm. 672, p. 10847 aunque matizan que el juez debe resolver en aplicación del artículo 156 del Código Civil, como una controversia en el ejercicio de la patria potestad, sin embargo este argumento ha sido rechazado por la jurisprudencia: SAP Barcelona, 15 de febrero de 2008 (*La Ley* 2008, 19470): «No existe base legal que permita resolver judicialmente una controversia afectante al orden de os apellidos, de forma análoga a la que permite resolver en cualquier otra controversia derivada del ejercicio de la potestad, del modo en que lo hacen los artículos 138 y 139 del Codi de familia, puesto se trata de una materia de orden público que afecta al estado civil y sobre el que las partes no pueden disponer ni decidir sino únicamente en los términos previstos en la ley». (DE RAMÓN FORS, Orden de los apellidos…, *loc. cit*., p. 3). También defiende que sea el Juez el que decida en caso de controversia, QUICIOS MOLINA, S., Comentario al artículo 109 del Código Civil, *loc. cit*., p. 249, 1.2, apoyándose en el artículo 156.2 del Código Civil y estar comprendida en la patria potestad la facultad de imponer los apellidos al hijo. Si el juez no dispone de criterios objetivos, añade la autora, podrá tener presente la posible desaparición del apellido, el hecho de ser un apellido contrario al decoro, etc.

[49] SERRANO FERNÁNDEZ, Régimen jurídico…, *loc. cit*., p. 722, la autora defiende que sea el juez quien decida en caso de conflicto, pero afirma que el problema sería determinar qué Juez es competente para ello. La autora descarta la jurisdicción voluntaria por estar ante un conflicto. Tampoco considera apropiado que sea el Encargado del registro civil quien resuelva la cuestión dado que el Registro civil no resuelve cuestiones contenciosas. Se decanta por el juicio ordinario, pero su lentitud y coste lo hacen inadecuado. La solución debería pasar por la modificación de la LEC creando un procedimiento específico adecuado para ello, p. 731.

Precisamente el criterio del interés superior del menor es el que regula el artículo 49 de la reforma de la LRC de 2011 como se verá. Se ha defendido por parte de NAVALES ALQUÉZAR, M. A., (2003), Orden de apellidos de la persona nacida. Observaciones a propósito de un proyecto de Ley, *Revista Chilena de Derecho,* vol. 30, 2, pp. 327 y 330: «creemos que no estaría de más pensar en la autoridad judicial para resolver a favor de la preferencia del apellido paterno o materno de acuerdo con lo que estimara más conveniente, ponderando las circunstancias de cada caso, siempre teniendo en cuenta el «interés de los hijos»»; defendiendo como primer apellido el de la madre si este «entraña una mayor fuerza simbólica, emotiva o identificatoria que el del padre, y el de este, en caso inverso».

[50] Por ello, se prefiere mantener el orden tradicional de los apellidos en caso de inexistencia de acuerdo de inversión, es lo alegado por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, El orden originario…, *loc. cit*., p. 15. Consciente la autora de que su argumento implica el mantenimiento de residuos de un viejo sistema discriminatorio para la mujer, añade que «no menos discriminatoria resultaría la regla inversa que, además, carecería del fundamento que el principio de seguridad jurídica, el valor de la costumbre y la necesidad de salvaguardar la identidad del o de la menor proporcionan a la primera».

[51] Estas dos últimas objeciones las advierte DE RAMÓN FORS, «Orden de los apellidos…», *loc. cit*., p. 11, que añade la dificultad de determinar el interés superior del menor en estos casos.

[52] GETE-ALONSO CALERA, M. C., (2008), Condición civil de la persona y género, *Actualidad Civil*, núm. 11, junio.

[53] GETE-ALONSO CALERA, M. C., Condición civil…, *loc. cit*., observa otro indicio discriminatorio en el artículo 109.2 del Código Civil según el cual «el orden de los apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo». Es decir, el orden de los apellidos del mayor es el que rige para los demás hermanos del mismo vínculo. Sin embargo, es evidente que el criterio responde a intereses de seguridad jurídica. afirma al respecto que «En la actualidad, erradicado de nuestro sistema el principio de unidad familiar, no existe justificación para mantener esta distinción; cuando la posible inseguridad, si existe, puede paliarse, si es que existe, a través de medios técnicos (no jurídicos) de identificación de las personas».

[54] Pueden consultarse con detalle en GALLARDO RODRÍGUEZ, La novedad legislativa…, *loc cit*., pp. 19 y sigs.; o en LINACERO DE LA FUENTE. (2012), El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos. El artículo 49 de la nueva Ley de Registro civil, *Actualidad Civil,* núms. 15-16, Sección A fondo, septiembre, p. 1611, tomo 2 (consultado electrónicamente htpp://laleydigital.laley.es), quien realiza un minucioso examen de las mismas.

[55] Así constaba en el Informe del Consejo del Poder Judicial al Anteproyecto de LRC, junto con el orden alfabético, que es por el que optó el artículo 49.4 Proyecto de LRC: «En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro civil determinará el orden de los apellidos según su orden alfabético».

[56] Estaba previsto este criterio en el artículo 49 del Proyecto de LRC: «En caso de desacuerdo o cuando no se haya hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro civil determinará el orden de los apellidos según su orden alfabético». Se presentaron diversas enmiendas en contra y se ha alegado que ello supondría la posible extinción de los apellidos que empezaran con letras del final del abecedario y permite a los progenitores saber de antemano cual será el apellido que primaría; cfr. GALLARDO RODRÍGUEZ, La novedad legislativa…, *loc cit*., p. 19.

[57] MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, La mujer y sus apellidos…, *loc. cit*, p. 19, defiende que sea el juez quien resuelva el conflicto añadiendo como criterios de resolución «una moneda al aire lanzada por la imparcialidad de un juez y a elegir: cara o cruz. Varios hijos o hijas: por mitades apellido materno y paterno».

[58] Es el criterio que proponía el Grupo Parlamentario CIU en Cataluña con motivo de la elaboración de la normativa catalana relativa a la adopción: si ambos adoptantes fueran del mismo sexo y no se pusieran de acuerdo respecto del orden de los apellidos proponían en primer lugar el apellido del adoptante de mayor edad. No prosperó; sí en cambio que tomara la decisión el juez. DE RAMÓN FORS, Orden de los apellidos…, *loc. cit*., p. 12, advierte que de seguirse el criterio de la edad, mejor sería en la filiación biológica optar por el apellido del progenitor de menor edad, el materno normalmente, puesto que de lo contrario estaríamos ante una discriminación indirecta.

[59] DE LAMA AYMÀ, A., (2006), *La protección de los derechos de la personalidad del menor,* Tirant lo Blanch, Valencia, p. 430 ya recogía esta posible solución.

[60] DE RAMÓN FORS, Orden de los apellidos…, *loc. cit*., p. 8, 12. Aunque este criterio implica otra discriminación entre nacer niño o niña.

[61] Curiosamente, se ha promulgado en Argentina (1 de octubre de 2014) el Código Civil y comercial de la Nación, y en su artículo 64.1 acude a este criterio: «El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas». Para la filiación extramatrimonial, como se verá más adelante, sigue otro criterio.

[62] Antes de esta reforma, el artículo 194 RRC establecía lo siguiente: «Apellido paterno es el primero del padre; materno el primero de la madre aunque sea extranjera. En el Registro,

uno y otro, se expresarán intercalando la copula "y"». Esta redacción permitió a DE RAMÓN FORNS, Orden de los apellidos…, *loc. cit*, p. 2 a afirmar que antes del 2000 no se puede deducir que del artículo 194 RRC exista preferencia del apellidos paterno sobre el materno, por lo que resultaría que la discriminación a favor del padre se habría producido a partir del año 2000». Sin embargo, en esta fecha, el artículo 53 LRC advertía que «Las personas son designadas por su nombre y apellido, paterno y materno, que la ley ampara frente a todos».

[63] Con anterioridad a la reforma de 1999, el artículo 53 LRC sí aludía al orden de los apellidos, y todo apunta a que el artículo 109 del Código Civil se refería al mismo. El antiguo artículo 53 LRC afirmaba: «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos».

[64] Esta falta de regulación es la que ha hecho necesaria la reforma del artículo 49 nueva LRC. NAVARRO CASTRO, Comentario…, *op cit*., p. 729.

[65] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (2014), El nombre y los apellidos, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 9/2014 parte Comentario (consulta formato electrónico http://aranzadi.aranzadidigital.es).

[66] ORDÁS ALONSO, Imposición al menor…, *loc cit*., p. 69.

[67] Es una regulación similar a la del artículo 1875 del Código Civil portugués: «1. El hijo usará los apellidos del padre y de la madre o solamente el de uno de ellos. 2. La elección de los apellidos del hijo menor pertenece a los padres, y, en caso de desacuerdo, decidirá el juez, en armonía con los intereses el hijo. 3. Si la maternidad o paternidad fueren determinadas con posterioridad a la inscripción de nacimiento, los apellidos del hijo podrán ser alterados en los términos de los números anteriores».

Una novedad destacable también de la nueva ley es la del artículo 57: Los hijos para solicitar el cambio del orden de los apellidos ya no hace falta que alcancen la mayoría de edad para solicitarlos sino que podrán hacerlo a partir de los 16 años.

[68] Como señala ORDÁS ALONSO, Imposición al menor…, *loc. cit*., p. 58, apoyándose en la RDGRN de 10 de noviembre de 2011 *(JUR* 2014, 873), «existe mutuo acuerdo entre los progenitores en aquellos supuestos en los cuales, en la demanda que principió el procedimiento de filiación, el demandante se limita a solicitar en cuanto a los apellidos del menor que se incluya su apellidos entre los de aquel, sin especificar el orden de los mismos, en tanto que la madre demandada solicita en su contestación a la demanda como postulación principal la de la conservación de los apellidos anteriores de la nacida, y como petición subsidiaria la inscripción con el primer apellidos materno por ser así conocida. Si la sentencia recaída en el procedimiento acoge la postulación subsidiaria de la madre y la misma no es recurrida por ninguna de las partes procesales, no se puede considerar infringido el requisito consistente en la necesidad de mutuo acuerdo de los progenitores». SERRANO FERNÁNDEZ, Régimen jurídico del nombre…, *loc. cit.,* pp. 718 y 719, considera que deben comparecer los dos progenitores ante el Encargado del RC para anteponer el apellido materno sobre el paterno, y si uno de ellos no puede comparecer, la declaración de voluntad debe constar en escritura pública.

Es evidente que es necesario algún sistema de seguridad que corrobore el acuerdo de los progenitores en la inversión del orden de los apellidos en defecto de comparecencia de alguno de ellos. Quizás la escritura pública pueda resultar más complicado para las partes generando la huida de la inversión en los apellidos por la incomodidad y gasto que supone.

[69] Se está pensando en el caso en que el menor tuviera determinado el doble vínculo, pero sus progenitores hubieran fallecido o hubiesen sido privados de su patria potestad, en cuyo caso son otros los que ostentan su representación y quienes deben decidir. Si la filiación está determinada por ambas líneas pero uno de los progenitores fallece, es el superviviente el que decide el orden de los apellidos. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., GARCÍA RUBIO, M.ª P., El nombre de las persona físicas, *loc. cit*., pp. 490 y 491.

[70] Defiende esta regulación GALLARDO RODRÍGUEZ, La novedad legislativa…, *loc. cit*., p. 28.

[71] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., GARCÍA RUBIO, M.ª P., El nombre de las persona físicas, *loc. cit*., p. 491 destacan la neutralidad del criterio seguido en la nueva regulación.

[72] LINACERO DE LA FUENTE, El principio de igualdad…, *loc. cit.*, p. 15, considera coherente que sea el Encargado del Registro civil quien asuma esta decisión dado que es la autoridad competente en materia de nombre y apellidos en la legislación registral y por la desjudicialización que defiende la Ley 20/2011.

La ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil, ha modificado el artículo 46 LRC 2011 (este art. ya está en vigor desde el 15 de octubre de 2015) advirtiendo que los centros sanitarios comuniquen al RC, a través de un formulario oficial, los nacimientos producidos en dichos centros donde debe constar, entre otras circunstancias, el orden de los apellidos del recién nacido. Aunque nada se indica en el precepto, si existe discrepancia en la decisión del orden de los apellidos, deberá ser el Encargado del RC quien solucione el problema, no el centro.

[73] NAVARRO CASTRO, Comentario…, *loc. cit.*, p. 20 considera que la solución de la ley no resuelve el problema sino que los traslada al Encargado.

[74] EGUSQUIZA BALMASEDA, Derecho al apellido…, *loc. cit.*, pp. 11 y 12, critica esta circunstancia considerando que ello «puede terminar colapsando un aspecto básico y cotidiano de nuestra realidad social, con resultados que no se sabe si satisfarán las expectativas de los derechos que se pretenden tutelar». Destaca en nota 53 el distinto criterio que se sigue para parejas heterosexuales ajustándose a las previsiones legales, teniendo en cuenta la competencia del estado en estas materias, lo que contrasta con la solución impuesta en las parejas del mismo sexo.

[75] Entre las enmiendas que se presentaron frente al criterio del orden alfabético destacaron la siguientes: un procedimiento aleatorio fijado reglamentariamente, la primacía del apellido menos frecuente según los datos aportados por el INE, establecer un procedimiento al azar; un sorteo en la forma reglamentariamente determinado, un orden alfabético ascendiente o descendiente de forma alternativa, atender al apellido que tuviera mayor riesgo de desaparecer.

[76] En la tramitación de la nueva ley de Registro civil, en el Informe de la ponencia (BOE 3 de mayo de 2011, Serie A, núms. 90-28, pp. 29 y 30 se proponía en el artículo 49 que el encargado del RC determinaría el orden de los apellidos según orden alfabético». Contra este criterio se alegó que con el paso del tiempo se podría producir la desaparición de los apellidos que empezaran con las últimas letras del abecedario. BARBER CÁRCAMO, R. (2010), Apellidos y Registro civil, *Actualidad jurídica Aranzadi,* núm. 809/2010, Bib 2010/3799 (consulta en formato electrónico http://aranzadi.aranzadidigital.es), entre los siguientes criterios que expone en casos de falta de pacto entre los progenitores: la elección sobre su orden a la discrecionalidad del funcionario encargado del Registro (que como agudamente afirma la autora, tendrá sus manías), el azar alfabético o el régimen legal que necesariamente dé primacía a uno de los dos progenitores, se decanta por la última opción.

[77] NAVARRO CASTRO, Comentario…, *loc. cit.*, p. 730.

[78] SERRANO FERNÁNDEZ, Régimen jurídico…, *loc. cit.,* p. 723. Su duda es si el fundamento del juez debería ser el interés de la familia, aunque lo descarta pues la familia no goza de autonomía frente a los componentes de la misma. La misma argumentación respecto el interés del menor defiende NAVARRO CASTRO, Comentario…, *loc. cit.*, p. 730.

[79] En este sentido, DE LA IGLESIA MONJE (2014), Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio de interés superior del menor (su evolución tribunales de justicia), *Diario La Ley*, núm. 8395, 9 de octubre de 2014 (consultado electrónicamente http://laleydigital.laley.es), advierte que es un principio sujeto judicialmente ya que el TS y la jurisprudencia menor, han sido quienes se han encargado de marcar las líneas a seguir.

Legislativamente el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil alude a este principio desarrollado con cierto detalle tras la LO 8/2015, de 22 de junio.

[80] Es el artículo 211-6 CCCat el que alude al interés superior del menor, advirtiendo que «1. El interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte. 2. El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si

ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte a su esfera personal y matrimonial. 3. Para cualquier acto del representante legal que implique alguna prestación personal del menor, se requiere su consentimiento si ha cumplido doce años o si, teniendo menor, tiene suficiente juicio».

[81] VELA SÁNCHEZ, A. J. (2013), El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo, *Diario La Ley*, núm. 8162, 3 de octubre, consultado electrónicamente http://laleydigital.laley.es y bibliografía citada en nota 3. RIVERO HERNANDEZ, F. (2007), *El interés del menor,* 2.ª ed., Dykinson, Madrid, p. 71.

[82] ALONSO PÉREZ, M. (1997), La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil*, 1, p. 24; ROCA TRIAS, E. (1994), «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado», *RJC,* 4, p. 916.

[83] NAVARRO CASTRO, Comentario…, *loc. cit*., p. 730, considera, en sentido contrario, que en estos casos en los que existe riesgo de desaparecer un apellido puede aplicarse el interés superior del menor.

[84] Por ejemplo, en los siguientes artículos del Código Civil: 20.2-a); 90.1.b); 92.4.8; 94.2; 103.1; 125; 172.4; 173.3.4; 173 bis; 176.1; 180.2; etc.

[85] El actual artículo 2 LO 1/1996 de Protección jurídica del menor, afirma:

«Artículo 2. *Interés superior del menor.*

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Por ello, como principio básico en la aplicación de la presente Ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre las necesidades y el interés del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, sexualidad o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación

e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el mejor interés del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) El derecho del menor a ser informado, oído y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar.

c) La participación de padres, tutores o representantes legales del menor y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de los intereses de este.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos»,

[86] IGLESIAS NÚÑEZ, Atribución de apellidos…, *loc. cit.*, pp. 104-105, advierte que en los supuestos de modificación de los apellidos en virtud de imposición de la filiación, con éxito, de la filiación indebidamente ostentada hasta entonces. En estos casos, se pierden automáticamente los apellidos atribuidos hasta entonces y se modifican por los correspondientes al nuevo estado (art. 213.1 RRC). El TS tuvo una respuesta oscilante en estos casos: unas veces aprueba conservar los apellidos a pesar de la inexactitud del dato de la filiación, admitiendo una especie de derecho adquirido por el uso de los mismos (STS 19 de enero de 1972). En otras ocasiones el TS ordena eliminar los apellidos correspondientes a una filiación inexistente, en razón del perjuicio moral que puede ocasionar compartir el apellido familiar con quien no tiene derecho a ostentarlo y aduciendo la imposibilidad de adquirir por prescripción el apellido (STS 18 de enero de 1968).

[87] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, El nombre…, *loc. cit.*, critica, con razón, la inobservancia en este caso del artículo 59.3 LRC según el cual el Juez de primera instancia puede autorizar «la conservación por el hijo natural o sus descendientes de los apellidos que vinieron usando, siempre que insten el procedimiento dentro de los dos meses siguientes del reconocimiento o, en su caso, a la mayoría de edad» (en el mismo sentido art. 53.5 LRC 2011).

[88] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, El nombre…, *loc. cit.*, critica que la sentencia no haya acogido la existencia de una violación del derecho a la igualdad, derivada del artículo 194 RRC, aunque defiende por correcta la apreciación de la violación del derecho a la imagen del menor.

Como advierte ORDÁS ALONSO, Imposición al menor…, *loc cit*, pp. 64 y sigs., esta sentencia es la tercera ocasión en que se ha planteado ante el TC la posible inconstitucionalidad del orden de los apellidos del artículo 109 del Código Civil en relación al artículo 10 y 18 CE. Con anterioridad se planteó en ATC (Pleno) 152/2011 de 7 de noviembre y en la STS 176/2012 de 15 de octubre. Ambas fueron inadmitidas a trámite y la sentencia del TC 167/2013 es la única de las veces que entra en el fondo. Para un análisis más detallado de las sentencias puede consultarse la obra de la autora.

[89] Con la LRC 1957 el Registro civil está a cargo de los Juzgados de Primera Instancia o por delegación de estos a los Jueces de Paz. Sin embargo, la LRC 2011 se caracteriza, como hemos advertido, por la desjudialización, y en este sentido la DA 20 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, señala que el Registro civil, a partir de la entrada en vigor de la LRC 2011 se encomendará a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles que en cada momento tengan a su cargo las oficinas del Registro Mercantil por razón de su competencia territorial. Es cuando puede surgir el problema.

[90] LINACERO DE LA FUENTE, El principio de igualdad…, *loc. cit.*, pp. 15 y 16 advierte en un sentido similar que «podrían establecerse en sede reglamentaria algunos criterios del citado interés incluso contemplar expresamente la posibilidad de que si el criterio del interés del menor no fuera determinante para decidir el orden, el Encargado pueda acudir a un procedimiento aleatorio (…). En muchos supuestos la opción por uno u otro apellido, difícilmente podrá resolverse atendiendo al interés del menor, y corresponderá decidir al Encargado del Registro civil según su particular criterio (…) para evitar dejar el tema al particular criterio del Encargado, acaso debería haberse previsto acudir a un procedimiento aleatorio».

[91] La Disposición Transitoria Única de la Ley 40/1999 advertía: «Si en el momento de entrar en vigor esta ley los padres tuvieran hijos menores de edad de un mismo vínculo, podrán, de común acuerdo, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hermanos. Ahora bien, si estos tuvieran suficiente juicio, la alteración del orden de los apellidos de los menores de edad requerirá aprobación en expediente registral, en el que estos habrán de ser oídos conforme el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de febrero».

[92] Se ha manifestado en un sentido muy similar ORDÁS ALONSO, Imposición al menor…, *loc. cit.,* pp. 88 y 89.

[93] GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2004), La reforma del Registro civil en España, *Diario La Ley,* 29 de diciembre de 2014, consulta en formato electrónico http://laleydigital.laley.es. Añade el autor que «cuando un registrador califica no está decidiendo un pleito o resolviendo un litigio, sino publicando erga omnes una situación o relación jurídica que estima adecuada a Derecho. (…) Cuando existe contienda sobre la validez de lo inscrito es donde ya sí tiene sentido la competencia judicial»

[94] Sobre el tema, aunque analizando el proyecto de Código Civil Argentino se manifestaron RIOS, J. P., y SCOCOZZA, R. (2013), El apellido de los hijos. Un precedente que fortalece el principio de igualdad y no discriminación, *Revista de Derecho de familia y de las personas,* 2. pp. 159 y sigs., alabando la propuesta idéntica a la aprobada GALLARDO RODRÍGUEZ, La novedad legislativa…, *loc. cit.*, pp. 177 y sigs.

(Trabajo recibido el 12-1-2015 y aceptado para su publicación el 6-2-2015)

DICTÁMENES Y NOTAS

La política de dividendos en la empresa familiar (A propósito de la reforma del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital)

Dividend Policy in the Family Business (The Reform of Article 348(2) of the Corporate Enterprises Act)

por

TATIANA CUCURULL POBLET

Doctora en Derecho por la Universitat Internacional de Catalunya

Abogada

RESUMEN: Una de las novedades más relevantes introducida por la ley 25/2011 de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital, es la contenida en el artículo 348 bis. Dicho artículo incorpora un nuevo derecho de separación por el no reparto de dividendos que se otorga a los socios de sociedades anónimas no cotizadas y sociedades limitadas en aras a la protección de la minoría. No obstante, esto puede afectar negativamente a la situación patrimonial de un gran número de empresas, sobre todo en aquellas que tienen un carácter familiar al no poder hacer frente, aun existiendo beneficios, al pago del dividendo o al reembolso exigido por la normativa como contraprestación al ejercicio del derecho de separación. En este tipo de entidades es frecuente disponer del denominado protocolo familiar como medio que pretende fomentar la comunicación entre los accionistas, estableciendo en él aquellas cláusulas consensuadas que tienen como finalidad evitar futuros conflictos que puedan

afectar a su continuidad. De este modo, el objetivo de este estudio es ver la capacidad del protocolo familiar para neutralizar o desactivar los efectos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

ABSTRACT: One of the most significant amendments to Spanish law 25/2011 (1 August 2011), partially reforming the Spanish Corporate Enterprises Act, was made to its article 348(2). This article now provides for an exit right for the stockholders of unlisted joint stock companies and limited companies if dividends are not distributed, in the interests of protecting minority shareholders. However, this may have a negative effect on many companies' financial situation, in particular family businesses, as even if they make a profit, sometimes they cannot pay either the dividends or the reimbursement required by the legislation as consideration for exercising such an exit right. In this type of business in Spain, there is commonly an agreement called a protocolo familiar (family business agreement) which is intended to smooth communication between shareholders, by setting forth the agreements reached by them in order to prevent any future conflicts which may affect its continuity. Thus, the objective of this paper is to examine how well such a family business agreement neutralises or lessens the effects of article 348(2) of the Spanish Corporate Enterprises Act.

PALABRAS CLAVE: Distribución de dividendos. Empresa familiar. Derecho de separación de socios. Estatutos sociales. Ley de Sociedades de Capital.

KEY WORDS: Distribution of earnings. Family business. Exit right of partners or shareholders. Articles of association. Corporate Enterprises Act.

SUMARIO: I. LA FINANCIACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR. —II. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—III. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y DEL CAMBIO LEGISLATIVO.—IV. BASES DE LA REFORMA. —V. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN: 1. Momento para su efecto. 2. Contenido y determinación del montante de beneficios propios a repartir. 3. Legitimación. 4. Plazo. 5. Ámbito de aplicación. 6. Pago del dividendo. —VI. CONTROVERSIA DE LA NORMA. —VII. PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS *CONVENANTS* EN LAS OPERACIONES DE REFINANCIACIÓN. —VIII. CARÁCTER DE LA DISPOSICIÓN: IMPERATIVA O DISPOSITIVA.—IX. REPERCUSIONES RESPECTO DEL PROTOCOLO FAMILIAR.—X. REGULACIÓN ESTATUTARIA DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.—XI. CONCLUSIONES.—XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA FINANCIACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

La financiación de las empresas familiares es uno de los temas más debatidos entre la doctrina. El centro de la cuestión radica en la decisión de la entidad en recurrir a la financiación con fondos propios o bien la financiación externa.

Parte de la doctrina defiende que la búsqueda de la financiación debe realizarse en mercados de capitales y no entre socios[1]; sin embargo, en mi opinión, lo ideal sería que esta financiación proviniera, preferentemente, de la aportación realizada por los socios familiares. Esto se debe a dos motivos principales: en primer lugar, porque resultará indudablemente más fácil obtener dicha financiación entre los miembros familiares, pues se evitan así los requisitos formales que le serían exigidos si acudiese a mercados financieros, y el previsiblemente elevado coste de estas operaciones. En segundo lugar, y de una manera más práctica, de esta forma también se estimula la motivación de los socios para que inviertan en su propia empresa, de la cual conocen su potencial y participan de sus objetivos, frente a otras posibles inversiones cuya rentabilidad y riesgos escapan a su control.

Aun así, deben hacerse dos advertencias:

Por una parte, toda empresa debe contar de antemano con tener abiertos los canales de financiación exterior ante las posibles dificultades económicas que en algún momento puedan encontrarse los miembros familiares y accionistas de la entidad.

Por otra parte, en la práctica, ante las diferencias económicas entre los socios, unos estarán en condiciones para hacer esas aportaciones y otro no. Esto crea una situación de potencial tensión, pues será necesario compensar a los que realizan las aportaciones reasignando o redistribuyendo la participación social.

Por ello, es necesario referirse a la política efectiva de la empresa, o lo que es lo mismo, a la política de dividendos, ya que este es el problema de máxima tensión en las entidades familiares.

La política de dividendos de toda empresa ha de tener como objetivo buscar un equilibro entre la adecuada capitalización de la entidad y la satisfacción de los derechos económicos de sus accionistas.

Para alcanzar una estructura óptima del capital de la empresa es necesario buscar las proporciones de capital y deuda que minimicen el coste medio ponderado de la financiación y que maximicen el valor de la empresa[2].

A pesar de que han sido múltiples los estudios que han intentado relacionar la política de dividendos con el valor de la empresa[3], hasta el momento no se ha podido demostrar que dicha política sea un factor determinante a la hora de establecer el valor de la acción[4].

No obstante, en materia de financiación de la empresa no solo debemos acudir a la financiación a través de recursos ajenos, sino también se debería

contemplar la autofinanciación a partir de una política restrictiva de dividendos que nos permitiera acumular recursos propios. En este punto es interesante ver la capacidad del protocolo familiar para neutralizar o desactivar los efectos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

El pasado 2 de octubre de 2011[5] entró en vigor la ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Según la Exposición de Motivos su finalidad es la reducción de costes, la eliminación de ciertas diferencias entre la sociedad anónima y la limitada y, finalmente, la transposición a la legislación interna de la Directiva 2007/36/CE. Además, se aprobó con un cambio de último momento, que provenía de una enmienda suscrita por los partidos mayoritarios y que finalizó con la incorporación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Dicho artículo incorpora un nuevo derecho de separación por no reparto de dividendos que se otorga a los socios de sociedades anónimas no cotizadas y sociedades limitadas en aras a la protección de la minoría. Esta incorporación se ha calificado como uno de los cambios más significativos producidos en las sociedades de capital en los últimos tiempos. El nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital concede este derecho a los socios si a partir del quinto ejercicio económico desde la constitución de la sociedad no reparte, como mínimo, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social legalmente repartibles.

Sin embargo, hasta ahora, era frecuente la doctrina que admitía el derecho de separación cuando, de forma injustificada, la entidad decidía no repartir los beneficios sociales. De hecho, en el caso de las empresas familiares, cuando estos acuerdos no estaban incluidos en los estatutos, ha sido habitual el establecimiento de pactos parasociales en este sentido. Así pues, el reconocimiento legal plasmado actualmente en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital ya lo estaba doctrinalmente[6].

En este mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011[7], y la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de enero de 2011[8], declaran la nulidad del acuerdo social de no repartir dividendos, adoptado por la mayoría con abuso de derecho. No obstante, cabe decir que dicha nulidad no implica la obligación de repartir dividendo, sino que tan solo determina si es o no contrario a la ley conforme al artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital.

Este nuevo derecho de separación individual del socio supone que, en el caso de darse los presupuestos contemplados en la ley para su ejercicio, el socio podrá salir de la sociedad y recuperar el valor de su inversión de conformidad con el procedimiento previsto en la ley, es decir, su participación en el capital social será satisfecha por su valor razonable. Dicho de otro modo, el derecho al dividendo no nace hasta que la Junta General decide concederlo. No obstante, la ley reconoce en su artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital la legítima expectativa de todo accionista a percibir una rentabilidad por su inversión. Este derecho abstracto se concreta con la introducción del nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por el que aquellas sociedades que, por acuerdo de la mayoría, priven a los socios minoritarios de este beneficio pueden quedar obligadas a adquirir sus acciones y consecuentemente permitir su salida de la entidad.

No se trata, por tanto, de un derecho absoluto de salida del socio minoritario. La ley lo que hace es que, a pesar de reconocer la vigencia del vínculo contractual que conlleva la sociedad, entiende que este vínculo puede verse frustrado cuando la sociedad decide no distribuir anualmente un dividendo mínimo. Es decir, la norma no concede al socio minoritario un derecho societario, sino que le habilita para considerar extinguido el contrato de sociedad, hasta el punto de resolverlo[9].

Por tanto, el derecho de separación supone la ruptura del vínculo contractual existente, hasta entonces, entre el socio y la entidad. Se trata de una resolución parcial del contrato motivada por razones muy justificadas.

La razón de la inclusión de este precepto radica en la falta de distribución de beneficios de la entidad, lo que da lugar a la principal fuente de conflictos de la sociedad.

Con anterioridad a la publicación de esta modificación de la Ley de Sociedades de Capital, eran frecuentes las demandas interpuestas por los socios minoritarios de la entidad para impugnar acuerdos de Juntas como mecanismo de defensa ante una política de no reparto de dividendos adoptado por la mayoría. A tal efecto, la jurisprudencia mantenía que la Junta podía decidir libremente la aplicación del resultado de la entidad de la forma que estimase más conveniente, pudiendo incluso acordar la no distribución del mismo y su aplicación a reservas[10]. Por tanto el socio no tenía un derecho concreto a la parte correspondiente a los beneficios obtenidos en un determinado ejercicio hasta la adopción, en su caso, del acuerdo de distribución de dividendos adoptado por la Junta[11]. Con todo, cierto es que en el Anteproyecto de la ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1994 ya se planeó un derecho de minoría cualificada para poder solicitar el reparto de dividendos. Sin embargo, dicha norma no quedó incorporada al Derecho societario.

El posible temor a situaciones de dificultad económica que puede implicar una aplicación literal del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital,

consecuencia directa de una época de crisis generalizada del crédito, es lo que motivó al Congreso de los Diputados a aprobar una enmienda transaccional en la que «se insta al Gobierno a que dentro del marco del nuevo Código mercantil que se está elaborando desde el Ministerio de Justicia, se estudien e impulsen las modificaciones legislativas que haya que introducir en la Ley de Sociedades de Capital para que, sin menoscabo del derecho de separación y del derecho de distribución de los dividendos legalmente repartibles que se puedan generar por explotación del objeto social, que asiste a los socios minoritarios, no se lleve a las sociedades no cotizadas a situación de dificultad económica»[12].

No obstante, y a la vista de las dificultades que presentaba la aplicación de este nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el legislador optó por introducir una disposición transitoria en el artículo 1 apartado cuarto de la ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, en virtud de la cual se suspende la aplicación del artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital hasta el 31 de diciembre de 2014. Posteriormente y conforme establece la disposición transitoria de la propia Ley de Sociedades de Capital redactada por la disposición final primera del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, la aplicación de dicho artículo volvió a quedar suspendido hasta el 31 de diciembre de 2016.

Dicha suspensión tiene una naturaleza material, por tanto no podrá tener ningún efecto retroactivo. Su problemática deberá analizarse desde el punto de vista de la transitoriedad de las normas jurídicas[13]. Tal y como señalan VILARRUBIAS y FAURIA, de aplicarse la retroactividad se estaría privando temporalmente del legítimo derecho de separación a los socios que estaban en posesión de tal prerrogativa[14].

Cabe tener en cuenta que la suspensión no podrá afectar al derecho de separación que se hubiese producido en una Junta General celebrada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2012, y por tanto, antes del 24 de junio de 2012. En estos casos, ya se habrían materializado los hechos constitutivos que exige el derecho de separación antes de la entrada en vigor de la suspensión.

Así pues, todo socio minoritario que ostente el derecho subjetivo lo podrá hacer valer y ejercitarlo tanto frente a la sociedad como a los demás socios. Esto es así a pesar de que en el momento de ejercer el derecho el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital ya estuviese en suspenso.

A pesar de todo, el actual artículo 93 del mismo texto legal, reconoce a todo socio un derecho legal a participar en los beneficios de la entidad. Sin embargo, y tal y como señala el Tribunal Supremo, dicha participación se configura como un derecho abstracto al dividendo. El derecho de crédito del accionista contra la sociedad solo nace con el acuerdo de Junta[15] a partir de la existencia de beneficios sociales repartibles de acuerdo con el artículo 273 de la Ley de

Sociedades de Capital, momento en el cual este derecho abstracto del socio se convierte en un derecho protegido[16].

De este modo, la Junta General es la única que tiene competencia para decidir el reparto o no de los dividendos, y en su caso, plasmar en el acuerdo la cantidad, forma y momento de su pago. No obstante, el ejercicio del derecho de separación no requiere, en absoluto, la aprobación de la Junta[17].

La incorporación del nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital ha alterado la naturaleza del derecho al dividendo. Así, un gran número de sociedades pueden ver afectada su situación patrimonial. Este hecho se agrava en el caso de aquellas que tienen un carácter familiar ya que en la actualidad no resulta fácil el recurso a la financiación ajena.

Por último, la introducción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital trae consigo la necesidad de que las empresas deban revisar y adaptar sus estatutos a las nuevas circunstancias. Es recomendable establecer parasocialmente el proceso de separación, en el sentido de establecer los modelos de valoración de las acciones o participaciones sociales; qué tipo de profesional será el que deberá valorarlas en caso de acuerdo entre las partes entre otras.

III. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y DEL CAMBIO LEGISLATIVO

El artículo 273.1 de la Ley de Sociedades de Capital otorga libertad a la Junta General para decidir en cada ejercicio sobre la aplicación del resultado, es decir, si repartirlo entre los socios o si destinarlo a constituir o incrementar reservas. Sin embargo, tal decisión, la mayoría de veces provoca conflictos sociales entre los socios minoritarios y puede comportar también maniobras de abuso por parte de los mayoritarios.

En los últimos tiempos es cada vez más frecuente ver cómo los jueces tienden a proteger a los socios minoritarios amprándose en la prohibición del abuso de derecho. De este modo, se defiende que tal prohibición, contemplada en el artículo 7.2 de Código Civil, es la única limitación a la libertad de la Junta para poder reservar los beneficios y no repartir dividendos. No obstante, existe una salvedad, y es que tal conducta pueda ser considerada abusiva. Para ello, el socio impugnante del acuerdo tendrá la carga de probar que su finalidad es el perjuicio de los socios minoritarios. Dicha prueba no resulta fácil puesto que cualquier justificación mínimamente razonable para la reinversión suele ser suficiente para que los tribunales se decanten por considerar como no abusiva tal acción y consagrando la libertad de la Junta para decidir sobre los beneficios[18].

En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 tratando una sociedad en la que nunca se habían repartido dividendos entre sus socios declaró que «privar al socio minoritario sin causa acreditada

alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática (…), se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación de resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (el demandante que recurre)»[19].

Sin embargo, por el contrario, también encontramos algunos pronunciamientos jurisprudenciales que aceptan la existencia de abuso cuando se venden sistemáticamente o sin justificación alguna el reparto de los beneficios en favor de los accionistas, como derecho esencial de toda acción[20]. No obstante, cabe decir, que no existe un tiempo unánime establecido por la jurisprudencia en cuanto al plazo para poder calificar como tal la reiterada decisión. Hecho que hubiese ayudado a encauzar el problema[21]. Además, también merece destacarse que para apreciar si existe un abuso de la mayoría, y a diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia, la ley no exige a la sociedad que siga una determinada política en cuanto al reparto de dividendos.

Hasta la introducción de este nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la única vía de la que disponían los minoritarios para hacer valer sus derechos societarios cuando se producía de una manera reiterada el no reparto de dividendos con la finalidad de perjudicarles era alegar un abuso de derecho por parte de los socios mayoritarios. Para ello, el minoritario debe solicitar la impugnación de tal acuerdo social con el fin de lograr la declaración de nulidad. Aun así, esta acción también puede ser considerada como la imposición de una determinada voluntad social, por lo que su aplicación resulta discutible[22].

A pesar de todo, la gran mayoría de la jurisprudencia tiende a defender que el derecho del socio minoritario a participar en los beneficios a través del dividendo solo surge a partir del acuerdo positivo de reparto acordado por la Junta General. Según BRENES CORTÉS la causa radica en la denominada *business judgement rule*[23].

Así pues, teniendo en cuenta todo lo anterior, y a pesar de existir jurisprudencia que obliga a la sociedad a adoptar un acuerdo de reparto del dividendo, no puede considerarse que haya una protección completa para los socios minoritarios cuando se dan situaciones de opresión. Es por ello que la única solución que existe hasta la fecha para eludir el persistente abuso de derecho es conceder al socio la facultad de poder separarse de la entidad, y con ello poder dar cumplimiento al artículo 7.2 del Código Civil. Y esto ha sido precisamente la finalidad que ha justificado la promulgación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta misma solución para evitar situaciones de explotación u opresión del minoritario también ha sido adoptada en otros ordenamientos comparados. De este modo, en los Derechos anglosajones existe la doctrina de la «*oppression*»[24]

y, en el ámbito del derecho continental, la creación doctrinal y jurisprudencial de un derecho de separación por justa causa.

IV. BASES DE LA REFORMA

La batalla entre los socios es uno de los problemas más frecuentes con los que se enfrentan las entidades, y más aún en los tiempos que vivimos. La actual crisis económica ha agravado los desencuentros entre los accionistas al haber distintos puntos de vista sobre cómo gestionar la empresa. Este hecho se intensifica en el caso de las empresas familiares donde la sucesión, la mayoría de las veces, implica tener que compartir el capital con familiares, circunstancia que complica aún más el entendimiento entre ellos.

Con la introducción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital el legislador pretende poner solución al problema de la expropiación del minoritario que suele darse, mayoritariamente, en las sociedades cerradas[25].

A pesar de que este tipo de entidades suele relacionarse con las sociedades de responsabilidad limitada[26], puede darse también el caso de que sean sociedades anónimas de carácter cerrado.

El número de socios de este tipo de compañías suele ser reducido, y acostumbran a estar unidos por lazos familiares o afectivos. Además son inversores activos y tienen buena parte de su patrimonio invertido en la empresa siendo esta su principal fuente de ingresos[27]. Aunque el gran inconveniente es que los socios de estas entidades no pueden vender libremente sus acciones o participaciones cuando quieran separarse de la sociedad. Para ello, deberán venderlas a un precio muy bajo recuperando así parte de su inversión.

Por tanto, obtener el control en las sociedades cerradas es definitivamente más sencillo. De ahí que el interés de la minoría pierda importancia. Por este motivo y para paliar el problema, el legislador atribuye a la Junta General la competencia para decidir la aplicación de los beneficios sociales (art. 272 de la LSC). No obstante, este acto no queda exento de polémica puesto que puede existir un abuso por parte de los socios mayoritarios, quienes pueden decidir en la Junta, y de forma continua, la reinversión de los beneficios y consecuentemente el no reparto de dividendos. Todo ello en detrimento de la minoría que ha votado en contra de dicha decisión.

Este abuso suele ir acompañado con el aseguramiento, por parte de este grupo mayoritario, de una retribución paralela al derecho al dividendo, como puede ser la que perciben por formar parte del órgano de administración; o mediante la celebración de otros contratos con la sociedad de sociedades vinculadas al grupo mayoritario[28].

Con todo, las decisiones sociales sobre la reinversión de los beneficios tienen su origen en la legítima decisión de la sociedad, *ex* artículo 273.1 de

la Ley de Sociedades de Capital, de reinvertir salvo que esta conducta pueda calificarse como abusiva.

La única vía de la que disponían los socios minoritarios para intentar combatir este problema era acudir a los tribunales demostrando una conducta abusiva por parte de los mayoritarios de conformidad con el artículo 7.2 del Código Civil. A tal efecto, el Tribunal Supremo exige que, para que pueda considerarse tal abuso, debe concurrir el hecho de que se prive al socio minoritario, sin causa alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática[29], cuestión que en la práctica resulta muy difícil de probar[30].

Sin embargo, cabe la posibilidad de establecer pactos extraestatutarios. Su objetivo es el de lograr acuerdos mediante la sindicación de voto, a fin de defender a los socios minoritarios frente a los mayoritarios. Dentro de estos pactos, y en el caso de las empresas familiares, adquieren especial relevancia aquellos que tienden a consensuar el voto por ramas familiares[31].

Además, también es posible incluir cláusulas en los estatutos encaminadas a limitar este abuso. Merece la pena destacar aquella que consiste en que, en determinadas circunstancias, el socio tendrá derecho a salir de la compañía y la venta de sus acciones o participaciones será determinada por un tercero[32]. Esta es la que, hasta la fecha, más se asimila al derecho de separación establecido ahora por el legislador.

Aun así, la falta de distribución de dividendo que prescribe el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital no tiene por qué suponer siempre una situación de abuso de la mayoría frente a los minoritarios. Puede ocurrir que se acuerde no repartir durante unos años con la finalidad de dar cumplimiento a un objetivo fijado desde el principio de acometer determinadas adquisiciones. De este modo, y para justificar la situación de un posible abuso, es necesario analizar caso por caso si concurren o no ciertas circunstancias que hagan inexigible al socio su permanencia en la entidad. Así, existiría un justo motivo para que el socio pueda separarse de la sociedad siempre y cuando no se contemplara la alternativa de vender sus acciones o participaciones.

De todo ello se desprende que, con la introducción de este nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la situación económico-financiera de las sociedades cerradas puede verse afectada. El poder otorgado a los minoritarios puede obligar a la entidad al reparto de un dividendo mínimo anual o a reintegrar el valor de las acciones o participaciones a quienes deciden separarse de la compañía. Además, esta nueva causa de separación puede conducir a una inestabilidad societaria, sobre todo si la entidad se encuentra en los inicios de su andadura, lo que impediría alcanzar su consolidación en el mercado.

De este modo, debe tenerse en cuenta que aunque la norma societaria contemplada en este nuevo artículo reconoce un derecho al socio minoritario de separación, este debe ejercitarlo de buena fe y con deber leal a la sociedad. Así

pues, puede ocurrir que en determinadas situaciones, la sociedad pueda decidir no reconocer dicho derecho de separación, aunque ello comporte tener que defender la prioridad del interés general de todos frente a un ejercicio abusivo del socio minoritario.

V. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

1. Momento para su efecto

«A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad».

El primer requisito que ha establecido el legislador consiste en que la entidad de la que el socio forme parte lleve inscrita en el Registro Mercantil, como mínimo, cinco ejercicios económicos. Parece lógico que la norma supedite el ejercicio de dicha facultad a esta limitación temporal puesto que los comienzos de cualquier proyecto societario no suelen ser de éxito inmediato[33]. No obstante, merece subrayarse que no habla de cinco años desde su inscripción en Registro.

Además, uno de los temas que se nos plantea es determinar cuál es el primer momento para el ejercicio del derecho de separación; es decir, si este quinto ejercicio se refiere a cuando la Junta se reúne en el quinto ejercicio pero para tratar la aplicación de los resultados del cuarto, o cuando la reunión sea en el sexto ejercicio para acordar la aplicación de los resultados del quinto ejercicio económico. Pues bien, a mi entender la segunda opción sería la correcta, ya que el legislador se refiere al «quinto ejercicio» entendiéndose este como el ejercicio económico.

Con todo, cuando una sociedad haya estado repartiendo dividendos durante los cuatro primeros ejercicios de su existencia, también deberá soportar el ejercicio del derecho de separación la primera vez que decida reservar sus beneficios.

En aquellos casos en los que se produce una fusión, escisión u otras operaciones de reestructuración empresarial el cómputo de los cinco años también puede plantear dudas. Así pues, lo lógico sería pensar que el inicio del plazo fuese la inscripción de la constitución de la sociedad absorbente o, cuando se realiza a través de la creación de una nueva sociedad, desde la inscripción de la fusión. Sin embargo, no hay un tratamiento diferenciado sobre personalidades jurídicas, y en ambos casos la sociedad absorbente o de nueva creación incorpora a su estructura interna todas las relaciones existentes en la entidad absorbida. De este modo, podría afirmarse que el socio minoritario cuya sociedad absorbida lleva más de cinco años inscrita y que sin su consentimiento se ha convertido en absorbente de reciente inscripción, podría solicitar su separación. Sin embargo, al no contemplarse legislativamente esta situación, los tribunales

son los que, en caso de conflicto, tendrán la última palabra sobre si conceder o no el derecho de separación[35].

2. Contenido y determinación del montante de beneficios propios a repartir

«Que la Junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles».

El derecho contenido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital tiene su origen en una causa legal que nace *ex post*[36]. Es decir, para que surta efecto la Junta debe haber decidido, en contra de la voluntad del socio, el no reparto de los dividendos; o pese a haberse acordado su reparto, este está por debajo del mínimo establecido por ley, un tercio de los beneficios.

Debemos advertir el alto importe que se ha establecido como dividendo mínimo. La norma no admite la norma que, una vez transcurrido el quinto ejercicio, se decida no repartir dividendos en algún ejercicio en aras al interés social, ni que este sea de menor cuantía. Algunos autores señalan que la nueva norma hubiese provocado un menor rechazo por parte de los empresarios si el legislador no hubiese entrado a regular detalladamente el montante a repartir o, a lo sumo, hubiese establecido un porcentaje máximo o mínimo de los beneficios a repartir[37].

En cuanto a «los beneficios propios de la explotación del objeto social» surge la duda sobre su interpretación ya que se trata de un concepto no incluido en la normativa societaria. A tal efecto considero que debe entenderse solo aquellos derivados de la actividad común de la sociedad, quedando por tanto excluidos del reparto los beneficios extraordinarios, las plusvalías que se reflejen en la contabilidad, las reservas de operaciones de restructuración, etc.[38].

Finalmente, la base para el cálculo de los beneficios se obtendrá una vez descontadas las reservas legales y en su caso estatutarias, así como las compensaciones de pérdidas de ejercicios anteriores[39].

3. Legitimación

«El socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales».

El derecho contenido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital solo es aplicable sobre aquellos socios que hubieran votado a favor de la distribución de beneficios, quedando por tanto excluidos los que no han asistido a la Junta y los que se han abstenido en la votación[40].

Puede ocurrir que en el orden del día no se halle contemplada la distribución de los beneficios si el órgano de administración plantea destinarlos a

reservas. En estos casos, los disidentes se muestran contrarios a tal decisión pero no votan expresamente para que se distribuyan dividendos. Entendemos que se deberá equiparar el voto contrario a destinar los beneficios a reservas, siempre y cuando este conste en acta, con el voto favorable al que se refiere la ley[41]. Para las sociedades anónimas, también es posible ejercitar la opción del complemento de convocatoria previsto en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por otra parte, nada dice el precepto sobre si la demanda de repartir el dividendo conlleva obligatoriamente el reparto para todos los accionistas o partícipes de la entidad. A tal efecto considero que el pago del dividendo deberá ser repartido entre todos los socios de la entidad cuando haya sido exigido, por lo menos, por uno de ellos. De este modo, en caso de no obtenerlo, también se abrirá para todos aquellos que votaron a favor de su reparto el derecho de separación.

Este hecho puede afectar de una manera directa a la empresa. Todo dependerá del porcentaje de participación de quienes exijan el reparto del dividendo. Poniéndonos en un caso extremo, no es lo mismo que quien ejerza este derecho posea un 1% de los títulos de la empresa sobre aquel que posee un 15%, ya que en este último caso se puede producir una descapitalización de la entidad.

4. Plazo

«El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios».

Este precepto es fruto de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y cuya justificación literal es la siguiente: «El derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. […] La falta de distribución de dividendos no solo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio.

De otra parte, con la fórmula que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo)»[42].

Debe tenerse en cuenta que el cómputo del plazo para ejercer el derecho de separación dista de los supuestos contemplados en el artículo 348 de la Ley de

Sociedades de Capital. En estos casos el plazo es de un mes desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación, mientras que en el caso del derecho contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital se ha de ejercitar en el plazo de un mes desde la celebración de la Junta General.

La diferencia en el inicio de los cómputos parece lógica, ya que para recurrir al nuevo derecho de separación es necesario manifestar en Junta la oposición a la decisión de no repartir los beneficios, siendo en este caso necesaria su presencia física o estar representado en la Junta, además de que el acuerdo no es inscribible.

5. Ámbito de aplicación

«Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cerradas». La norma se aplica a todas las sociedades de capital, tanto limitadas como anónimas, con excepción de las sociedades cotizadas.

La limitación de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital a las sociedades cerradas tiene su fundamento en la dificultad con la que normalmente se encuentran los socios cuando pretenden vender sus títulos, ya que no cuentan con un mercado en el que negociar sus títulos. Este hecho no sucede en el caso de las sociedades cotizadas. Con ello, se pretende facilitar la salida de la entidad a aquellos socios que ya no estén interesados en formar parte de ella.

6. Pago del dividendo

Este derecho de separación otorga al socio el derecho a percibir el importe del valor razonable de sus acciones o participaciones. Este se determinará de forma dineraria puesto que el pago en especie solo es posible si existe un acuerdo unánime por aplicación análoga del artículo 393.1 de la Ley de Sociedades de Capital[43]. Además deberá ser satisfecho por la propia entidad de la que se separa, no cabiendo el pago por parte de otros socios o incluso de terceros interesados en adquirirlas. Para aquellos casos en los que no sea posible llegar a un acuerdo sobre el importe a satisfacer, el remedio legal es que el socio acuda a una valoración externa. Así pues, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 353.1 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil, será un auditor de cuentas, distinto al de la sociedad y designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones, el que deberá obtener ese valor razonable.

VI. CONTROVERSIA DE LA NORMA

A pesar de lo favorecedora que puede ser para los socios minoritarios la introducción de este nuevo artículo en la Ley de Sociedades de Capital, son múltiples los interrogantes o dudas que deja sobre su paso.

En primer lugar, nada dice sobre si el socio que quiere ejercitar su derecho de separación debe tener un determinado plazo de carencia o de pertenencia a la entidad. Además, tampoco hace ninguna referencia sobre cuál debe ser el sentido de su voto en cuanto al reparto de los dividendos en los ejercicios anteriores.

Esta falta de regulación puede comportar la entrada en la empresa de un comprador atraído exclusivamente por el reparto del dividendo. Tal actuación podría poner en riesgo la política de crecimiento o de autofinanciación de la entidad[44].

En segundo lugar, nada establece la norma sobre si se computan ejercicios completos o también computan los meses cuando la sociedad se ha constituido durante el ejercicio. La jurisprudencia será la que deberá depurar esta duda interpretativa, aunque a mi entender debe computarse como el primero, aunque solo haya durado unos meses o incluso semanas.

En tercer lugar, este poder de decisión a cada uno de los socios sobre los beneficios sociales puede acabar por convertirlos en meros acreedores de un crédito frente a la sociedad, y a estas en meras entidades de depósito remunerado[45].

Por último, y a raíz de lo anterior, puede ocurrir que este abuso que hasta ahora podía darse por parte de los socios mayoritarios dé lugar a la situación inversa, en la que los minoritarios aprovechen la oportunidad que les brinda este nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital utilizando el derecho de separación de forma abusiva y controlen la decisión sobre el reparto de los dividendos de la entidad[46]. Ante estas situaciones no cabe perder de vista el peligro de desinversión o descapitalización que el derecho de separación implica[47], y que puede afectar de manera directa a la viabilidad económica de la entidad así como a los contratos de financiación existentes con terceros.

VII. PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS CONVENANTS EN LAS OPERACIONES DE REFINANCIACIÓN

Como ya se ha comentado anteriormente, el nuevo derecho al dividendo en ocasiones puede entrar en conflicto con la viabilidad de la empresa. Si a esto se le añade las situaciones de crisis financieras de la sociedad, la obligatoriedad de tal ejercicio puede sucederse dentro de un marco de preconcursalidad y por tanto derivarse en un proceso de refinanciación.

En el caso de darse estas situaciones, es habitual encontrase con las denominadas cláusulas *covenants*. Estas tienen como finalidad impedir el reparto del dividendo una vez se ha llegado a un acuerdo de refinanciación.

Es un hecho muy común que las empresas soliciten préstamos a entidades financieras para llevar a cabo su actividad. Para ello, el ordenamiento jurídico concede al acreedor la facultad no solo para la disposición de su crédito, sino también para conservar la solvencia del deudor. Por tanto, ante situaciones de impago, la entidad financiera tiene dos opciones: o bien proceder a la apertura del concurso (siempre que se den los requisitos exigidos en el artículo 2.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) con la situación de inseguridad jurídica que de ello se deriva; o bien refinanciar su deuda incluyendo las cláusulas *covenants*.

Estas cláusulas consisten en obligaciones que se unen a la obligación principal, que es la de devolver el préstamo, y que en nuestro caso consistirían en establecer el no reparto de dividendos por un determinado tiempo.

Así pues, dentro de este contexto puede darse la situación de que el órgano de administración, en el ámbito de sus competencias, realice un acuerdo preconcursal. En estos casos, es posible que el socio que quiera hacer valer su derecho de separación de la entidad no haya tenido conocimiento de esta actuación y tenga que ser el propio órgano de administración el que le dé explicaciones de por qué se impide el reparto del dividendo.

Ante esta situación, el socio tiene la posibilidad de instar la denominada acción social de responsabilidad, descrita en el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital. Con ella se pretendería justificar el interés que tiene dicho socio en proteger el interés social frente a una posible conducta dañina del administrador o de la mayoría. No obstante, cabe tener en cuenta que si se ha llegado a un acuerdo de refinanciación preconcursal es para intentar que la entidad salga de la crisis que está atravesando evitando entrar, en la medida de lo posible, en una situación de concurso. Sin embargo, es difícil que tal acción prospere, ya que los acuerdos sociales que beneficien a la mayoría perjudicando a los minoritarios, pero que tal acto no perjudique el interés social, no pueden ser impugnados[48].

Otra herramienta de la que dispone el socio para evitar el no reparto del dividendo es ejercitar la acción individual de responsabilidad del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital. Mediante esta, el socio siempre que considere que le hayan perjudicado al negar el reparto del dividendo puede demandar a los administradores. Esta actuación parece lógica ya que, al igual de que este no ha sido informado de la inclusión de cláusulas *covenants* en el acuerdo de refinanciación, también puede utilizar todos aquellos instrumentos legales necesarios para conseguir el reparto de dividendo o al menos que le sea resarcido el daño causado. Sin embargo tal actuación conllevaría a que la entidad incumpliera el acuerdo de refinanciación perjudicando así a la entidad.

Un caso distinto sería aquel acuerdo de refinanciación realizado por la Junta general en el que se trataría de una gestión extraordinaria de esta. No obstante, cuando esto sucede, se entiende que el socio ha acudido a la Junta, ha votado y por tanto es conocedor de la existencia de las cláusulas *covenants* que impiden el reparto de dividendos. Aun así, el mecanismo de defensa de la que disponen los socios disconformes con esta decisión es a través de la impugnación de acuerdos sociales. A pesar de esto, entiendo que el socio tampoco conseguiría su objetivo, no solo porque mediante esta impugnación el socio tan solo quiere defender sus derechos sin tener en cuenta la vida societaria sino que, además, si la entidad ha tenido que llegar al punto de acordar una refinanciación, es porque realmente su situación financiera no es la deseada y por tanto seguramente no hay muchos beneficios para repartir.

Dicho lo anterior, y para el caso en que finalmente surgieran efecto las acciones de los socios disidentes, y por tanto se optara por repartir dividendos incumpliendo de esta forma el acuerdo de refinanciación vulnerando las cláusula *covenants* incluidas en él, la situación de la entidad se agravaría y sería muy difícil no entrar en una declaración de concurso.

Por ello, puede concluirse que la única vía de la que disponen los socios no conformes con el acuerdo de no reparto de dividendos es ejercitar el derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

VIII. CARÁCTER DE LA DISPOSICIÓN: IMPERATIVA O DISPOSITIVA

La doctrina es muy dispar para definir el carácter de la norma contenida en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Por una parte se encuentran aquellos que se manifiestan a favor de su carácter imperativo, inderogable e irrenunciable por las partes[49]. Estos defienden que se trata de un derecho legal del socio del que solo él puede disponer. A tal efecto, no puede existir ningún pacto estatutario contrario a tal derecho[50]. Los dos argumentos principales sobre los que sostienen esta tesis son, por una parte, la consideración del derecho de separación como un principio configurador de la sociedad de capital y, por tanto, invocado como límite a la autonomía de la voluntad de los artículos 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 6.2 y 1.255 ambos del Código Civil[51]; y por otra parte, al tener el derecho de separación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital su justificación en una situación de opresión lo convierte en justo motivo o una justa causa que lo hace irrenunciable[52].

No obstante, esta postura puede desembocar en una desestabilización económica de muchas sociedades. La falta de liquidez de la entidad para abonar el dividendo y evitar así la posibilidad de que algún socio puede ejercer su derecho de separación, puede acarrear la necesidad de solicitar el concurso de acreedores.

En estos casos, considero que sería conveniente que existiera cierta flexibilidad en la norma. A mi parecer es necesario dar mayor fuerza a la sociedad en el sentido de que fuera esta quien, teniendo en cuenta su situación financiera, decidiera el repartir o no el dividendo, o en su caso que fuera de menor importe.

Con todo, la norma no impone el pago inmediato del dividendo. De este modo es conveniente remitirnos al artículo 276 de la Ley de Sociedades de Capital que dispone que «en el acuerdo de distribución de dividendos determinará la Junta General el momento y la forma de pago». Así, y solo cuando no se haya previsto otra cosa, «el dividendo se hará pagadero al día siguiente al del acuerdo». Por lo tanto, la mayoría tendría el poder de retrasar, válidamente, el pago de los dividendos.

Otro de los problemas que plantea esta rigidez de la norma es para aquellos casos en los que existan acuerdos adoptados por la sociedad con terceros. De esta manera, el derecho de separación prevalece sobre cualquier otro acuerdo. Por ejemplo, es habitual que en las pólizas de préstamos se incluyan prohibiciones y supuestos de vencimiento anticipado si se destinan sin su consentimiento, fondos de la empresa a los socios. En estos casos, cuando el no reparto de dividendo es consecuencia de un acuerdo de financiación celebrado con una entidad de crédito, por el que se acuerda que este solo se repartirá una vez se haya cancelado el préstamo concedido a la sociedad. En este supuesto el derecho de separación se podrá ejercer con independencia del acuerdo alcanzado.

Para atenuar el efecto de este derecho de separación algunos autores proponen la firma por todos los socios de acuerdos parasociales pactando el no reparto de dividendos, o buscar fórmulas para reducir el beneficio de la sociedad y consecuentemente el importe del dividendo necesariamente también se verá disminuido[53].

Por el contrario, otra parte de la doctrina entiende que este derecho de separación tiene un carácter dispositivo y admiten su derogación vía estatutaria[54] siempre que exista el acuerdo unánime de los socios ya que es lo que el legislador requiere para incluir nuevas causas de separación o de exclusión de los socios (arts. 347.2 y 351 de la LSC). A tal efecto, ALFARO ÁGUILA-REAL señala que «el derecho puede suprimirse estatutariamente por unanimidad»[55].

IX. REPERCUSIONES RESPECTO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

La empresa familiar constituye una de las realidades económicas más importantes del panorama internacional. En lo referente a su estudio, son diversas las ocasiones en la que tanto tratados como profesionales aluden a la importancia de disponer de mecanismos que faciliten el derecho de entrada y salida de la entidad.

En la actualidad, para tratar de subsanar estas limitaciones suele recurrirse a la celebración de pactos parasociales que se incluyen, en el caso de esta tipología de empresas, en el protocolo familiar.

Sin embargo, la incorporación en la Ley de Sociedades de Capital de este nuevo artículo 348 bis, contribuye a lograr el derecho de todo socio o partícipe de una empresa a disponer tanto de la propiedad de la que forman parte sus acciones, o participaciones sociales, así como de las rentas que generen.

Uno de los grandes problemas con los que se encuentran las empresas familiares, sobre todo aquellas que adoptan la forma de sociedad de responsabilidad limitada, es la dificultad para transmitir su participación. En ocasiones y ante el deseo del socio por no ver satisfechas sus pretensiones dentro de la entidad, se ve obligado a transmitirlas a un precio inferior al que correspondería en condiciones de libre entrada y salida en la empresa. Es por ello que la introducción del derecho de separación del socio por el no reparto de dividendos beneficia a estas entidades en el sentido de que gracias a ello puede facilitar la captación de nuevos socios, y consecuentemente de capital para la sociedad; así como consigue una mayor estabilidad societaria, al fomentar la permanencia de los socios o partícipes que ven más factible el retorno de su inversión vía dividendos[56].

A pesar de todo, es conocido que una de las cuestiones que más caracteriza a la participación minoritaria en las empresas familiares es su falta de liquidez. Esta se percibe por la falta de interés de los compradores en adquirir las participaciones a un valor razonable y el limitado poder para acordar el reparto de los beneficios de la entidad. Estas situaciones suelen provocar un abuso por parte de la mayoría que desencadenan una serie de conflictos familiares que suponen el fin de muchas entidades familiares.

Hasta la incorporación de este nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital se han venido utilizando una serie de herramientas que incorporan cláusulas que ayudan a minimizar estos efectos, como son el protocolo familiar y en algunos casos los estatutos sociales. Con ello se pretendía fomentar la comunicación entre los accionistas, creando un entorno de confianza a través de la participación de los familiares en los asuntos importantes de la entidad. De esta forma, es habitual incorporar cláusulas que establezcan un derecho al accionista a percibir un dividendo, fijar las condiciones de salida del accionista de la empresa, o la división de parte del patrimonio de la empresa en lotes y su adjudicación por acuerdo o sorteo.

La solicitud del reparto de dividendos por parte de los accionistas es más común en las sociedades de carácter familiar. Estas tienden a adoptar la decisión de autofinanciarse a través de la retención de beneficios, para no verse abocadas a recurrir a mercados de capitales.

Por tanto, otra de las cuestiones a tener en cuenta en esta tipología de entidades es su financiación. Toda empresa puede encontrarse en la situación en la que, aun existiendo beneficios, no puedan hacer frente al pago del dividendo,

o al reembolso exigido en la normativa como contraprestación al ejercicio del derecho de separación. Tal y como señala LUCEÑO, la norma alude a la existencia de beneficios legalmente repartibles pero no a la liquidez de la sociedad o a la existencia de deuda a largo plazo[57]. Es frecuente que el beneficio no sea líquido. Por ello, es necesario que las empresas familiares prevean estrategias para la financiación con la finalidad de cumplir con las obligaciones derivadas del nuevo derecho del socio.

Con todo, en el actual contexto económico en el que nos encontramos sumergidos, es recomendable consensuar y adoptar una serie de criterios sobre la distribución de los beneficios de la entidad entre la propia empresa y los familiares accionistas o partícipes. Estos deberían quedar reflejados en el protocolo familiar. Igualmente, resulta un buen momento también para incorporar excepciones o limitaciones singulares al reparto del dividendo mínimo y al derecho de separación ya que son derechos disponibles en el ámbito contractual.

Por tanto, entiendo que en estos casos el protocolo familiar sí juega un papel muy importante en todo este entramado. Considero que sí podría considerarse como válida la renuncia a este derecho de separación en dicho documento. A pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que no es posible fundar una impugnación de acuerdos sobre la base de pactos parasociales, aunque hayan sido firmados por todos los socios, no es menos cierto que en estos casos también existe un vínculo contractual admitido por la ley.

X. REGULACIÓN ESTATUTARIA DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

Una de las vías existentes para evitar la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital es que todos los socios presten su consentimiento para introducir estatutariamente un acuerdo a través del cual se regule el ejercicio del derecho de separación, ya sea modificando el legalmente establecido o bien a través de la renuncia a poder ejercitarlo.

Cabe tener en cuenta que para poder introducir, modificar o suprimir nuevas causas de separación en los estatutos no es suficiente con un acuerdo de la mayoría, sino que es *conditio sine qua non* el consentimiento de todos los socios[58].

Para el caso en que llegare a alcanzarse tal acuerdo, la nueva cláusula estatutaria podría facultar a la Junta, tanto para las sociedades anónimas como limitadas, para acordar que nunca se repartan dividendos hasta su disolución. De este modo, puede afirmarse que al igual que es lícita esta actuación, también pueden tener la facultad de suprimir el derecho de separación, siempre y cuando no pueda demostrarse que existe un abuso por parte de la mayoría.

A pesar de todo, es habitual que los socios quieran pactar una serie de restricciones al ejercicio del derecho de separación teniendo en cuenta la situación económico-patrimonial de la entidad[59]. Además, la renuncia personal de cada

uno de los socios no debería suponer ningún obstáculo puesto que el derecho de separación surge en aras a la protección del minoritario frente al poder decisión de la mayoría[60]. Por tanto, se trata de un derecho inderogable por la mayoría, pero al mismo tiempo renunciable por los socios[61].

Con todo, y con la finalidad de evitar los máximos problemas posibles, entiendo que lo ideal sería establecer una cláusula estatutaria, aprobada por unanimidad de todos los socios. Su contenido debería estar encaminado a modificar el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo, se debería establecer un porcentaje menor de un tercio, considerar la no aplicación del precepto cuando exista un problema grave de liquidez de la sociedad o de financiación de proyectos de inversión. En este sentido, no cabría vía estatutaria ninguna cláusula que tuviera como fin que la entidad no repartiera nunca dividendos, ya que de este modo se estaría vulnerando gravemente uno de los principios fundamentales de las sociedades de capital: el reparto de beneficios.

Cierto es que los tribunales tienen la costumbre de aplicar la doctrina del abuso de la mayoría para anular acuerdos de no reparto de beneficios para llevarlo a reservas voluntarias adoptados por la Junta General. Sin embargo, esta actuación no reconoce al minoritario un derecho de reparto concreto y determinado.

Tres son las cláusulas estatutarias que en la praxis jurídica se utilizan para encauzar y limitar la aplicación de los resultados de la entidad por parte de la mayoría:

a) Fijar el reparto de dividendos de forma obligatoria. Esta actuación se lleva a cabo estableciendo un porcentaje fijo respecto de los resultados repartibles de la entidad, es decir, una vez se han dotado las reservas legales y estatutarias y se han hecho las provisiones y retenciones legalmente establecidas. La gran desventaja de este tipo de cláusulas es que el porcentaje máximo y mínimo establecido, una vez incorporado a los estatutos, permanecerá invariable hasta otro acuerdo. Además, y a pesar de que con ello el socio goza de una mayor seguridad y protección, no es menos cierto que, en ocasiones, puede provocar problemas de autofinanciación a la sociedad.

b) Establecer la obligatoriedad del reparto siempre y cuando se cumpla un presupuesto consistente en que no afecte a la autofinanciación en relación con la facturación por la actividad ordinaria o por conexión a otros parámetros económicos. Este tipo de cláusulas tienen su origen en el pacto contractual que suele vincular a la sociedad como distribuidor con un fabricante cuando este último exige que, durante la vigencia del contrato de distribución, la sociedad deberá tener unos fondos propios mínimos relacionados con el volumen de facturación o ventas.

c) Aquella que garantiza un reparto periódico de beneficios aunque este no sea muy significativo. Para el caso en que se quiera alcanzar un reparto más

elevado, será necesario lograr el presupuesto de que los fondos propios mantengan el equilibrio establecido convencionalmente con referencia al parámetro de ventas o bien a otros parámetros de carácter económico[62].

XI. CONCLUSIONES

I. El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital incorpora un nuevo derecho de separación por el no reparto de dividendos que se otorga a los socios de sociedades anónimas no cotizadas y sociedades limitadas en aras a la protección de la minoría.

II. Existe un gran obstáculo para aquellas entidades que adoptan la forma de sociedad limitada, gran parte de ellas son de carácter familiar, en cuanto a la libre entrada y salida de los socios, y consecuentemente, para el ejercicio del derecho individual del socio de su pertenencia a la sociedad.

III. Uno de los temas más polémicos en el ámbito del derecho de sociedades es el relativo al derecho a recibir un dividendo.

IV. Las diferencias económicas entre los socios familiares es uno de los motivos principales que comporta situaciones de potencial tensión. Es por ello que la política de dividendos ha de tener como objetivo buscar un equilibro entre la adecuada capitalización de la entidad y la satisfacción de los derechos económicos de sus accionistas.

V. A pesar de que muchas empresas familiares suelen evitar recurrir a mercados de capitales, deben contar con tener abiertos los canales de financiación exterior ante las posibles dificultades económicas que en algún momento puedan atravesar.

VI. Con anterioridad a la introducción del nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital eran frecuentes y estaban doctrinalmente admitidos los pactos parasociales que incluían el derecho de separación del socio cuando no se repartían dividendos de forma injustificada. La jurisprudencia, ante estas situaciones, también admitía la nulidad del acuerdo social de no repartir dividendos.

VII. Con la introducción de este nuevo artículo se protegen los intereses de los accionistas minoritarios que ven mermadas sus posibilidades cuando se hallan disconformes con las decisiones de los mayoritarios sin que, por un lado, puedan enajenar sus participaciones en la entidad; y por otro lado, tampoco obtengan ninguna remuneración derivada de la inversión que tienen en la empresa.

VIII. Es necesario que las empresas, y sobre todo aquellas que tienen un carácter familiar, prevean estrategias para la financiación, ya que es frecuente que el beneficio de las entidades no sea líquido. Este hecho conlleva que, aun existiendo beneficios, la sociedad no pueda hacer frente al pago del dividendo o a las cantidades exigidas por la normativa para el reembolso como contraprestación al ejercicio del derecho de separación.

IX. Esta norma puede ser beneficiosa para solucionar aquellos casos en los que se producen verdaderos casos de abuso cuando la mayoría decide de manera sistemática, y en perjuicio de los minoritarios, no repartir dividendos. No obstante, este hecho puede generar graves problemas en las empresas, y sobre todo para aquellas que tienen un carácter familiar, cuando la política de no reparto de dividendos se debe a causas económicas basadas en la estabilidad de la entidad.

X. Para aquellos casos en los que existan compromisos con entidades financieras será necesario que los administradores de las entidades por una parte, revisen —y en su caso renegocien— los contratos firmados con las entidades financieras; y por otra parte, adviertan a los socios o partícipes de las consecuencias que se pueden derivar de las decisiones que tomen.

XI. La reforma legal no establece la obligación de repartir dividendo sino el derecho del socio a separarse cuando hubiere votado a favor del reparto de dividendos, y finalmente la mayoría no acuerda la distribución de un tercio del beneficio del ejercicio.

XII. El reciente artículo no atribuye al socio minoritario un derecho societario, sino que lo habilita para considerar frustrado el vínculo contractual con la sociedad.

XIII. Sería recomendable establecer una cláusula general de separación por justos motivos englobados en, por una parte, modificaciones estatutarias que alteren de forma sustancial el contrato social; y por otra parte, que pueda justificarse un comportamiento abusivo por parte de la mayoría de forma duradera.

XIV. El nuevo derecho de separación puede conducir a una inestabilidad societaria al verse la empresa obligada a repartir un dividendo mínimo anual, o a reintegrar el valor de las acciones o participaciones de quienes deciden separarse.

XV. El precepto genera muchas dudas interpretativas que la jurisprudencia deberá depurar.

XVI. Puede ocurrir que se revierta la actual situación de un posible abuso de los socios mayoritarios a la de los minoritarios.

XVII. A pesar de que existan valoraciones negativas de este artículo, considero que este nuevo derecho de separación contribuirá a que se acuerden políticas de dividendos justas y que favorezcan a todos los socios, minoritarios y no, y a que se concentre la propiedad evitando así se diluya el capital social. Este hecho motiva que gran parte de las empresas, y sobre todo familiares, desaparezcan.

XVIII. Hubiese sido más acertado que el legislador, en aras a la protección del socio minoritario, admitiera la incorporación estatutaria de un contenido sobre la política de dividendos de la entidad, en el sentido de establecer un porcentaje máximo y mínimo de beneficios a repartir; o incluso, establecer un número máximo de años consecutivos sin repartir beneficios para poder ejercer el derecho de separación.

XIX. Sería conveniente que para la introducción de nuevas causas de separación fuese necesario contar con las mayorías requeridas para la adopción del acuerdo correspondiente, aunque cuando se tratase de la supresión de causas de separación, legales o estatutarias, solo pudiese llevarse a cabo cuando hubiere el consentimiento de todos los socios puesto que se les está privando de un derecho.

XX. Lo ideal sería poder establecer, como regla general, el reparto de dividendos y como excepcional el atesoramiento, debiendo ser en este último caso la mayoría la encargada de justificar la falta de reparto del mismo. Y, que el derecho de separación por falta de reparto del dividendo tan solo pudiese ejercitarse en aquellos casos en los que realmente existe un conflicto duradero entre la mayoría y la minoría.

XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 30 de noviembre de 1971, 581/1971 (Sala de lo Civil)
- STS de 15 de diciembre de 1993, 1194/1993 (Sala de lo Civil)
- STS de 10 de octubre de 1996, 788/1996 (Sala de lo Civil)
- STS de 19 de marzo de 1997, 215/1997 (Sala de lo Civil)
- STS de 30 de enero de 2002, 60/2002 (Sala de lo Civil)
- STS de 26 de mayo de 2005, 418/2005 (Sala de lo Civil)
- STS de 5 de octubre de 2008, (Sala de lo Social)
- STS de 5 de octubre de 2011, (Sala de lo Civil)
- STS de 7 de diciembre de 2011, 873/2011 (Sala de lo Civil)
- SAP de Valencia de 15 de septiembre de 1997, 661/1997 (Sala de lo Civil)
- SAP de Madrid de 30 de enero de 2009, 18/2009 (Sala de lo Mercantil)
- SAP de Álava de 19 de octubre de 2010, 480/2010 (Sala de lo Mercantil)
- SAP de Baleares de 22 de diciembre de 2010, 471/2010 (Sala de lo Mercantil)
- SAP de Barcelona de 21 de enero de 2011, 10/2011 (Sala de lo Mercantil)
- SAP de Madrid de 27 de abril de 2011, 137/2011 (Sala de lo Mercantil)
- SAP de Zaragoza de 13 de julio de 2011, 398/2011 (Sala de lo Mercantil)
- SAP de Cáceres de 16 de diciembre de 2011, 485/2011 (Sala de lo Mercantil)
- Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de San Sebastián, núm. 97/2015, de 30 de marzo

XIII. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2005). Los problemas contractuales en las sociedades cerradas. *InDret* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/308_es.pdf

— (2011a). Derecho de separación del socio en caso de sequía de dividendos: El nuevo artículo 348 bis de la ley de sociedades de capital. *CMS Albiñana & Suárez de Lezo Alerta Mercantil*. 1-6.
— (2011b). La defensa del socio y la función de la impugnación de los acuerdos sociales. [En línea], disponible en http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2011/07/la-defensa-del-socio-y-la-funcion-de-la.html
— (2012). Más sobre el nuevo artículo 348 bis LSC y el carácter dispositivo de la legislación societaria. [En línea], disponible en http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/mas-sobre-el-nuevo-art-348-bis-lsc.html.
ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS, A. (2011). El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia, *OTROSÍ*, núm. 5, 1-20.
BRENES CORTÉS, J. (2012). Derecho de la minoría al dividendo: el controvertido artículo 348 bis LSC. *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 8, 131-150.
— (2014). Nueva suspensión legal del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. *Justiça do Direito*, núm. 1, vol. 28, 108-132.
CALAVIA MOLINERO, J. M. (2012). Distribución de dividendos o derecho de separación del socio (Reflexiones sobre el nuevo artículo 348 bis LSC). *Revista «Técnics Tributaris», Associació profesional de tècnics tributaris de Catalunya i Balears* [En línea], núm. 12, disponible en http://www.apttcb.cat/ca/37/revistas.html.
CAMPUZANO, A. B. (2011). Artículo 93. Derechos del socio. En: A. J. Rojo y E. M. Beltrán (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital,* Tomo I, vol. 1, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, pp. 789-799.
DE LA CÁMARA, M. (1995). *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima, Madrid:* Civitas.
FARRANDO MIGUEL. I. (1998). *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades Limitada*, Madrid: Civitas.
GARCÍA SANZ, A. (2012). Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, 55-72.
GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2012). Reformas en materia de separación y exclusión de socios. En: I. Farrando Miguel y F. González Castilla (coord.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, 2.ª ed., Navarra: Cizur Menor, pp. 303-357.
IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2011). Sobre el derecho obligatorio al dividendo ¡Qué barbaridad! [En línea], disponible en http://hayderecho.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-¡que-barbaridad/.
ILLESCAS ORTIZ, R. (2011). ¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado? *Revista de Derecho de los Negocios*, núm. 254, 5-6.
IRACULIS ARREGI, N. (2012). La separación de socio sin necesidad de justificación por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio. *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 38, 225-244.
JUSTE MENCÍA, J. (2012). La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos. *Comentarios Jurídicos de Gómez-Acebo & Pombo Abogados* [En línea], núm. 18, disponible en http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/COMENTARIOS-JURIDICOS-01-2012-VOL-18_1.pdf.
LUCAS MARTÍN, E.P. (2012). *Texto de la comunicación presentada en el X Seminario Harvard-Complutense «A comparative perspective on old and new problems of*

corporate and financial law», celebrado en Harvard Law School entre los días 24 a 27 de septiembre de 2012.

LUCEÑO OLIVA, J. L. (2013). La suspensión del derecho al dividendo, [En línea], disponible en http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-abogados-de-empresa/la-suspension-del-derecho-al-dividendo.

— (2011). Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis de la LSC), *Diario La Ley,* núm. 7709, 1-3.

MASCAREÑAS, J. (2011). La política de Dividendos. [En línea], disponible en http://www.juanmascarenas.eu/monograf.htm.

MAZÓN SATRUSTEGUI, F. OLSINA PAU, F. y AGUILÁ BATLLORI, S. (2003). *Finanzas: de la planificación a largo a la gestión diaria de tesorería*. Barcelona: Gestión 2000.

MILLER, M. y MODIGLIANI, F. (1961). Dividend policy, growth, and the valuation of shares. *Journal of business,* núm. 34, 411-433.

MOTOS GUIRAO, M. (1956). La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 11, 79-182.

MOYA, S. (2011). La política de dividendos: estudio del caso La Familia. *Revista de contabilidad y dirección*, núm. 12, 185-196.

NIETO SÁNCHEZ, J. (2003). Presente y futuro del protocolo familiar: hacia un estatuto de la empresa familiar, Intervención en las Jornadas sobre la Sociedad Limitada de Nueva Empresa celebradas en la Universidad de Murcia, los días 19 y 20 de mayo de 2003. *La Notaría,* núm. 5, 88-98.

PERALES VISCASILLAS, M. P. (2000). *La separación de socios y partícipes,* Valencia: Tirant lo Blanch.

ROJO RAMÍREZ, A. A. y CABAÑETE POZO, R. (2012). La separación de socios en la empresa familiar y el reparto de dividendos. *Revista de Empresa Familiar*, núm. 2, vol. 2, 41-56.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J. (2005). El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar. En: AAVV. *La empresa familiar: manual para empresarios,* Barcelona: Deusto, pp. 25-30.

SILVÁN RODRÍGUEZ, F. y PÉREZ HERNANDO, I. (2012). Derecho de separación y dividendos: el controvertido artículo 348 bis LSC. *Diario La Ley*, núm. 7813, 1-18.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. (2012). La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas. *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 283, 169-196.

VICENT CHULIÁ, F. (1991). *Compendio crítico de Derecho mercantil,* Tomo I, vol. II, Barcelona: Bosch.

VILARRUBIAS, F. y FAURIA PLANAS, A. (2013), La pretendida suspensión del derecho de separación del artículo 348 bis LSC, [En línea], disponible en http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-49/practica-juridica/3446-la-pretendida-suspension-del-derecho-de-separacion-del-art-348-bis-lsc.

NOTAS

[1] NIETO SÁNCHEZ, J. (2003), Presente y futuro del protocolo familiar: hacia un estatuto de la empresa familiar, Intervención en las Jornadas sobre la Sociedad Limitada de Nueva

Empresa celebradas en la Universidad de Murcia, los días 19 y 20 de mayo de 2003, *La Notaría,* núm. 5, p. 90.

[2] MAZÓN SATRÚSTEGUI, F. OLSINA PAU, F. y AGUILÁ BATLLORI, S. (2003), *Finanzas: de la planificación a largo a la gestión diaria de tesorería,* Barcelona, Gestión 2000, p. 62.

[3] MASCAREÑAS, J. (2011), La política de Dividendos, [En línea], disponible en http://www.juanmascarenas.eu/monograf.htm.

[4] MOYA, S. (2011), La política de dividendos: estudio del caso La Familia, *Revista de contabilidad y dirección*, núm. 12, p. 192. A tal efecto MODIGLIANI Y MILLER demostraron que, en un mercado de capitales eficiente, en nada afecta la política de dividendos sobre el valor de las acciones de la entidad ya que este viene determinado por su poder generador de flujos de caja y por su riesgo asociado (MILLER, M. y MODIGLIANI, F. (1961), Dividend policy, growth, and the valuation of shares, *Journal of business,* núm. 34, pp. 411-433.

[5] Esta novedad legislativa ya había sido tratada en términos similares en el artículo 150 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, elaborada por la Comisión General de Codificación en el año 2002.

[6] ROJO RAMÍREZ, A. A. y CABAÑETE POZO, R. (2012), La separación de socios en la empresa familiar y el reparto de dividendos, *Revista de Empresa Familiar*, núm. 2, vol. 2, p. 44.

[7] 873/2011. (Sala de lo Civil). Roj. 9284/2011. Ponente: R. GIMENO-BAYÓN COBOS.

[8] 10/2011 (Sala de lo Mercantil). Ponente: J. F. GARNICA MARTÍN.

[9] JUSTE MENCÍA, J. (2012), La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos. *Comentarios Jurídicos de Gómez-Acebo & Pombo Abogados* [En línea], núm. 18, disponible en http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/COMENTARIOS-JURIDICOS-01-2012-VOL-18_1.pdf.

[10] 18/2009 (Sala de lo Mercantil). Ponente: R. SARAZÁ JIMENA; 137/2011 (Sala de lo Mercantil). Ponente: P. M. GÓMEZ SÁNCHEZ; 485/2011 (Sala de lo Mercantil). Ponente: J. F. BOTE SAAVEDRA.

[11] 581/1971 (Sala de lo Civil). Ponente: G. DÍEZ CANSECO Y DE LA PUERTA; 788/1996 (Sala de lo Civil). Roj. 5407/1996. Ponente: E. FERNÁNDEZ-CID DE TEMES; y 60/2002 (Sala de lo Civil). Roj. 529/2002. Ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ.

[12] La comisión de Economía y Competitividad, en su sesión del día 14 de marzo de 2012, acordó aprobar con modificaciones la Proposición no de Ley sobre modificación del artículo 348 bis del texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y publicada en el «BOCG. Congreso de los Diputados», serie D, núm. 49, de 6 de marzo de 2012 (BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie D, núm. 64, 28 de marzo 2012).

[13] Artículo 2.3 del Código Civil.

[14] VILARRUBIAS, F. y FAURIA PLANAS, A. (2013), La pretendida suspensión del derecho de separación del artículo 348 bis LSC, [En línea], disponible en http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-49/practica-juridica/3446-la-pretendida-suspension-del-derecho-de-separacion-del-art-348-bis-lsc.

[15] 788/1996 (Sala de lo Civil). Roj. 5407/1996. Ponente: E. FERNÁNDEZ-CID DE TEMES y 215/1997 (Sala de lo Civil). Roj. 2028/1997. Ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ.

[16] CAMPUZANO, A. B. (2011), Artículo 93. Derechos del socio, en: A. J. Rojo y E. M. Beltrán (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital,* Tomo I, vol. 1, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, p. 790.

[17] 97/2015. Ponente: E. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI.

[18] ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS, A. (2011). El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia, *OTROSÍ*, núm. 5, p. 19 y 398/2011 (Sala de lo Mercantil). Ponente: J. C. ARQUÉ BESCÓS; 788/1996 (Sala de lo Civil). Roj. 5407/1996. Ponente: E. FERNÁNDEZ-CID DE TEMES.

[19] 418/2005 (Sala de lo Civil). Roj. 3394/2005. Ponente: A. VILLAGÓMEZ RODIL. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2011 al tratar un supuesto de vulneración del derecho de información en relación con las cuentas del ejercicio en cuestión 6602/2011 (Sala de lo Civil). Ponente: F. MARÍN CASTÁN; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de 19 de octubre de 2010 y la de la Audiencia Provincial de Baleares de 22 de diciembre de 2010 en las que, además de declarar nulo, por abusivo, el acuerdo social de no repartir dividendos, condenan a la sociedad al reparto de los beneficios «en la parte proporcional a las participaciones de cada socio» o a adoptar un acuerdo en Junta en el que se decida repartirlos en la proporción que considere oportuna 480/2010 (Sala de lo Mercantil). Ponente: I. MADARIA AZKOITIA y 471/2010 (Sala de lo Mercantil). Ponente: S. OLIVER BARCELÓ.

[20] 788/1996 (Sala de lo Civil). Roj. 5407/1996. Ponente: E. FERNÁNDEZ-CID DE TEMES; 215/1997 (Sala de lo Civil). Roj. 2028/1997. Ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ; 60/2002 (Sala de lo Civil). Roj. 529/2002. Ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ.

[21] La SAP Valencia de 15 de septiembre de 1997 considera abusiva la negación durante ocho años (661/1997 [Sala de lo Civil]. Roj. SAP V 2153/1997. Ponente: J. M. VALERO DÍEZ). Sin embargo la STS de 15 de diciembre de 1993 lo considera pasados cinco años (1194/1993 (Sala de lo Civil). Roj. 18019/1993. Ponente: M. MARTIN-GRANIZO FERNÁNDEZ).

[22] 418/2005 (Sala de lo Civil). Roj. 3394/2005. Ponente: A. VILLAGOMEZ RODIL.

[23] De este modo el juez no es un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad (…). Es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial en la decisión (BRENES CORTÉS, J. (2014). Nueva suspensión legal del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. *Justiça do Direito*, núm. 1, vol. 28, p. 114.

[24] VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. (2012). La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas. *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 283, pp. 169-196.

[25] LUCAS MARTÍN, E. P. (2012), *Texto de la comunicación presentada en el X Seminario Harvard-Complutense «A comparative perspective on old and new problems of corporate and financial law», celebrado en Harvard Law School entre los días 24 a 27 de septiembre de 2012,* p. 8.

[26] En la sociedades de responsabilidad limitada existen restricciones a la libre transmisibilidad, excepto si se realiza por actos *inter vivos* entre socios, en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la que transmite, aunque es posible alterar el régimen vía estatutaria (art. 107 de la LSC).

[27] ALFARO-ÁGUILA REAL, J. (2007), Los problemas contractuales en las sociedades cerradas. *InDret* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/308_es.pdf, p. 6.

[28] JUSTE MENCÍA, J., *ob. cit*.

[29] 418/2005 (Sala de lo Civil). Roj. 3394/2005. Ponente: A. VILLAGÓMEZ RODIL y 873/2011 (Sala de lo Civil). Roj. 9284/2011. Ponente: R. GIMENO-BAYÓN COBOS.

[30] 873/2011 (Sala de lo Civil). Roj. 9284/2011. Ponente. R. GIMENO-BAYÓN COBOS por el que se desestiman las pretensiones del socio minoritario al no poder probar el abuso por parte de los socios mayoritarios.

[31] SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J. (2005), El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar, en AAVV. *La empresa familiar: manual para empresarios,* Barcelona, Deusto, p. 60.

[32] ALFARO-ÁGUILA REAL, J. (2005), Los problemas contractuales… *ob. cit*., p. 12.

[33] 97/2015, Juzgado Mercantil núm. 1 de San Sebastián.

[34] Artículos 22 y 23.3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (BOE núm. 82, de 4 de abril).

[35] BRENES CORTÉS, J. (2014). Nueva suspensión legal… *ob. cit*., p. 117.

[36] LUCAS MARTÍN, E. P., *ob. cit*., p. 15.

[37] ROJO RAMÍREZ, A. A. y CABAÑETE POZO, R., *ob. cit*., p. 54.

[38] ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2011), Derecho de separación del socio en caso de sequía de dividendos: El nuevo artículo 348 bis de la ley de sociedades de capital, en *CMS Albiñana & Suárez de Lezo Alerta Mercantil*, p. 5.

[39] ROJO RAMÍREZ, A. A. y CABAÑETE POZO, R., *ob. cit*., p. 45.

[40] Por el contrario, el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital que establece las causas legales de separación, sí incluye a aquellos que «no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo […]» (art. 346 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital [BOE núm. 161, de 3 de julio]).

[41] IRACULIS ARREGI, N. (2012), La separación de socio sin necesidad de justificación por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio, *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 38, p. 227.

[42] Enmienda núm. 21 del BOCG, Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 111-11, de 30 de mayo, 2011. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_111-11.PDF.

[43] SILVÁN RODRÍGUEZ, F. y PÉREZ HERNANDO, I. (2012), Derecho de separación y dividendos: el controvertido artículo 348 bis LSC, *Diario La Ley*, núm. 7813, pp. 1-18.

[44] ROJO RAMÍREZ, A. A. y CABAÑETE POZO, R., *ob. cit*., p. 46.

[45] ILLESCAS ORTIZ, R. (2011). ¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado? *Revista de Derecho de los Negocios*, núm. 254, 5-6.

[46] LUCAS MARTÍN, E. P., *ob. cit*., p. 23.

[47] IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2011). Sobre el derecho obligatorio al dividendo ¡Qué barbaridad! [En línea], disponible en http://hayderecho.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-¡que-barbaridad/.

[48] ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2011). La defensa del socio y la función de la impugnación de los acuerdos sociales. [En línea], disponible en http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2011/07/la-defensa-del-socio-y-la-funcion-de-la.html.

[49] PERALES VISCASILLAS, M. P. (2000). *La separación de socios y partícipes,* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 305-306.

[50] GARCÍA SANZ, A. (2012), Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, p. 62; IRACULIS ARREGI, N., *ob. cit*., p. 233; LUCEÑO OLIVA, J. L. (2013), La suspensión del derecho al dividendo, [En línea], disponible en http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-abogados-de-empresa/la-suspension-del-derecho-al-dividendo.

[51] MOTOS GUIRAO, M. (1956). La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 11, pp. 164-165.

[52] VICENT CHULIÁ, F. (1991). *Compendio crítico de Derecho mercantil,* tomo I, vol. II, Barcelona: Bosch, p. 756.

[53] LUCEÑO OLIVA, J. L. (2011). La suspensión del derecho…, *ob. cit*.

[54] ALFARO AGUILA-REAL, J. (2012), Más sobre el nuevo artículo 348 bis LSC y el carácter dispositivo de la legislación societaria, [En línea], disponible en http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/mas-sobre-el-nuevo-art-348-bis-lsc.html y GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2012), Reformas en materia de separación y exclusión de socios, en I. Farrando Miguel y F. González Castilla (coord), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, 2.ª ed., Navarra, Cizur Menor, p. 328.

[55] ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2012), Más sobre el nuevo artículo 348 bis LSC…, *ob. cit*.

[56] ROJO RAMÍREZ, A. A. y CABAÑETE POZO, R., *ob. cit*., p. 53.

[57] LUCEÑO OLIVA, J. L. (2011), Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis de la LSC), *Diario La Ley,* núm. 7709, p. 2.

[58] Artículo 347.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

[59] BRENES CORTÉS, J. (2012). Derecho de la minoría al dividendo: el controvertido artículo 348 bis LSC. *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 8, 131-150.

[60] En este sentido DE LA CÁMARA afirma que «la Junta General no podrá por acuerdo mayoritario suprimirlo ni con carácter concreto al adoptar alguno de los acuerdos que dan lugar a su posible ejercicio, ni de modo general, suprimiéndolo en los estatutos para el futuro» (DE LA CÁMARA, M. (1995). *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima, Madrid:* Civitas, p. 178)

[61] En esta misma línea DE LA CÁMARA afirma que «nada se opone parece a que el socio a que el socio renuncie anticipadamente a un derecho que se concede exclusivamente en su interés particular» (DE LA CÁMARA, M., *ob. cit*., p. 178). Del mismo modo FARRANDO MIGUEL afirma: «A nuestro juicio, nada impide que al adquirirse la condición de socio, o con posterioridad a este momento, pueda el interesado renunciar al futuro ejercicio de dicho derecho. El sustento lógico de esta afirmación se encuentra en que dicha conducta —la renuncia previa del socio— no contraría el orden público (…). Por otro lado, también es difícil encontrar hipótesis en que dicha renuncia pueda llegar a dañar el interés de otros sujetos (v.gr.restantes socios, acreedores del socio o de la sociedad, etc.) incluida la propia sociedad» (FARRANDO MIGUEL, I. (1998). *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades Limitada*, Madrid: Civitas, p. 68).

[62] CALAVIA MOLINERO, J. M. (2012). Distribución de dividendos o derecho de separación del socio (Reflexiones sobre el nuevo artículo 348 bis LSC). *Revista «Técnics Tributaris», Associació profesional de tècnics tributaris de Catalunya i Balears* [En línea], núm. 12, disponible en http://www.apttcb.cat/ca/37/revistas.html.

(Trabajo presentado el 3-11-2015 y aceptado para su publicación el 4-11-2015)

Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad

Matrimonial agreements in the legal property regime: private autonomy of spouses and Land Registry

por

SILVIA GASPAR LERA
Profesora titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho

RESUMEN: Los cónyuges casados en régimen de gananciales pueden acordar, en el ejercicio de su autonomía privada, la transmisión de bienes privativos a la masa común y a la inversa. Las principales dificultades que plantean estos negocios se suscitan en el ámbito registral, pues para poder inscribirlos en el Registro de la Propiedad la DGRN exige, con base en el principio de legalidad, el cumplimiento de determinados requisitos relativos a la causa y al título formal. De lo que se trata en el presente trabajo es de examinar esta doctrina, que resulta controvertida, y de señalar el punto equilibrio entre el pleno respeto de la libertad contractual reconocida a los cónyuges y el principio de seguridad jurídica.

ABSTRACT: Under legal matrimonial regime spouses can conclude agreements concerning marital property for transferring immovable assets to private patrimonies or the other way around. The main problem arising from these

contracts is not the perspective of their validity requirements, but under what circumstances should such agreements entry on the Land Registry. The DGRN take into account the existence of diverse factors that specifically condition the registration of those titles: consideration and deed. However this is not absolute. The aim of this paper is to analyze this thesis and to meet the balance between contractual freedom and legal certainty.

PALABRAS CLAVE: Autonomía privada. Gananciales. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Private autonomy. Matrimonial property. Land Registry.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN: EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTROL DE LEGALIDAD: 1. La autonomía privada de los cónyuges como fuente de la condición común o privativa de los bienes en la sociedad de gananciales. 2. Inscripción de los negocios de configuración del patrimonio común: el problema de la causa: *A) Asignación convencional de carácter ganancial a bienes privativos: la doctrina de la DGRN sobre la causa onerosa o gratuita del negocio. B) Asignación convencional de carácter privativo a bienes gananciales: la doctrina de la DGRN sobre la causa onerosa o gratuita del negocio. C) Reflexiones sobre la causa de los negocios de configuración del patrimonio común como presupuesto de su inscripción.* —III. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN QUE RESULTAN DEL CONVENIO REGULADOR DE LA RUPTURA MATRIMONIAL: EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTROL DE LEGALIDAD: 1. La autonomía privada de los cónyuges para autorregular los efectos de la ruptura matrimonial. 2. Inscripción de los negocios de configuración del patrimonio común que resultan del convenio regulador de la nulidad, separación o divorcio: el problema del título formal: *A) El supuesto controvertido: inclusión de un bien privativo de ambos cónyuges en la masa ganancial que se liquida en convenio regulador. B) Criterios de la DGRN sobre la inscripción de los acuerdos de extinción de un condominio en convenio regulador:* a) El criterio relativo al carácter de vivienda familiar del bien aportado. b) El criterio relativo al tipo de régimen económico matrimonial que se liquida en convenio regulador: gananciales o separación de bienes. c) Reflexiones sobre la inscripción de los negocios de configuración del patrimonio común que aparecen en el convenio regulador. —IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y RESOLUCIONES DE LA DGRN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las posibilidades que ofrece la autonomía privada en el ámbito de la sociedad de gananciales, y en los regímenes de comunidad parcial, es la relativa a los pactos de los cónyuges sobre determinación de los bienes concretos que deben integrar cada uno de los patrimonios privativos y el común. Estos negocios no comportan una modificación del régimen económico-matrimonial sino que suponen una transformación de la calificación originaria de los bienes, es decir, afectan a la composición de la masa común, aumentándola a costa de los patrimonios privativos o reduciéndola en favor de estos. Tal posibilidad de actuación de la autonomía de la voluntad encuentra fundamento en la libertad de contratación entre los cónyuges (art. 1323 del Código Civil) y sirve, principalmente, como cauce para solucionar los resultados no deseados a los que en ocasiones conduce la aplicación de las reglas que disciplinan la sociedad de gananciales.

La DGRN se refiere a estos contratos con expresiones diversas, generalmente, «negocios de aportación o de comunicación de bienes» o «negocios de atribución», considerándolos de finalidad traslativa y, en principio, diferenciados de otros contratos típicos. Cuando los consortes pretenden transferir por esta vía la propiedad de bienes inmuebles, lo habitual es que, con el fin de garantizar la eficacia del desplazamiento frente a terceros, tomen la iniciativa de dotarlo de adecuada publicidad. Precisamente las dificultades fundamentales que en el momento presente plantean este tipo de acuerdos no se centran en su admisibilidad sino en los requisitos que, según la DGRN, deben cumplir para acceder al Registro de la Propiedad. En concreto, por aplicación del principio de legalidad, se considera que para poder inscribir estos negocios es preciso, de una parte, que el título que se presenta a tal fin exprese con claridad la causa de la transmisión, que además ha de ser típica, no bastando el acuerdo en cuestión por sí solo para llenar las exigencias de la calificación registral. De otra parte, se exige que ese acuerdo conste en un título formal adecuado, lo que se traduce en la necesidad de elevarlo a escritura pública, pues resulta rechazada su inscripción cuando aparece en el convenio regulador de la ruptura matrimonial —pese a ser doctrina reiterada su idoneidad como título inscribible—, salvo si el bien transferido es la vivienda familiar.

Lo cierto es que los autores, tribunales, notarios y registradores abordan esta materia con criterios no siempre coincidentes. De lo que se trata en este trabajo es de examinar las razones que impiden en la práctica que el adecuado uso de la libertad reconocida a los cónyuges en el ámbito de la ordenación de la economía familiar sirva para obtener el reconocimiento del efecto jurídico que persiguen. Desde este punto de vista, y con referencia a los negocios de configuración del patrimonio común, la respuesta pasa por encontrar el punto

de equilibrio entre la autonomía de los cónyuges y el principio registral de legalidad, aunque debe admitirse de antemano que resulta complejo y delicado llegar a conclusiones claras.

II. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN: EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTROL DE LEGALIDAD

1. La autonomía privada de los cónyuges como fuente de la condición común o privativa de los bienes en la sociedad de gananciales

En la sociedad de gananciales la autonomía de la voluntad de los cónyuges figura entre los principios básicos que permiten asignar a un bien del matrimonio carácter ganancial o privativo. Una manifestación de este principio para un supuesto concreto se recoge en el artículo 1355 del Código Civil, que permite a los consortes, constante la sociedad de gananciales, atribuir carácter común a un determinado bien al tiempo de su adquisición onerosa.

Sin embargo, el citado precepto no reconoce la posibilidad de asignar condición ganancial a los bienes propios de los cónyuges adquiridos antes del inicio del régimen ni a los que, vigente este, son privativos por aplicación de las normas que lo regulan. Y tampoco ampara el pacto de signo contrario, es decir, la determinación convencional del carácter privativo de bienes gananciales. Esta circunstancia ha dado lugar a que parte de la doctrina haya afirmado que, atendida la peculiar estructura de la sociedad de gananciales, la autonomía privada de los cónyuges solo puede intervenir en la limitada medida en que la ley lo autoriza —artículo 1355 del Código Civil— y que los bienes del matrimonio tienen el carácter de privativos o de gananciales según los elementos objetivos que concurren en su adquisición o ingreso tal como viene predeterminado legalmente.

Lo cierto es que en el momento presente no se discute la admisibilidad, en general, de los acuerdos de ampliación y restricción del patrimonio ganancial, pues encuentran fundamento legal en el artículo 1323 del Código Civil, que consagra la libertad de contratación entre cónyuges. De hecho, la extensión de los márgenes reconocidos a la autonomía de voluntad de estos es una de las consecuencias más relevantes del citado precepto, que más allá de autorizar los contratos entre consortes con el mismo alcance que en las relaciones entre extraños, ampara la posibilidad de desplazamientos entre las diferentes masas patrimoniales, alterando el carácter ganancial o privativo de los bienes del matrimonio. En el sentido de lo expuesto ya se pronunció la RDGRN de 7 de octubre de 1992 *(RJ* 1992, 8302), reiterada posteriormente por otras muchas, en la que se afirma lo siguiente:

«Conforme al artículo 1323 del Código Civil, el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título, bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la regla de libertad de contratación entre cónyuges, que el citado precepto recoge, permite la transferencia de bienes concretos entre las distintas masas de que son titulares, sin que ello suponga alteración del régimen económico conyugal ni de los criterios que estructuran el régimen de cada una de las masas patrimoniales en cuanto centros autónomos de imputación de derechos y obligaciones […] Del precepto contenido en el artículo 1355 del Código Civil aisladamente nada puede concluirse en contra de la anterior doctrina […] Son otros los preceptos del nuevo régimen económico del matrimonio con los que el artículo 1355 del Código Civil debe ser conjugado, los que ponen de manifiesto que el precepto en él contenido no tiene significación de excepción sino que es manifestación de reglas de libertad».

A partir de este pronunciamiento queda claro, también, que el eventual ánimo de fraude que pudiera verse detrás de los acuerdos de ampliación o restricción del patrimonio común no es argumento suficiente para rechazarlos, pues esas situaciones encuentran remedio en los cauces tradicionales regulados al efecto[1].

Admitidos estos negocios en nuestro Derecho, es evidente el creciente interés de los cónyuges por ellos —señaladamente por los de ampliación del patrimonio común— como demuestra el abundante número de resoluciones que se vienen dictando con ocasión de las cuestiones específicas de naturaleza registral que plantean. Ese interés puede explicarse por razones de diversa índole:

En primer lugar, porque sirven para solucionar algunas situaciones concretas que las reglas de la sociedad de gananciales conducirían de otra forma. Por ejemplo, y sin perjuicio de volver sobre esto más adelante, mediante la asignación de carácter ganancial a una vivienda construida con fondos gananciales sobre solar privativo de uno de los cónyuges se evita que aquella, por el juego de la regla de la accesión inmobiliaria, tenga carácter privativo.

En segundo lugar, no debe ignorarse las ventajas que representan, respecto de otros contratos típicos, desde una perspectiva fiscal. Y es que si se trata de una ampliación del patrimonio común, y media el correspondiente reembolso, el traspaso del bien privativo a la masa ganancial constituye un hecho sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados[2], resultando exento por aplicación del artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley que lo regula[3]. Esta exención no está prevista respecto de los acuerdos de signo contrario, es decir, los de restricción de la masa ganancial, de modo que el ingreso de un bien de esta naturaleza en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges originará la correspondiente liquidación por la mitad del valor del bien desplazado[4]. En el marco de estas consideraciones fiscales no está de más señalar que, desde la perspectiva del transmitente, la asignación de carácter común a un bien

que es privativo según el régimen legal puede recaer bajo la órbita del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[5]. Y es que el artículo 33.1 de la ley que lo regula permite afirmar que en las aportaciones a la sociedad conyugal de un bien concreto puede ponerse de manifiesto una ganancia patrimonial para el aportante por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión del 50% del inmueble (el otro 50% seguirá perteneciendo a la sociedad de gananciales)[6].

Y en tercer lugar, también cabe explicar la proliferación de estos negocios por las posibilidades que ofrecen a efectos de inmatriculación. Como es sabido, las fincas que todavía no han accedido al Registro pueden ser inmatriculadas mediante título público de adquisición de su propiedad, apoyado en un título anterior que acredite la adquisición de la finca por el ahora transmitente (art. 205 LH). Sobre esta base, el negocio de aportación a la sociedad de gananciales se convierte en título inmatriculador directo (con bajo coste fiscal) cuando existe un título de herencia anterior o se justifica la titularidad privativa de un cónyuge mediante un acta de notoriedad[7].

Después de estas observaciones de carácter general, procede descender al examen de los concretos problemas que los acuerdos sobre composición de los patrimonios de la sociedad de gananciales plantean en el ámbito registral. Para ello hay que partir de una doctrina muy consolidada de la DGRN que sostiene que para que se produzcan transferencias de bienes inmuebles —con el consiguiente cambio de titularidad— desde la masa privativa de cualquiera de los cónyuges a la masa común, y a la inversa, se requiere la existencia de un negocio cuya causa y régimen jurídico resulte con precisión y claridad del documento presentado a inscripción. Por consiguiente, el título que se presenta al Registro debe expresar debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación «y, especialmente, su causa, exigencia esta imprescindible, tanto para el adecuado cumplimiento de la función calificadora como para la expresión de las circunstancias de aquel en el Registro». La cuestión controvertida que ahora se trata de examinar consiste, pues, en dilucidar si la inscripción del cambio de titularidad requiere la expresión de una causa negocial típica (por ejemplo, compraventa o donación), como parece exigir la DGRN, o si cabe reconocer en este tipo de pactos una causa específica y suficiente que les permita el acceso al Registro de la Propiedad[8].

2. Inscripción de los negocios de configuración del patrimonio común: el problema de la causa

A) Asignación convencional de carácter ganancial a bienes privativos: la doctrina de la DGRN sobre la causa onerosa o gratuita del negocio

El acuerdo por el que los cónyuges asignan carácter ganancial a un bien que, según el régimen legal, sería privativo ha sido definido por una reiterada

doctrina de la DGRN como «negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características, cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales y, en su defecto, por la normativa general del Código Civil»[9]. En cuanto a la virtualidad traslativa de estos negocios también es concluyente el Centro Directivo, que afirma al respecto que «comportan un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial constituida por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso»[10].

Lo cierto es que la doctrina expuesta no resulta demasiado clara en lo que hace a la caracterización de este tipo de acuerdos. En principio, la DGRN se muestra favorable a reconocerles entidad propia, pero no concreta los elementos que justifican esta consideración. Y de hecho, para acceder a su inscripción exige a los cónyuges que utilicen los cauces ordinarios o medios legítimos de transmisión, como la compraventa o la donación. En suma, parece darse a entender que el negocio de aportación no integra en sí mismo una *iusta causa traditionis*, de modo que al margen de esos cauces ordinarios constituiría un acuerdo traslativo abstracto, incompatible con un sistema causalista como el nuestro. Ello sentado, las propias resoluciones que se han dictado sobre esta cuestión matizan la exigencia de la especificación causal, al decir que ha de ser interpretada en sus justos términos, siendo suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, teniendo en cuenta que la finalidad de la atribución de ganancialidad es la de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial para la mayor satisfacción de las necesidades de la familia en el marco de la relación jurídica básica —la de sociedad de gananciales— cuyo sustrato es la propia relación matrimonial.

Sobre esta base, los pactos de ampliación del patrimonio común requieren indicación de su carácter oneroso o gratuito, tanto si se trata de aportaciones realizadas constante la sociedad de gananciales como si los cónyuges convienen hacerlas a su inicio, en capitulaciones matrimoniales[11]. Aunque debe señalarse que respecto de estas últimas parece que la DGRN se inclina por mostrarse menos rigurosa[12]. Muestra de ello es la resolución de 8 de mayo de 2000 *(RJ* 2000, 5831), en la que se accede a la inscripción de un acuerdo de aportación que no contenía indicación expresa sobre su causa ni determinaba si se hacía con carácter oneroso o gratuito. Los consortes habían disuelto y liquidado en su día la sociedad de gananciales, acogiéndose a un régimen de separación de bienes. Otorgan cuatro años después escritura pública volviendo al régimen de gananciales, y atribuyen entonces a determinados bienes la

condición de comunes, resultando de la valoración que se hace en la escritura que las aportaciones de cada uno de ellos eran de igual valor. El registrador deniega la inscripción porque el título presentado no expresaba la causa de la aportación. Sin embargo, el Centro Directivo resuelve, sucintamente, que el defecto atribuido no puede mantenerse porque «un negocio de comunicación de bienes, en el que se aportan por ambos cónyuges bienes a la nueva sociedad de gananciales que se constituye, estimando los otorgantes de igual valor los aportados por cada uno, no plantea desde ningún punto de vista problema alguno de expresión de causa».

Con acierto se ha dicho que en esta resolución la DGRN traslada la causa a la igualdad de las aportaciones respectivas, introduciendo una suerte de sinalagma, cuando en realidad la causa por la que aquellas se realizan no es otra que el matrimonio mismo; es decir, el hecho de que las aportaciones de ambos cónyuges sean del mismo valor no hace sino soslayar la cuestión de los reembolsos[13]. Lo que parece evidente es el interés de los cónyuges de reforzar el patrimonio consorcial que en adelante quedará sujeto a la satisfacción de las necesidades familiares. Cabe por tanto defender que estas atribuciones patrimoniales están justificadas de manera suficiente por un especial tipo de causa, debiendo bastar la simple expresión del consentimiento de los cónyuges para dotar de publicidad a la transmisión[14].

Constante la sociedad de gananciales, los acuerdos de aportación pueden tener por finalidad favorecer la consistencia del patrimonio común, pero generalmente sirven también para facilitar la consecución de otros objetivos, como el de compensar desembolsos de dicho patrimonio realizados en beneficio del privativo de uno de los cónyuges. Es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de edificación sobre terreno privativo costeada con dinero ganancial; o en el supuesto de adquisición de finca por uno de los cónyuges antes del matrimonio, financiada con un préstamo hipotecario que se va abonando con fondos comunes[15]. Son numerosas las resoluciones de la DGRN que, respecto de este tipo de negocios, se han pronunciado en el sentido de exigir una causa justificativa del desplazamiento para poder inscribirlo. Ello con fundamento en el principio de determinación registral y por ser presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadora[16]. Una exposición muy circunstanciada de las razones sobre las que se sustenta esta doctrina aparecen en la resolución de 29 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 2375):

«Es preciso que los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa que no puede presumirse a efectos registrales (*vid*. arts. 1261.3 y 1274 y siguientes del Código Civil), han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible. Así resulta de las siguientes consideraciones: a) La exigencia de causa lícita y suficiente para todo negocio

traslativo (art. 1274 del Código Civil); b) la extensión de la calificación registral a la validez del acto dispositivo inscribible (art. 18 LH); c) la necesidad de reflejar en el registro de la propiedad la naturaleza y extensión del derecho real que se inscriba, con expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente (arts. 9 LH y 51 RH); d) Las distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes actos dispositivos, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen del derecho adquirido (adviértase las diferencias entre las adquisiciones a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parta a su protección —arts. 34 LH y 1297 del Código Civil—, como en su firmeza —arts. 644 y sigs. del Código Civil—; y, en suma, la necesaria claridad, congruencia y precisión en la configuración de los negocios jurídicos inscribibles, de modo que quede nítidamente perfilado el contenido y alcance de los derechos constituidos, cuyo reflejo registral se pretenda (*vid*. arts. 9, 21 y 31 LH)».

En la práctica, la DGRN entiende cumplido el referido requisito de la causa de la aportación cuando las partes indican si procede o no el reembolso o cuando dicen que se hace como compensación de gastos o satisfacción de un crédito. A título de ejemplo, cabe mencionar las decisiones siguientes:

Resolución de 21 de julio de 2001 *(RJ* 2001, 2397). Dictada en relación con la transmisión del pleno dominio de una finca al patrimonio ganancial, la DGRN afirma que a efectos registrales se dan los requisitos para inscribir el desplazamiento, entre ellos la onerosidad de la causa que lo impulsa, pues «la sociedad de gananciales adquiere contra reembolso del valor actualizado del bien al tiempo de su disolución».

Resolución de 17 de abril de 2002 *(RJ* 2002, 8099). Se presenta al Registro escritura de aportación a la sociedad conyugal de la vivienda que constituye el domicilio familiar, comprada por el marido en estado de soltero. El Centro Directivo estima que si bien es cierto que la afirmación de este último de querer facilitar en su momento la liquidación es más motivo que causa, también lo es que en la escritura se expresa una causa onerosa suficiente para el desplazamiento patrimonial, «la cual viene constituida por ser la aportación compensación de los gastos realizados para contraer matrimonio, unida al hecho de que el precio de la vivienda pendiente de pago se va a satisfacer con dinero ganancial».

Resolución de 18 de septiembre de 2003 *(RJ* 2003, 6334). Relativa a la solicitud de inscripción como ganancial de una edificación realizada sobre finca privativa de la esposa con aportaciones proporcionales de ambos cónyuges, a fin de que el valor del solar quedase compensado con una mayor aportación privativa del esposo, de modo que cada uno de ellos tuviera el mismo interés económico en el edificio resultante y en el suelo. Frente a la suspensión de la

inscripción por el registrador, que fundamenta en la falta de causa del negocio, la DGRN determina que: «si bien, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso que, aunque no esté expresamente nombrado, puede tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido».

Resolución de 31 de enero de 2014 *(RJ* 2014, 1969). En este caso el negocio de aportación sirve como título inmatriculador. Los cónyuges solicitan la inscripción de la escritura pública por la que la mujer aporta a la sociedad de gananciales una parcela de terreno que había adquirido en virtud de adjudicación de herencia autorizada ante el mismo notario. El matrimonio poseía de hecho la finca desde hacía mucho tiempo y la construcción de la vivienda sobre ella se verificó con cargo a la sociedad de gananciales. La DGRN admite la inmatriculación por entender que se ha expresado como causa de la aportación «la existencia de un crédito resultante de las relaciones económicas habidas entre el patrimonio ganancial y el privativo del cónyuge aportante».

El examen detenido de los pronunciamientos relacionados pone de relieve las dificultades con las que se encuentra la DGRN a la hora de aplicar su propia doctrina sobre la exigencia de una causa típica del negocio a efectos registrales, pues la centra en la mención de la onerosidad o gratuidad de la aportación, que a su vez trata de explicar mediante la existencia o no de un hipotético reembolso.

Sin embargo, parece claro que estos acuerdos no pueden reputarse onerosos o gratuitos, ni cabe considerar el reembolso contraprestación o precio. El reembolso no es sino la compensación que tiene lugar entre patrimonios conyugales y que opera sobre el valor actualizado del bien aportado, no sobre el que puede tener en el momento de su realización[17]. De ahí que, si existe, no sea propiamente la causa sino la consecuencia de la aportación. Y es que debe reconocerse que en este tipo de transmisiones los cónyuges convienen en realizar la aportación sin considerar una figura contractual típica, pues en realidad no quieren vender a la masa ganancial sino que el bien sea común atendidas las inversiones realizadas con fines lícitos. Puede que no reparen siquiera en el aspecto de la compensación, en cuyo caso cabe entender que salvo pacto en contrario existe reembolso. Por consiguiente, no sería preciso que en el título presentado al Registro se hiciera constar esta circunstancia, pues la atribución de ganancialidad es válida sin necesidad de que los cónyuges se pronuncien al respecto[18]. Otra cosa es que en la escritura sea común indicar si está previsto o no el reembolso, pero ello no responde a la necesidad de expresar la causa de la atribución sino a la conveniencia de hacerlo de cara al tratamiento de la operación respecto de terceros y frente al riesgo de una indebida liquidación fiscal por donación.

B) Asignación convencional de carácter privativo a bienes gananciales: la doctrina de la DGRN sobre la causa onerosa o gratuita del negocio

El acuerdo de restricción de la masa común supone la atribución definitiva de la condición privativa a un bien que, por aplicación de las reglas del régimen legal, tendría carácter ganancial o presuntamente ganancial[19]. En la práctica este tipo de negocio es menos frecuente que el de signo contrario —de ampliación de la comunidad— y ha suscitado mayores recelos ante la sospecha de poder servir a los cónyuges como cauce para defraudar a terceros. Lo cierto es que en el momento presente no se cuestiona su admisibilidad. Es ilustrativa en este sentido la resolución de 25 de septiembre de 1990 *(RJ* 1990, 7153), que reconoce la validez del negocio por el que los consortes, casados bajo el régimen legal de la sociedad de gananciales, adquieren una finca con precio totalmente aplazado, atribuyéndole carácter ganancial en cuanto a un 40% y privativo del marido en el 60% restante. La DGRN afirma que si al amparo del artículo 1323 del Código Civil se permite el trasvase patrimonial de un bien personal o privativo al patrimonio ganancial, es razonable admitir igualmente que los cónyuges puedan convenir que determinado bien común ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio privativo de uno de ellos, a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación[20].

Otra cosa es el reflejo registral del cambio de condición del bien que figuraba inscrito con carácter ganancial, pues en estos casos la DGRN condiciona dicha posibilidad a la especificación de la causa de la atribución. De ahí que en la mencionada resolución de 1990 se suspendiera la inscripción del inmueble en los términos que habían solicitado las partes, precisamente por entender el Centro Directivo que la asignación de carácter privativo a una parte del inmueble no obedecía a una causa adecuada —y cita como ejemplo «el derecho de reembolso»—, justificativa de la no operatividad del principio de subrogación real[21].

Posteriormente, la resolución de 21 de enero de 1991 *(RJ* 1991, 592) mantiene el mismo criterio en un supuesto de atribución de carácter privativo a un derecho de usufructo: en concreto, los dos cónyuges habían transmitido a su hija la nuda propiedad sobre la finca ganancial, reservándose para sí el usufructo «conjunto y sucesivo». El registrador deniega la inscripción en lo relativo al carácter sucesivo del usufructo, entendiendo que ello implica una donación *mortis causa* entre cónyuges, prohibida a tenor de los artículos 670 y 1271 del Código Civil. La DGRN revoca la calificación, considerando que se trataba de una donación *inter vivos*, aunque con efectos diferidos a la muerte del donante, y que tal negocio es perfectamente admisible sin necesidad de que mediase previa liquidación de gananciales, invocando a este respecto la doctrina sentada en la ya mencionada resolución de 1990. Así concluye que «los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no

compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado».

No hay pues diferencia, en punto al asunto considerado, entre los acuerdos de ampliación y restricción del patrimonio común, pudiendo trasladarse a estos últimos las observaciones que formulamos previamente, respecto de los primeros, sobre la causa. Basta aquí señalar, siquiera sea sumariamente, que la atribución de privatividad constituye en sí misma una *iusta causa traditionis* en virtud de la cual el bien queda liberado de las cargas inherentes a los gananciales. En orden a su inscripción a nombre del cónyuge en cuyo favor se hace la atribución no es precisa otra especificación causal. La operación, en principio, genera un reembolso que se presume, cuya expresión no tiene por qué constituir el presupuesto de su acceso al Registro.

C) Reflexiones sobre la causa de los negocios de configuración del patrimonio común como presupuesto de su inscripción

Después de haber examinado la doctrina de la DGRN sobre la inscripción de los acuerdos de configuración del patrimonio común, tanto cuando comportan su ampliación como su restricción, parece oportuno formular unas reflexiones conjuntas a fin de proporcionar criterios generales sobre la tensión suscitada en la materia entre los principios de autonomía privada y legalidad en el ámbito registral.

Para llegar a conclusiones fundadas es preciso tener en cuenta que el control de legalidad, en lo que ahora importa, impone la expresión de causa en el título o negocio que, según el artículo 609 del Código Civil, constituye la base y condiciona la efectividad de la transmisión dominical (art. 2.1.º y 2.º y art. 9.2.º LH y art. 51.5.ª y 10.ª RH). Ello se entiende como presupuesto necesario de la calificación del registrador, que entre otros extremos alcanza a la validez del negocio dispositivo que contiene la escritura pública (art. 18 LH). Y como es sabido, en el Derecho español la causa opera como requisito de validez y eficacia del contrato (art. 1274 del Código Civil), sin que la autonomía privada pueda servir como fundamento de los negocios abstractos, pues el enjuiciamiento causal es materia indisponible[22].

En el marco de la vigente regulación de la sociedad de gananciales no es cuestionable la admisibilidad de este tipo de pactos al amparo del artículo 1323 del Código Civil, ni su virtualidad traslativa. Desde este punto de vista, la exigencia de una causa típica como presupuesto de la calificación registral parece innecesaria, pues en la realidad de las cosas el negocio de atribución tiene su causa en el régimen que lo admite, no es en absoluto abstracto[23]. Con todo, sería razonable y aconsejable que el legislador se pronunciase expresamente sobre el juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a la

composición de las diferentes masas patrimoniales de la sociedad de gananciales, dada la extraordinaria importancia práctica de los acuerdos al respecto, no solo en los ámbitos fiscal y registral sino también en el sustantivo[24]. Si el propio ordenamiento reconociera la finalidad del negocio de aportación como digna de protección no haría falta buscar otra justificación a los efectos que analizamos.

Es lo que sucede en la sociedad de conquistas del Derecho navarro y en el consorcio conyugal del Derecho aragonés. Como ya se ha indicado con anterioridad, los legisladores forales han previsto, en sus respectivos ámbitos, la posibilidad de ampliar o reducir en virtud de acuerdo el patrimonio común (cfr. Leyes 82.1 y 83.1 FNN y art. 215 CDFA). Los cónyuges pueden por tanto pactar libremente en escritura pública, tanto en el momento de la adquisición del inmueble como posteriormente, el carácter que los bienes hayan de tener, y el pacto accederá al Registro en los términos que hayan convenido[25]. El reembolso, que se presume, consiste en el importe actualizado de los bienes desplazados, que se abonará al tiempo de la liquidación del consorcio, aunque puede exigirse antes por acuerdo de los cónyuges o si media justa causa (arts. 215.2 y 226 CDFA).

III. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN QUE RESULTAN DEL CONVENIO REGULADOR DE LA RUPTURA MATRIMONIAL: EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTROL DE LEGALIDAD

1. La autonomía privada de los cónyuges para autorregular los efectos de la ruptura matrimonial

Puesto que los acuerdos de ampliación y restricción del patrimonio ganancial se conciben como contratos de finalidad traslativa, las exigencias derivadas de la teoría del título y modo imponen, para la efectiva transferencia de la propiedad, que vayan acompañados o seguidos de la tradición efectiva[26]. Tratándose de desplazamientos de bienes inmuebles, que es la hipótesis en la que se centra este trabajo, el otorgamiento de escritura pública se convierte prácticamente en instrumento insustituible, pues no solo equivale a transmisión (art. 1462.2.º del Código Civil) sino que permite su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ello sentado, en cuanto a la forma de los negocios que nos ocupan existe una práctica muy extendida en el marco de las crisis matrimoniales que viene suscitando no poca controversia. Me refiero al acuerdo de alteración de la condición de determinados bienes conyugales con ocasión de la liquidación de los gananciales realizada en el convenio regulador de nulidad, separación o divorcio. En principio no parece que quepa oponer objeción alguna a esta posibilidad desde la perspectiva de su admisibilidad y eficacia frente a terceros. De un lado, porque según una doctrina muy asentada el convenio regulador puede albergar acuerdos

que exceden del contenido legal del artículo 90 del Código Civil. De otro lado, porque el testimonio de la sentencia de separación o divorcio por la que aquel se aprueba, expedido por el secretario judicial, es inscribible sin necesidad de otorgamiento ulterior de escritura pública (arts. 3 LH y 317.1 LEC.)[27].

Ahora bien, estas consideraciones no pueden sostenerse sin las matizaciones que resultan de la tesis de la DGRN sobre congruencia entre continente o título formal y contenido o título material. Según esta doctrina, para que un título sea inscribible no basta que conste, indistintamente, en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico sino que es necesario que sea congruente con la naturaleza del acto que se trata de inscribir. Sobre esta base, el Centro Directivo rechaza el acceso al Registro de la Propiedad de las transmisiones de bienes entre patrimonios conyugales que resultan del convenio regulador cuando no participan de la «causa familiar» de este último. Profundizando en las argumentaciones al respecto, se dice que el artículo 90.1 del Código Civil restringe su contenido necesario, aparte las consecuencias personales, a la atribución del uso de la vivienda habitual, el régimen de cargas y alimentos, la asignación de una pensión o prestación compensatoria y la liquidación del régimen económico matrimonial[28]. Esto no impide —como indicábamos antes— que pueda recoger otro tipo de pactos, pero con la matización apuntada: como título inscribible, el convenio regulador ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido valor y efectos propios, sin que pueda servir como cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valoradas en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y finalidad perseguida[29].

Con estos presupuestos, de lo que se trata a continuación es de examinar los criterios que, a juicio de la DGRN, permiten identificar las transferencias entre patrimonios conyugales que cumplen la finalidad propia del convenio regulador y que, por tanto, son inscribibles sin necesidad de elevarlas a escritura pública. No está de más adelantar que esos criterios son discutidos y han dado lugar a posiciones encontradas en la doctrina, planteando serias dudas cuál sea la solución correcta.

2. Inscripción de los negocios de configuración del patrimonio común que resultan del convenio regulador de la nulidad, separación o divorcio: el problema del título formal

A) El supuesto controvertido: inclusión de un bien privativo de ambos cónyuges en la masa ganancial que se liquida en convenio regulador

Como punto de partida del asunto que ahora nos ocupa —posibilidad de inscribir los pactos del convenio regulador que comportan la alteración del patri-

monio común— conviene tener en cuenta que la controversia se viene suscitando en la práctica respecto de un supuesto muy concreto; a saber: el de los cónyuges titulares en régimen de condominio de un bien inmueble —generalmente adquirido por ambos por mitad en estado de solteros— que pretenden poner fin a esa situación aprovechando la liquidación de la sociedad de gananciales[30]. Para ello convienen en inventariar el bien en cuestión entre los gananciales, adjudicándolo después a uno de ellos que asume el pago de la parte pendiente del préstamo hipotecario que grava la finca.

Las ventajas que ofrece esta operación son evidentes desde una perspectiva económica: de un lado, los cónyuges se ahorran el coste que supondría el otorgamiento de la escritura pública de asignación al bien de carácter ganancial; y de otro lado, evitan que la transmisión tribute por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados[31].

Es evidente que la extinción de la comunidad ordinaria en convenio regulador cuenta con la voluntad de las partes legitimadas para otorgarlo y con el propio juez que lo aprueba. La inscripción de la nueva titularidad, sin embargo, viene condicionada por la causa de la operación, en el sentido de que solo accederá al Registro si tiene por finalidad resolver la situación de ruptura matrimonial.

B) Criterios de la DGRN sobre la inscripción de los acuerdos de extinción de un condominio en convenio regulador

a) El criterio relativo al carácter de vivienda familiar del bien aportado

Ya hemos dicho que en la práctica registral el convenio regulador no es título formal suficiente para inscribir todos los desplazamientos inmobiliarios que contiene. No lo es, en vía de principio, respecto de los que tienen por objeto bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la DGRN sosteniendo que la nueva titularidad, a favor del cónyuge adjudicatario, que resulta de la extinción de una situación de proindiviso realizada en convenio regulador, no puede acceder al Registro porque la comunidad de bienes adquirida antes del matrimonio es un negocio ajeno al contenido típico del convenio que regula los efectos de la ruptura del matrimonio, por lo que a tal fin se precisa la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por el juez competente en el procedimiento correspondiente[32].

Lo que se viene a decir por el Centro Directivo es que el procedimiento consensual de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir

entre los cónyuges sino solo las derivadas de la vida en común. Si se admitiera lo contrario se estaría utilizando un procedimiento, que tiene un objeto determinado, para el ejercicio de acciones y pretensiones distintas, que deben conocerse por el juez que tenga atribuida la competencia al efecto (arts. 44 y sigs. 249, 250, 769 y 770 LEC)[33]. Desde este planteamiento, el acuerdo de extinción de una comunidad en convenio regulador recibe la consideración de convenio privado, y no queda elevado a público por el hecho de que el juez apruebe lo que constituye su contenido legal. Eso sí, según las reglas generales, y en orden a su inscripción, las partes pueden compelerse a elevarlo a público, en la forma determinada por el ordenamiento jurídico y de acuerdo a los procedimientos legales específicamente previstos.

La doctrina anterior todavía ha sido objeto de ulterior concreción en virtud de la RDGRN de 11 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 7742), reiterada por otras muchas, que introduce una excepción cuando el bien transferido de los patrimonios privativos al común es la vivienda familiar. El Centro Directivo justifica esta excepción aduciendo que la inclusión en el inventario de la vivienda habitual privativa de los cónyuges para adjudicarla en pleno dominio a uno de ellos forma parte de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, incluso en el supuesto de que su titularidad pertenezca por mitades a ambos por adquisición realizada antes del matrimonio, considerando que su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión junto a los bienes adquiridos constante el régimen matrimonial. A propósito de esta cuestión, la resolución de 8 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 185633) señala lo siguiente[34]:

«En este punto es particularmente relevante el dato de tratarse de la vivienda familiar, lo que permite considerar la existencia, junto a la causa onerosa que resulta del convenio (mediante la asunción del préstamo hipotecario que pesa sobre la finca y el pago de una cantidad complementaria compensatoria), de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Desde el punto de vista de la causa de atribución patrimonial, no cabe duda de que esta existe, pues se produce una contraprestación (cfr. art. 1274 del Código Civil). Pero además, dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus recientes resoluciones de 7 de julio *(RJ* 2012, 8841) y de 5 de septiembre de 2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora del propio convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entre dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos […] No cabe duda de que la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en consideración a su

vida en común es cuestión que debe incluirse en los efectos del cese de esa vida en común. Con mayor razón en el caso que nos ocupa por tratarse de la vivienda familiar».

A la vista de lo expuesto se pone de manifiesto que los cónyuges, en el ejercicio de su libertad civil, pueden incluir en un único convenio la liquidación del conjunto de sus relaciones patrimoniales, tanto las derivadas de la celebración del matrimonio como cualesquiera otras que pudieran existir entre ellos; incluso puede decirse que con ocasión de la ruptura es lógico y posible que así lo deseen. Pero a juicio de la DGRN la aprobación de lo que constituye contenido legal del convenio no puede servir de cauce formal para inscribir ciertos actos —como las atribuciones de inmuebles que no son vivienda familiar— que tienen su significación negocial propia y requieren escritura.

b) El criterio relativo al tipo de régimen económico matrimonial que se liquida en convenio regulador: gananciales o separación de bienes

En relación con la doctrina que ha sido examinada resulta llamativo que la propia DGRN se haya mostrado partidaria de la inscripción de las adjudicaciones resultantes de la extinción de un condominio, realizada en convenio regulador, cuando el matrimonio está sujeto al régimen de separación de bienes. En estos casos, el Centro Directivo considera suficiente —con independencia de que el inmueble sea o no vivienda familiar— el acuerdo incluido en el referido convenio «cuando la causa es la nueva situación derivada de la separación o divorcio».

La resolución de 21 de enero de 2006 *(RJ* 2006, 3902) introduce esta pauta en un asunto en que el registrador había suspendido la inscripción aduciendo que en supuestos como el planteado no existen bienes gananciales sino meramente unos bienes en comunidad romana cuya disolución excede del contenido ordinario de los efectos de la ruptura matrimonial, lo que lleva a la necesidad del otorgamiento de escritura pública. La DGRN revoca la mencionada calificación, basándose en la diferencia entre comunidad romana y la que sobre determinados bienes existe entre los cónyuges casados bajo el mencionado régimen económico:

«Ciertamente el régimen de separación de bienes está basado en la comunidad romana, pero ello no autoriza a identificar ambas regulaciones. Nuestro ordenamiento acepta esta diferenciación como resulta del hecho de que el régimen económico matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges, de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro […] nada de esto sucede en una comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circuns-

tancias personales de los titulares pues ni los bienes así ostentados se sujetan a afectación especial alguna ni sufren especiales limitaciones a su disposición».

Partiendo de estas consideraciones, la DGRN ha puesto de relieve en posteriores resoluciones que la previsión legal relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial en convenio regulador no se refiere solo a la sociedad de gananciales sino a la separación de bienes. Según el Centro Directivo, en este último régimen es posible que dicha liquidación sea innecesaria, pero puede ocurrir lo contrario cuando existe un patrimonio activo común que no se desea seguir compartiendo o deudas de las que no se desea seguir respondiendo. En este contexto, la extinción de un proindiviso se considera contenido propio del convenio regulador y, por tanto, susceptible de inscripción. Véanse, al respecto, los pronunciamientos siguientes:

Resolución de 29 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 1460). En el presente supuesto los cónyuges inventarían en el convenio regulador varios bienes privativos que figuraban inscritos a nombre de ambos en régimen de copropiedad, conviniendo determinadas adjudicaciones. La DGRN accede a la inscripción calificándolas como «operaciones de evidente contenido liquidacional que alteran la titularidad de tales bienes y que deben tener su reflejo en los libros registrales. No puede olvidarse, en fin, que el régimen de separación de bienes es de primer grado en buena parte del territorio nacional y que los convenios de separación y divorcio que a ellos se refieren son tan ordinarios como aquellos que se refieren a cónyuges casados en régimen de gananciales en territorio de Derecho común. Y, en consonancia con este carácter, convenios relativos al régimen de separación de bienes son pactados y aprobados judicialmente todos los días sin que se cuestione si son contenido normal del convenio regulador»[35].

Resolución de 5 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013, 1143). Se presenta en el Registro un convenio regulador aprobado judicialmente en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. Entre los bienes que se adjudican a la esposa figura una plaza de garaje que en el Registro aparece inscrita en proindiviso, como bien privativo, a nombre de ambos cónyuges. La plaza de garaje está situada en población distinta de la vivienda habitual. El Registrador deniega la inscripción. El Centro Directivo estima el recurso interpuesto contra la calificación, concluyendo lo siguiente: «Es lógico que, pactado el divorcio, se quiera evitar la relación que, por su propia naturaleza, impone tal proindivisión, por lo que la cesación de tal relación y, por tanto, la extinción de la proindivisión, puede ser objeto del convenio regulador», considerándolo sobre esa base idóneo como título inscribible.

Resolución de 27 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 2315). En este caso, se solicita la inscripción de la nueva titularidad resultante de la disolución de un condominio sobre una plaza de garaje que no tiene la condición de vivienda

familiar. Los cónyuges estaban sujetos al régimen legal de separación de bienes del Código Civil de Cataluña. La DGRN, en orden a fundamentar su decisión, reproduce las consideraciones de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo contencioso, de 11 de noviembre de 2004 que para un caso similar sostiene lo siguiente: «… si bien en el régimen de separación de bienes no hay propiamente una puesta en común de bienes, es obvio que se entremezclan las relaciones personales y económicas del matrimonio. Por ello pueden existir, y a menudo existe, una comunicación entre las cargas y derechos propios de la relación matrimonial. Incluso el legislador, al establecer presunciones *iuris tantum*, viene a reconocer que, en algunos casos, puede no ser fácil averiguar la titularidad material de los bienes adquiridos constante el matrimonio. Y en orden a la delimitación de los derechos, sin duda, harán prueba en contrario las manifestaciones de los cónyuges (dejando a salvo que puedan constituir falsedad o fraude y que permitirían a los terceros perjudicados —entre ellos la Hacienda Pública— el ejercicio de las acciones procedentes en defensa de los intereses legítimos). La especialidad de esta comunicación entre las relaciones personales y económicas viene a afectar incluso a algún bien privativo. Respecto a ellos existen limitaciones legales bien de disposición, de uso o de afección y responsabilidad (arts. 1320; 90; 96; 1319; 1438 y 1.440 del Código Civil). No podemos pues asimilar la relación matrimonial y sus relaciones económicas —asentadas siempre sobre las relaciones personales— a una comunidad de bienes ordinaria ya que el matrimonio, como una de las instituciones básicas del derecho de familia debe estar asegurada de protección social, económica y jurídica por los poderes públicos (art. 39 de la Constitución), incluso cuando se disuelve por unas causas específicas y legalmente previstas, disolución que comportará la extinción del régimen económico matrimonial. Y también en el régimen de separación de bienes, la disolución exige una liquidación siquiera más restringida y menos nítida que la liquidación de aquellos regímenes económico-matrimoniales cuyo rasgo fundamental es la puesta en común de bienes, pero que por el hecho de ser más restringida, no deja de ser una verdadera liquidación».

A la vista de los razonamientos expuestos, no parece suficientemente justificado el diverso tratamiento que se dispensa a las nuevas titularidades surgidas de un convenio regulador en función del régimen económico matrimonial que se liquida. En este sentido se ha dicho que mantener soluciones distintas, como hace la DGRN, atendiendo a dicho criterio, puede generar un agravio comparativo, que incluso podría atentar al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución; de ahí la defensa de la idoneidad del convenio regulador como título inscribible, tanto en la sociedad de gananciales como en la separación de bienes, y con independencia de la condición del bien procedente de la comunidad ordinaria dividida[36].

C) Reflexiones sobre la inscripción de los negocios de configuración del patrimonio común que aparecen en el convenio regulador

Las principales objeciones a la solicitud de inscripción de las titularidades modificadas con la extinción de un condominio en convenio regulador judicial se fundamentan en el principio registral de legalidad. Los recelos que entre la doctrina se suscitan al respecto obedecen a la diversa actividad de control que despliegan los jueces al aprobar el convenio regulador y los notarios cuando otorgan una escritura pública. En este sentido se ha puesto de relieve que la actuación de los primeros no comporta un control de la legalidad de todas las cláusulas del convenio sino solo de no lesividad, que ni siquiera es necesario cuando se trata exclusivamente de acuerdos de tipo económico[37]. Sobre esta base se afirma que la prestación del consentimiento para determinados negocios —como el de disolución de un proindiviso— debe hacerse ante quien es el encargado por ley para recibir esas manifestaciones, no bastando el mero asentimiento de las partes implicadas manifestado en el convenio que contiene los efectos de la ruptura matrimonial[38].

Desde esta perspectiva, y a la luz de la legislación vigente, ningún problema debe plantear la inscripción de los acuerdos de extinción de comunidades ordinarias o de alteración del patrimonio común que resultan del convenio regulador formulado en escritura pública[39]. Y es que en estos casos, la totalidad de las cláusulas están dotadas de idénticos presupuestos de forma. Es decir, la misma escritura servirá como vehículo formal de distintas clases de estipulaciones, dirigidas tanto a recoger los efectos propios de la ruptura matrimonial como la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges, con independencia del régimen económico del matrimonio. Y el registrador no podrá rechazar la inscripción aduciendo la falta de idoneidad del título formal.

Por lo que se refiere al convenio regulador aprobado judicialmente, resulta discutible que solo sirva para inscribir los desplazamientos que tienen por objeto la vivienda familiar, y que sin embargo sea precisa la escritura pública en el caso de transmisiones de bienes que carecen de esa condición por considerarlas ajenas al contenido propio del convenio regulador. Esta última afirmación no parece concluyente. Resulta significativo al respecto que el Código Civil de Cataluña haya establecido en el artículo 233-2.3.º), que el convenio regulador deberá contener, si procede: «La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa». En esta línea cabe referirse además al Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que prevé también la eventual extinción de comunidades ordinarias en el convenio que regula los efectos de esas situaciones matrimoniales de ruptura[40].

En el marco de la vigente sociedad de gananciales, es evidente que la clave de la inscripción, en la práctica, reside en el carácter familiar del acuerdo traslativo de que se trate, que es el carácter que se atribuye al convenio regulador. Es decir, las operaciones de naturaleza patrimonial que se realizan en este último deben tener su causa en la liquidación del régimen económico o en la regulación de otros efectos propios de la crisis matrimonial. Si se dice que la extinción de una comunidad ordinaria tiene su propia causa, cabría que los cónyuges acordasen en el propio convenio la específica asignación de carácter ganancial al bien privativo de ambos, para a continuación incorporarlo a la masa común que se desea repartir en la liquidación consensual. De este modo procederá el juez a su aprobación e inserción en la sentencia, sin darle una competencia extraña a su función[41].

IV. CONCLUSIONES

I. Es evidente la tendencia a reforzar el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a la autorregulación de sus legítimos intereses patrimoniales, tanto durante el matrimonio como con ocasión de su ruptura. Precisamente, la admisibilidad de los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales puede considerarse una manifestación de esta tendencia.

II. El respeto de la libertad contractual de los cónyuges se traduce no solo en el reconocimiento de validez de los acuerdos de transmisión de bienes entre la masa ganancial y las privativas sino en la posibilidad de hacerlos valer *erga omnes*. Lo cierto es que la iniciativa de aquellos de dar adecuada publicidad a su voluntad encuentra algunas limitaciones en la práctica registral que se justifican por la aplicación del principio de legalidad.

III. A efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, existe una consolidada doctrina de la DGRN sobre la necesidad de que los negocios de configuración del patrimonio común expresen una causa típica y, como regla, se formalicen en escritura pública, sin que sirva a tal fin el convenio regulador de nulidad, separación o divorcio aprobado judicialmente. Esta doctrina se fundamenta en el principio registral de legalidad, pero resulta discutible, pues acaba dificultando el acceso al Registro de operaciones con causa propia y lícita, cuya inclusión en un convenio regulador no tiene por qué suponer una quiebra del principio de seguridad jurídica.

IV. La trascendencia de los problemas tratados y la frecuencia con que se plantean aconsejan, ante la ausencia de norma expresa, la regulación de los mencionados acuerdos cuya admisibilidad no se cuestiona. La experiencia que proporcionan en esta materia los Derechos forales muestra la conveniencia de poder dar respuesta a esos problemas con apoyo en la ley.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. Sentencias del Tribunal Supremo

- STS, Sala 3.ª, de 2 de octubre de 2001 *(RJ* 2001, 8930)
- STS de 28 de marzo de 2006 *(RJ* 2006, 1864)
- STS de 18 de julio de 2006 *(RJ* 2006, 4949).

2. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- Resolución de 25 de febrero de 1988 *(RJ* 1988, 1321)
- Resolución de 9 de marzo de 1988 *(RJ* 1988, 2528)
- Resolución de 10 de marzo de 1988 *(RJ* 1988, 2529)
- Resolución de 10 de marzo de 1989 *(RJ* 1989, 2468)
- Resolución de 25 de septiembre de 1990 *(RJ* 1990, 7153)
- Resolución de 21 de enero de 1991 *(RJ* 1991, 592)
- Resolución de 7 de octubre de 1992 *(RJ* 1992, 8302)
- Resolución de 26 de octubre de 1992 *(RJ* 1992, 8582)
- Resolución de 11 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 5418)
- Resolución de 28 de mayo de 1996 *(RJ* 1996, 4012)
- Resolución de 30 de diciembre de 1999 *(RJ* 1999, 9428)
- Resolución de 8 de mayo de 2000 *(RJ* 2000, 5831)
- Resolución de 21 de julio de 2001 *(RJ* 2001, 2397)
- Resolución de 17 de abril de 2002 *(RJ* 2002, 8099)
- Resolución de 18 de septiembre de 2003 *(RJ* 2003, 6334)
- Resolución de 6 de septiembre de 2005 *(RJ* 2005, 9799)
- Resolución de 25 de octubre de 2005 *(RJ* 2005, 9818)
- Resolución de 21 de enero de 2006 *(RJ* 2006, 3902)
- Resolución de 7 de julio de 2012 *(RJ* 2010, 8841)
- Resolución de 5 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 10398)
- Resolución de 31 de marzo de 2008 *(RJ* 2008, 1487)
- Resolución de 29 de octubre de 2008 *(RJ* 2009, 1460)
- Resolución de 29 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 2375)
- Resolución de 31 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 2500)
- Resolución de 19 de octubre de 2010 *(RJ* 2010, 5278)
- Resolución de 29 de febrero de 2012 *(RJ* 2012, 5968)
- Resolución de 11 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 7742)
- Resolución de 5 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013, 1143)
- Resolución de 9 de marzo de 2013 *(RJ* 2013, 3064)

- Resolución de 26 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 6121)
- Resolución de 31 de enero de 2014 *(RJ* 2014, 1969)
- Resolución de 8 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 185633)
- Resolución de 4 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3825)
- Resolución de 26 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 4472)
- Resolución de 1 de julio de 2014 *(RJ* 2015, 848)
- Resolución de 26 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 5501)
- Resolución de 4 de septiembre de 2014 (2014/5735)
- Resolución de 6 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 5489)
- Resolución de 29 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 5501)
- Resolución de 13 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 1588)
- Resolución de 27 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 2315)

VI. BIBLIOGRAFÍA

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir. y coord.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Madrid: Dykinson, pp. 121-272.

CALATAYUD SIERRA, A. (2007). La liquidación del consorcio conyugal aragonés, en *Actas de los decimosextos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 65-94.

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN (2008). El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón. En: J. L. Gimeno y Gómez Lafuente y E. Rajoy Brey (coords.), *Regímenes económico-matrimoniales y Sucesiones. Derecho común, foral y especial*, Tomo I. Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, pp. 127-174.

DÍEZ SOTO, C. M. (2004). *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Tomo III. Cizur Menor: Civitas, Aranzadi.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. (2002). La sociedad de gananciales. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, vol. 2.º Madrid: Civitas, pp. 21-204.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2006). El régimen económico matrimonial en el Código Civil: una revisión crítica veinticinco años después. En: J. M.ª Navarro Viñuales (dir.), *El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Cizur Menor: Civitas, pp. 49-78.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (2002). *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*. Madrid: Dykinson.

LLOPIS GINER, J. M. (2006). La liquidación en el convenio. El convenio como título inscribible. Problemas que plantea. En: J. M. Llopis Giner (coord.), *El contenido del*

convenio regulador: sus diferentes aspectos. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 359-430.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003). *Elementos de Derecho Civil. Derecho Inmobiliario Registral*, Tomo III bis. Madrid: Dykinson, edición puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albesa.

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. (1995). La aportación de un bien a la sociedad conyugal. *Revista de Derecho Privado,* núm. 79, 29-71.

LOURO GARCÍA, M.ª I. (2015). ¿Es el convenio regulador escritura pública a los efectos del artículo 633 del Código Civil? *Revista de Derecho Civil* (http://nreg.es/ojs/index.php/RDC), vol. II, núm. 2, 289-292.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2003). *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*. Madrid: Colegios Notariales de España.

MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L. F. (2011). La vuelta a la *in iure cessio*. http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011_lavueltadela_In_Iure_Cessio.htm.

PARRA LUCÁN, M.ª A. (2014). La formación del contrato como proceso. En: M.ª A. Parra Lucán (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 57-105.

— (2012). Autonomía de la voluntad y Derecho de familia. En: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*. Tomo I, Madrid: Consejo General del Notariado, pp. 97-454.

PEREÑA VICENTE, M. (2004). *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*. Madrid: Dykinson.

PÉREZ HEREZA, J. (2008). La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLVIII, 547-602.

UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de julio de 2014. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 513-529.

NOTAS

[1] En el Derecho aragonés, la posibilidad de los negocios que aquí nos ocupan encuentra cauce específico en el artículo 215 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), intitulado «Ampliación o restricción de la comunidad». Estos acuerdos pueden consistir en la atribución de carácter común a un bien que con arreglo al régimen legal es privativo, en la asignación de condición privativa a un bien que en principio es común, así como en la determinación, al tiempo de adquirir bienes, de la naturaleza común o privativa que no les correspondería al tiempo de la adquisición (cfr. art. 215.1 CDFA). Estos acuerdos deben formalizarse en escritura pública y, salvo disposición en contrario, darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común (cfr. art. 215.2 CDFA).

Parecidamente, el Fuero Nuevo de Navarra (FNN) establece en sede de régimen matrimonial de conquistas que la condición común o privativa de los bienes puede determinarse en virtud de pactos o disposiciones de los cónyuges. Las Leyes 82.1 y 83.1 representan especificaciones de esa amplia libertad para convenir acerca del contenido de las conquistas, en el sentido de permitir a los consortes la inclusión o exclusión de determinados bienes que, si no fuese por el pacto en cuestión, estarían en ese caso fuera del ámbito de la comunidad o, en el supuesto contrario, tendrían la calificación de comunes. También se incluyen entre los bienes de conquista los adquiridos a título oneroso con cargo a bienes privativos y que los cónyuges

convengan que tengan esa condición, cualquiera que fuera el precio o contraprestación y la naturaleza del derecho en cuya virtud fueran adquiridos, sin perjuicio de los reembolsos que procedan (cfr. Ley 82.3 FNN).

[2] En el supuesto de no haber reembolso el desplazamiento se considera realizado gratuitamente, quedando por tanto sujeto al Impuesto de Sucesiones y Donaciones (cfr. arts. 3.b y 5.b de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre). A este respecto, la Dirección General de Tributos sostiene lo siguiente: «no supone más que la transmisión de una parte de la propiedad de dicho bien, el 50 por 100, que recibe el consultante beneficiado, ya que el otro 50 por 100 ya pertenecía al donante, por lo que la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones será solamente el 50 por 100 del valor del bien aportado y será sujeto pasivo del impuesto el cónyuge beneficiado» (Consulta vinculante de la DGT, núm. 2877-13, de 30 de septiembre de 2013).

[3] Real Decreto Legistivo 1/1993, de 24 de septiembre. Sobre la interpretación del ámbito de la exención, *vid*. STS, Sala 3.ª, de 2 de octubre de 2001 *(RJ* 2001, 8930).

[4] En relación con un pacto de los cónyuges por el que atribuyeron carácter privativo a un bien común, el cónyuge beneficiado obligado en principio al correspondiente reembolso formula consulta sobre el tratamiento fiscal de la operación. La Dirección General de Tributos, con fundamento en el artículo 7.1.A) de la Ley que regula el ITP, responde en los términos siguientes: «De acuerdo con el precepto transcrito, la transmisión por parte de la sociedad de gananciales de un inmueble, en la que participa al 50% con su mujer, con contraprestación a cambio, constituirá una transmisión onerosa de bienes a favor del consultante por el valor del 50% del bien inmueble que pasa a ser privativo, y, en consecuencia se producirá el hecho imponible de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados […] Cabe precisar, que en ningún caso, resultaría aplicable el supuesto de exención regulado en el artículo 45.1.B.3» (Consulta vinculante de la DGT, núm. 1939-14, de 16 de julio de 2014).

[5] Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

[6] Sobre el particular, la Dirección General de Tributos se ha pronunciado en el sentido de considerar que: «La aportación de un bien privativo de un cónyuge a la sociedad de gananciales constituirá una alteración en la composición de su patrimonio, que generará una ganancia o pérdida patrimonial en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre […] A efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como la sociedad de gananciales no tiene la consideración de contribuyente, los sujetos pasivos del Impuesto serán los cónyuges, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Ley del Impuesto. Como el aportante y el adquirente de un 50 por 100 de lo transmitido son la misma persona, por el 50 por 100 de la aportación no se produce ninguna transmisión, que solo se produciría por la parte que corresponde al otro cónyuge, el otro 50 por 100. La respectiva ganancia o pérdida patrimonial obtenida por cada cónyuge vendrá dada por la diferencia entre la mitad de los valores de adquisición y transmisión de los bienes aportados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la citada Ley» (Consultas vinculantes de la DGT, núms. 0427-13, de 13 de febrero de 2013 y núms 1869-13, de 6 de junio de 2013).

[7] Es cierto que diversas resoluciones de la DGRN han denegado la inmatriculación a través del negocio de aportación a la masa común, basándose en el carácter ficticio de la documentación presentada, elaborada *ad hoc* para lograr ese fin. Pero el propio Centro Directivo ha matizado que la posibilidad de que ello suceda no debe conducir, con base en meras conjeturas, a negar virtualidad inmatriculadora al mencionado negocio de aportación, que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial. Sobre estas consideraciones, entre otras, *vid*. la RDGRN de 19 de octubre de 2010 *(RJ* 2010, 5278).

[8] El problema no se plantea respecto del pacto del artículo 1355 del Código Civil —atribución de ganancialidad al tiempo de la adquisición onerosa del bien—, pues en este caso no se produce un desplazamiento directo de bienes concretos entre masas patrimoniales diferentes,

dado que aquellos son adquiridos directamente como bienes gananciales, por lo que, en rigor, no son de aplicación las reglas propias de la transmisión de derechos. En este sentido, la DGRN sostiene en la resolución de 29 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 2375) que dicho pacto «no constituye un negocio traslativo del dominio sometido a las reglas comunes de esta categoría negocial, sino un negocio atributivo especial. No por ello cabe afirmar que tenga un carácter abstracto, sino que está dotado de causa propia, legalmente contemplada, que va implícita en el propio acuerdo de voluntades y permite diferenciarlo de esos otros negocios propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta o la donación, sin que sea preciso siquiera expresar la onerosidad o gratuidad del negocio atributivo, pues este dará lugar, salvo pacto en contrario, al reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio» (en el mismo sentido, *vid*. la STS, Sala 3.ª, de 2 de octubre de 2001 *[RJ* 2001/8930]).

[9] *Vid*. resoluciones de 11 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 5418), 28 de mayo de 1996 *(RJ* 1996, 4012), 30 de diciembre de 1999 *(RJ* 1999, 9428), 17 de abril de 2002 *(RJ* 2002, 8099), 19 de octubre de 2010 *(RJ* 2010, 5278) y 31 de enero de 2014 *(RJ* 2014, 1969).

[10] En efecto, estas transmisiones patrimoniales tienen indudables consecuencias jurídicas. El bien desplazado al patrimonio común, además de quedar afecto al pago de determinados gastos y deudas (cfr. arts. 1362 a 1374 del Código Civil), queda sujeto a un régimen de gestión y disposición diverso al que ostentaba previamente el aportante (cfr. arts. 1375 a 1301 del Código Civil).

[11] Las capitulaciones no son requisito de validez en la medida en que la aportación de bienes a la masa común no supone una alteración del régimen de la sociedad de gananciales. Se trata de concretos desplazamientos que se hacen en consideración al matrimonio futuro (o, en su caso, al ya celebrado), que no tienen contenido alguno respecto de la ordenación de la economía del matrimonio. Esta hipótesis responde casi siempre al caso de los cónyuges que previamente estuvieron casados en régimen de separación de bienes y cambian a uno de comunidad, asignando entonces, con ocasión de dicho cambio, carácter común a determinados bienes que hasta entonces eran propios de ellos.

[12] La resolución de 30 de diciembre de 1999 *(RJ* 1999, 9428) aborda un supuesto de aportación en capítulos, que no plantea problema alguno a efectos de inscripción porque se había especificado que se hacía con «carácter gratuito, que es una de las causas recogidas en el artículo 1274 del Código Civil». Los cónyuges habían pactado el régimen de separación de bienes, adjudicando una vivienda a la esposa que se inscribe a su nombre en el Registro. Siete años después otorgan nueva escritura de capitulaciones cuya única cláusula establece lo siguiente: «Otorgan: que en lo sucesivo el régimen de su matrimonio será el legal de gananciales, aportando doña R. L. R., gratuitamente, a su nueva sociedad de gananciales, la vivienda descrita en el antecedente III de esta escritura, la cual en lo sucesivo tendrá carácter ganancial».

[13] Cfr. GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. (2002). La sociedad de gananciales. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, vol. 2.º. Madrid: Civitas, p. 106, y MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2003). *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*. Madrid: Colegios Notariales de España, p. 164.

[14] En este sentido, cfr. GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *op. cit*., pp. 104-105.

[15] Se ha dicho que si se admite que los cónyuges, actuando de común acuerdo, pueden realizar los reembolsos procedentes sin necesidad de esperar a la disolución y liquidación definitiva del régimen, debe reconocerse la posibilidad de que los correspondientes desplazamientos patrimoniales se den a favor de la masa ganancial como a favor de los patrimonios privativos, del mismo modo que habrá de admitirse la posibilidad de que se realicen no solo en metálico sino también en especie mediante la atribución de bienes concretos, cfr. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (2002). *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*. Madrid: Dykinson, pp. 352-361, y DÍEZ SOTO, C. M. (2004), *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 467-468.

[16] La RDGRN de 10 de marzo de 1989 *(RJ* 1989, 2468) puede considerarse como el punto de partida de esta doctrina que ha sido seguida por numerosas decisiones ulteriores. *Vid*. resoluciones de 26 de octubre de 1992 *(RJ* 1992, 8582), 11 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 5418), 28 de mayo de 1996 *(RJ* 1996, 4012), 17 de abril de 2002 *(RJ* 2002, 8099), 31 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 2500), 19 de octubre de 2010 *(RJ* 2010, 5278).

[17] Un importante sector de la doctrina se ha pronunciado en este sentido, poniendo de relieve que a los efectos del artículo 1274 del Código Civil la causa onerosa se caracteriza por la utilidad recíproca que no se da en este tipo de negocios. Cfr. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. (1995). La aportación de un bien a la sociedad conyugal. *Revista de Derecho Privado*, núm. 79, 43, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *op. cit*., pp. 115-116, MARTÍNEZ SANCHIZ, *op. cit*., p. 166 y PEREÑA VICENTE, M. (2004). *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*. Madrid: Dykinson, pp. 294-295 y 305-306.

[18] En cuanto derecho de crédito sujeto a las vicisitudes propias de este tipo de titularidades, pueden los cónyuges acordar lo que estimen conveniente: hacerlo efectivo, renunciarlo o simplemente no computarlo en la liquidación del consorcio por entender que la compensación del crédito ha tenido lugar de diversa forma.

[19] Este negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, que queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado, y que por sí sola no resulta suficiente para inscribir en el Registro de la Propiedad el bien a nombre del cónyuge beneficiado por la confesión. Adviértase en este sentido cómo el propio Reglamento Hipotecario, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos (cfr. sus arts. 93.1 y 95.1), se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia (cfr. art. 95.4), produciéndose una cierta indeterminación registral en lo relativo a la titularidad de ese bien. *Vid*. resolución de DGRN 29 de febrero de 2012 *(RJ* 2012, 5968).

[20] La DGRN precisa que el fraude de acreedores tiene remedio en las correspondientes acciones de nulidad y rescisión, o en la aplicación de las normas que se hubiere tratado de eludir. Sobre esta cuestión, DÍEZ SOTO, que considera sumamente discutible este tipo de negocios aunque se admitan con fundamento en el artículo 1323 del Código Civil, afirma que los perjudicados pueden recurrir a los instrumentos generales de la protección del crédito y, además, en contra de lo que parece indicar la resolución de 1990, a los artículos 1401 y 1402 del Código Civil para impedir la alteración del régimen de afectación de los bienes al pago de las deudas gananciales preexistentes (cfr. DÍEZ SOTO, *op. cit*., pp. 473-477).

[21] En este punto se reproducen esencialmente los argumentos empleados respecto de la inscripción de los acuerdos de ampliación del patrimonio: «la posible excepción a la norma que impone el principio de subrogación real depende de la validez del negocio atributivo de privatividad cuestionado, la cual solo puede enjuiciarse si consta su causa que es uno de los elementos determinantes de la misma, así como el régimen jurídico al que queda sujeto el negocio, y que ha de ser debidamente calificada por el registrador».

[22] No está de más referirse aquí a los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL, por sus siglas en inglés) y al Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR, por sus siglas en inglés), para poner de relieve que en ambos textos se entiende válidamente celebrado un contrato si las partes tienen la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y el acuerdo es suficiente (cfr. art. 2.103 PECL y la regla II.—4.101 DCFR). No hay contenido mínimo ni elementos esenciales, tampoco causa, lo que se justifica por los comentaristas de los mencionados trabajos de armonización sobre la base de considerar que la función que cumple en los sistemas jurídicos en los que se admite puede lograrse mediante otros elementos del contrato o por medio de otras instituciones. Sobre la ambigüedad de estas normas en el sentido de que permiten entender que hay contrato si las partes quieren obligarse y reflejan lo que consideran suficiente o esencial, cfr. PARRA LUCÁN, M.ª A. (2014). La formación del contrato como proceso. En: M.ª A. Parra Lucán (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*. Cizur

Menor: Aranzadi, p. 68. Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PMCC), elaborada por la sección civil de la Comisión General de Codificación, tampoco enumera ni define los requisitos esenciales del contrato, aunque mantiene en su articulado algunas referencias a la noción de causa. La Exposición de Motivos de la PMCC afirma al respecto que «aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener». Los últimos trabajos de actualización del Código Civil, elaborados en el seno de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, siguen la línea del *soft law* y prescinden de la causa como requisito esencial del contrato (*vid*. el texto propuesto y la memoria explicativa en http://www.derechocivil.net/esp/pdf/TITULO-II-CONTRATOS.pdf, última consulta en noviembre de 2015).

[23] Cfr. MARTÍNEZ SANCHIZ, *op. cit*., pp. 167-169. Con carácter general, sobre los posibles planteamientos del papel de la causa de los negocios traslativos como presupuesto de su inscripción, cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003). *Elementos de Derecho Civil. Derecho Inmobiliario Registral*, tomo III bis. Madrid: Dykinson, edición puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albesa, pp. 107-109, y DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Tomo III. Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, p. 900.

[24] Con ocasión de un análisis crítico de las cuestiones dudosas que se suscitan en la sociedad de gananciales en cuanto a la composición del activo de los patrimonios gananciales y privativos, y en particular de los acuerdos de los cónyuges que suponen la alteración del carácter ganancial o privativo de sus bienes, ha señalado la oportunidad de su específica regulación: GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2006). El régimen económico matrimonial en el Código Civil: una revisión crítica veinticinco años después. En: J. M.ª Navarro Viñuales (dir.), *El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Cizur Menor: Civitas, p. 74.

[25] En este sentido, respecto de los cónyuges sujetos al consorcio conyugal, cfr. CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN (2008). El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón. En: J. L. Gimeno y Gómez Lafuente y E. Rajoy Brey (coords.), *Regímenes económico-matrimoniales y Sucesiones. Derecho común, foral y especial*, Tomo I, Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, p. 138, y PARRA LUCÁN, M.ª A. (2012). Autonomía de la voluntad y Derecho de familia. En: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I. Madrid: Consejo General del Notariado, p. 186.

[26] En estos casos no puede existir propiamente desplazamiento posesorio, pues las cosas ya se encuentran en poder del que las aporta que conserva la posesión del bien, aunque sea en virtud de título o concepto diferente. Por tanto, puede afirmarse que existe un supuesto típico de *constitutum possessorium*, sin perjuicio de que cuando la tradición se realice mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivalga a entrega de la cosa (cfr. GARDEAZÁBAL, *op. cit.,* p. 211). En efecto, según el parecer jurisprudencial y doctrinal dominante, para poder probar en estas situaciones la transmisión de la propiedad, hace falta un acuerdo traslativo de los contratantes que debe manifestarse expresamente salvo que el pacto de aportación se haya otorgado en escritura pública (*vid*. STS de 28 de marzo de 2006 —*RJ* 2006, 1864— y STS de 18 de julio de 2006 —*RJ* 2006, 4949—). El pacto que no cumpla esos requisitos formales podrá valer entre los cónyuges como un negocio de afectación de bienes, que no tiene por finalidad esencial operar un cambio de titularidad en un bien determinado, sino atribuirle carácter común, quedando así sujeto al peculiar régimen de afección propio de los bienes de esta condición (en este sentido, cfr. DÍEZ SOTO, *op. cit*., pp. 320 y 332).

[27] Los primeros pronunciamientos de la DGRN que sientan la doctrina sobre la virtualidad del convenio regulador aprobado judicialmente como título inscribible, se contienen en las resoluciones de 25 de febrero de 1988 *(RJ* 1988, 1321), 9 de marzo de 1988 *(RJ* 1988, 2528) y 10 de marzo de 1988 *(RJ* 1988, 2529).

[28] Aunque la liquidación del régimen económico forma parte del contenido mínimo del convenio regulador, según la común interpretación del artículo 90.1.E) del Código Civil, este puede aprobarse sin la liquidación, que se difiere a un momento ulterior, lo que de hecho constituye una práctica habitual para propiciar una rápida solución del conflicto personal. *Vid*. RDGRN de 6 de septiembre de 2005 *(RJ* 2005, 9799).

[29] Por esta razón, la DGRN no accede a la inscripción de la adjudicación de un inmueble en convenio regulador a favor de tercero en pago de deudas, concluyendo que esa operación exige escritura pública otorgada por los cónyuges y el adjudicatario (*vid*. resolución de 25 de octubre de 2005, *RJ* 2005, 9818). Y también rechaza el acceso al Registro de transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro, al considerarlos negocios distintos al título calificado, que ha de referirse exclusivamente a la liquidación de la sociedad conyugal, y cuya efectividad presupone el carácter ganancial de los bienes adjudicados (*vid*. resolución de 31 de marzo de 2008, *RJ* 2008, 1417).

[30] Es razonable que pactada la separación o el divorcio se quieran evitar las relaciones que, por su propia naturaleza, imponen las situaciones de proindivisión entre los cónyuges cotitulares y que, a tal fin, estos decidan incluir los bienes que les pertenecen en régimen de comunidad ordinaria en las operaciones de liquidación del consorcio para proceder así a su reparto, generalmente adjudicando a uno los consorciales y a otro los privativos proindiviso.

[31] La modalidad de actos jurídicos documentados del ITP y AJD que grava la extinción de un condominio cuando el bien objeto del mismo es indivisible, se aplica a los documentos notariales y no a los judiciales. En concreto, tributa por la modalidad de AJD (cuota gradual) al tipo autonómico correspondiente, al cumplir la operación los requisitos previstos en el artículo 31.2 del Texto refundido que aprueba la ley del Impuesto. La base imponible será el valor declarado de los bienes, sin perjuicio de la comprobación administrativa, como prevé el artículo 30.1, y será sujeto pasivo cada uno de los comuneros por el valor del bien que recibe (Consultas vinculantes de la DGT, núm. 0860/2013, de 19 de marzo de 2013 y núm. 0326/2013, de 5 de febrero de 2013).

[32] *Vid*. las resoluciones de 9 de marzo de 2013 *(RJ* 2013, 3064), 26 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 6121), 1 de julio de 2014 *(RJ* 2015, 848), 4 de septiembre de 2014 (2014, 5735) y 13 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 1588).

[33] La RDGRN de 4 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3825) sostiene que el acuerdo por el que se incorpora al inventario un bien que tienen los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa, para dividirlo en la liquidación convencional, tiene por causa negocial la extinción del condominio (art. 51.10 RH) y debe realizarse a través de los cauces previstos a tal fin. Es también ilustrativa la RDGRN de 6 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 5489). En este caso los cónyuges inventarían como ganancial una vivienda —respecto de la que no se justifica su carácter habitual familiar— inscrita en el Registro de la Propiedad en proindiviso, por haber sido adquirida por ambos cónyuges en estado de solteros. Pero el carácter común de esa finca había sido declarada previamente por sentencia firme dictada en procedimiento de formación de inventario, a falta de acuerdo de los cónyuges al respecto. El registrador suspende la inscripción argumentando: de un lado, que no puede considerarse como título de aportación a la sociedad de gananciales el que los litigantes hayan dado muestra de su conformidad al carácter ganancial del bien en el procedimiento referido, pues faltan datos tan esenciales al negocio como la causa y las contraprestaciones; de otro lado, que al tratarse de un negocio extrajudicial, debió de documentarse mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para tener acceso al Registro. La DGRN sostiene que «no puede afirmarse en este caso, que estemos propiamente ante un negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales —en cuyo caso sí sería necesaria la expresión de causa negocial y su formalización en escritura pública—, sino ante una sentencia firme dictada en procedimiento de formación de inventario, en la que expresamente se atribuye a la vivienda su anterior carácter ganancial, sin que pueda el registrador en el ejercicio de calificación registral calificar el fondo de la resolución judicial ni por tanto discutir las razones de la atribución de ganancialidad ni por tanto discutir las razones de la atribución de la ganancialidad […], lo cierto es que existe una sentencia firme

que declara tal ganancialidad, debiendo el registrador a efectos de inscripción considerar esta como título previo a la disolución en el convenio regulador aprobado judicialmente».

[34] *Vid*. también las resoluciones de 26 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 4472), 26 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 5501) y 29 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 5501).

[35] Refiriéndose en general a las dificultades para practicar la inscripción de las titularidades que resultan de la aprobación del convenio regulador, respecto de la solución a la que se llega en el caso concreto de la RDGRN de 29 de noviembre de 2008, se ha mostrado favorable, considerando inexplicable el criterio del registrador, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir. y coord.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Madrid: Dykinson, p. 138, nota 45.

[36] Cfr. UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de julio de 2014. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 529.

[37] Debe tenerse en cuenta, igualmente, que la actividad calificadora del registrador se encuentra más limitada respecto de los documentos judiciales que de los notariales, al no poder entrar a valorar en ningún caso el fundamento de la decisión. La calificación, según resulta del artículo 100 RH, se limitará a la competencia del Juzgado o del Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

[38] Cfr. LLOPIS GINER, J. M. (2006). La liquidación en el convenio. El convenio como título inscribible. Problemas que plantea. En: *El contenido del convenio regulador: sus diferentes aspectos* (coord: J. M. Llopis Giner) Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 411-413; PÉREZ HEREZA, J. (2008). La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, p. 601; MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L. F. (2011). La vuelta a la *in iure cessio* (http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011_lavueltadela_In_Iure_Cessio.htm); LOURO GARCÍA, M.ª I. (2015). ¿Es el convenio regulador escritura pública a los efectos del artículo 633 del Código Civil? *Revista de Derecho Civil* (http://nreg.es/ojs/index.php/RDC), vol. II, núm. 2, 289-292.

[39] Esta posibilidad se reconoce en el artículo 54.1 de la Ley del Notariado (redacción dada por la Disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) cuando los cónyuges no tuvieren hijos menores no emancipados, o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos. De conformidad con tal previsión, el artículo 90.2 del Código Civil dispone que si el Notario considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (redacción dada por el apartado veintitrés de la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

[40] De acuerdo con el artículo primero, uno, se propone la modificación del artículo 90.1 del Código Civil, que determina el contenido mínimo del convenio regulador, figurando en el apartado f) el siguiente extremo: «El inventario y liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera» (http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados).

[41] Cfr. LLOPIS GINER, *op. cit*., 413-416 y CALATAYUD SIERRA, A. (2007). La liquidación del consorcio conyugal aragonés. *Actas de los decimosextos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 85-87.

(Trabajo recibido el 17-11-2015 y aceptado para su publicación el 11-12-2015)

DERECHO COMPARADO

Algunas consideraciones sobre el principio de prioridad registral en Cuba. Una visión desde el derecho registral iberoamericano

Some considerations on the principle of priority registration in Cuba. A view from the Latin American registry law

por

YUNIEL ROSABAL ROBAINA
Registrador de la Propiedad de La Habana Vieja
Profesor Instructor Adjunto de la Facultad de Derecho
Universidad de La Habana

RESUMEN: Cada sistema inmobiliario registral funciona a partir de una serie de principios que fungen como reglas de interpretación del ordenamiento hipotecario. Dichos principios despliegan efectos que en mayor o menor medida coadyuvan a generar seguridad en la adquisición de bienes inmuebles. Son reglas que determinan el valor de los asientos registrales en las disímiles circunstancias que se producen dentro del tráfico jurídico inmobiliario. La prioridad traducida como preferencia o prevalencia de unos derechos sobre otros es precisamente de los principios registrales que en el derecho hipotecario iberoamericano ha logrado los más variopintos matices. Cuba se encuentra en un proceso de rescate de la publicidad registral en materia inmobiliaria donde

el principio de prioridad posee particularidades intrínsecas que hacen su diseño *sui generis*.

ABSTRACT: Each property registration system works from a set of principles that serve as rules of interpretation of the mortgage system. These principles deployed effects to a greater or lesser extent contribute to build confidence in the acquisition of real estate. They are rules that determine the value of all the entries in the dissimilar circumstances that occur in the real estate legal transactions. The preference or priority translated prevalence of rights over others is precisely the registry principles in the Latin American mortgage law has achieved the most varied hues. Cuba is in a process of redemption of land registration in real estate where the first priority has intrinsic characteristics that make its design sui generis.

PALABRAS CLAVES: Principios registrales. Prioridad registral. Preferencia o prevalencia. Cierre registral o reserva. Seguridad jurídica preventiva.

KEY WORDS: Principles registry. Priority registration. Preference or prevalence. Closing registration or reservation. Preventive legal security.

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD. GENERALIDADES.—II. *PRIOR TEMPORE POTIOR IURE*. NOTAS EN EL DERECHO REGISTRAL IBEROAMERICANO.—III. UN ANÁLISIS *LEGE DATA-LEGE FERENDA* DE LA PRIORIDAD REGISTRAL EN CUBA.—IV. CONCLUSIONES.

I. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD. GENERALIDADES

Los distintos sistemas registrales se estructuran a partir de una serie de principios que fungen como reglas de interpretación del ordenamiento hipotecario y a su vez, producen efectos que coadyuvan a garantizar el tráfico jurídico inmobiliario.

Al decir de GARCÍA GARCÍA[1], «los principios del derecho hipotecario son esencialmente manifestaciones del derecho positivo, por lo que tienen el mismo valor que el de los preceptos de los que emanan. Son la forma concisa y sistemática de expresar lo que la misma ley dice. Facilitan la interpretación de las normas registrales y permiten la integración del ordenamiento registral por la vía de la analogía *iuris*».

Por su parte ROCA SASTRE[2] define la prioridad como: «el principio hipotecario en virtud del cual el acto registrable que primeramente ingrese en el

Registro de la Propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al Registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto fuese de fecha anterior».

De entre los disímiles autores que clasifican al principio de prioridad PAU PEDRÓN[3] lo distingue como principio fundamento de la inscripción, donde se incluyen además del principio de prioridad, el de tracto sucesivo y el de legalidad en su aspecto de calificación registral, ya que considera que estos principios son fundamento de la eficacia de la inscripción, y sin ellos no tendrían sentido la legitimación, la oponibilidad ni la fe pública.

Más allá de cualquier tesis clasificatoria de dichos principios es dable acotar que todos ellos están indisolublemente ligados y por ende su estudio por separado solo obedece a intereses académicos.

La prioridad registral suele traducirse en dos efectos fundamentales: la preferencia o el rango registral, o sea, su papel es determinar con exactitud cuál derecho real accede primero al Registro o cuál prevalece sobre otros en caso situaciones incompatibilidad.

GONZALES BARRÓN[4] sostiene la tesis de que «normalmente se dice que una inscripción tiene prioridad desde la fecha del asiento de presentación; pero en este caso se utiliza el término en sentido no-técnico, pues en realidad este momento no solo determina la prioridad, si fuese el caso, sino también la legitimación, la inoponibilidad, la fe pública, etc. No es que se obtenga prioridad, sino que se desencadena todos los efectos positivos de la inscripción, siempre que el título presentado llegue efectivamente a ser inscrito».

Lo cierto es que una determinada situación jurídica antes de alcanzar los efectos positivos de la inscripción, transita por varias fases del procedimiento registral. Algunos efectos como la preferencia y el rango son previos a la inscripción, otros como la legitimación y la fe pública son posteriores a ella. Coincidimos con GONZALES BARRÓN, en que la prioridad es el factor desencadenante de los efectos positivos de la inscripción, no obstante, la entendemos como un principio que es vehículo de la oponibilidad, pues lo que inicialmente es preferible o prevalente llega a convertirse en oponible. Y es que para asegurar que lo inscripto tiene un efecto *erga omnes* realmente *erga omnes* (oponible a todos los terceros los que inscribieron su derecho y los que no lo hicieron) la protección debe revelarse progresivamente desde que el título se ha presentado a registración, puesto desde ese preciso momento tenía todos los requisitos para ser inscripto solo que el registrador tenía que constatarlo en su calificación.

A nuestro juicio, entendemos que la prioridad es la antesala de la oponibilidad y ambas a su vez, el umbral de la legitimación y la fe pública registral. Este juego de principios se sucede y complementa generalmente por el orden expuesto en aras de asegurar, en escala progresiva, la seguridad en la adquisición de un bien o un derecho sobre este.

Es por ello que el acceso al Registro de determinada situación jurídica para su consecuente publicación resulta la meta ideal de casi todos aquellos que ponen en marcha el procedimiento registral. Y es que aunque la inscripción de un derecho no le hace sustantivamente definitivo[5], produce efectos que dotan de mayor seguridad a las transmisiones de bienes inmuebles. Por ende la virtualidad o no de un sistema registral responde a las propias necesidades del tráfico jurídico inmobiliario, que urge de fórmulas que permitan garantizar adecuadamente el desenvolvimiento de sus relaciones, y así, se configura como una institución moderna al servicio de la realidad práctica.

II. *PRIOR TEMPORE POTIOR IURE*. NOTAS EN EL DERECHO REGISTRAL IBEROAMERICANO

España

El sistema registral español ha dejado su huella en Latinoamérica, fundamentalmente en Puerto Rico y Cuba. Este último país conserva en parte los fundamentos de la Ley Maura o de Ultramar de 1893. Dicha norma al igual que la Ley Hipotecaria española en su texto refundido, en lo adelante LHE, contiene entre sus preceptos de manera dispersa pero clara el principio de prioridad registral enarbolado a partir del apotegma romano «*Prius in tempore potior in iure*».

La eficacia de la prioridad en la LHE se despliega en dos sentidos: primero se manifiesta como mecanismo de exclusión de derechos que por su propia naturaleza son incompatibles con los que ya han sido presentados al Registro. Su efecto es el cierre registral para el derecho contenido en un título que se presenta posteriormente. Segundo: permite establecer un orden jerárquico que recaba en la obtención del rango, el cual solo es posible entre derechos compatibles. Lo segundo, a diferencia de lo primero, puede ser objeto de negocio (posposición, reserva, permuta, pactos de igualdad o alteración legal del rango).

La prioridad registral en la LHE se concentra fundamentalmente en la formulación de 3 artículos el 17, el 24 y el 25.

El artículo 17 regula que «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.

Si solo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento».

La doctrina española se divide en dos posturas: una considera que el párrafo primero del artículo recoge la prioridad material y el párrafo segundo

la prioridad formal, y la otra de más reciente formulación, plantea que la prioridad solo puede ser formal puesto que la material se deriva del principio de oponibilidad.

Amén de lo anterior, podemos resumir que el efecto más vigoroso del artículo 17 de la LHE radica en el cierre del Registro a los títulos incompatibles de igual o anterior fecha que pretendan acceder sobre una misma finca mientras dure el asiento de presentación. Con ello se asegura que los títulos o derechos que pretenden su inscripción se despachen por orden de fecha y hora observando las reglas anteriormente expuestas.

Según DE GRADO SANZ[6], el cierre, puede ser de dos tipos:

1. Definitivo, cuando el primer título ha obtenido el asiento definitivo que pretendía, que normalmente será el asiento de inscripción —art. 17.1 de la Ley Hipotecaria—, produciéndose desde ese momento todos los efectos derivados de la inscripción.
2. Provisional, cuando el título que accede en primer lugar al Registro está simplemente presentado —art. 17.2 de la Ley Hipotecaria—. El cierre en este caso se produce durante la vigencia del asiento de presentación y de sus prórrogas. Si hay un título presentado el posterior no puede acceder al Registro antes. En tanto no haya finalizado el procedimiento registral del título anteriormente presentado por caducidad del asiento de presentación, desistimiento o despacho previa calificación, no puede continuar el procedimiento registral iniciado con la presentación posterior de otro título, y esta sí que es una regla de prioridad.

Existen solo tres supuestos de denegación de la práctica del asiento de presentación según el artículo 420 del RHE:

1. Los documentos privados, salvo los casos permitidos en la Ley.
2. Los documentos relativos a fincas radicantes en otros Registros.
3. Y los que por su naturaleza, contenido o finalidad no pueden provocar operación registral alguna. Así como el segundo caso no plantea problemas de interpretación, los otros dos sí que pueden provocarlos.

No obstante, la frontera entre la oponibilidad y la prioridad es difusa porque se retrotraen al momento de la presentación todos los efectos que la inscripción deba producir. Ello se desprende de lo estipulado en el artículo 24 que dispone: «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma». Y conforme al artículo 25 de la Ley Hipotecaria: «Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los títulos respectivos»[7].

ARGENTINA

Del sistema registral argentino vale la pena distinguir algunas variantes muy interesantes de la prioridad muy propias de su ordenamiento registral.

Sin dudas su aporte más notorio es «el sistema de prioridad indirecta o reserva de prioridad», el cual está orientado a salvaguardar los negocios jurídicos sujetos a situaciones de pendencia que reclaman la protección provisional del Registro hasta tanto se configuren de manera definitiva.

Se dice que en la Argentina coexisten legalmente dos sistemas que se complementan normativamente para ofrecer la prioridad, uno de manera directa y otro que permite la reserva. La denominada prioridad directa no difiere en esencia y contenido del sistema registral español y del resto de los sistemas iberoamericanos. Prestémosle mayor atención al segundo, la denominada reserva de prioridad.

La prioridad indirecta funciona estableciendo un baremo gradual que se configura atendiendo a los plazos o posiciones registrales que se suceden por el orden de presentación de los documentos inscribibles. La expresión formal de esta variante publicitaria es precisamente la expedición de una «Certificación de reserva de prioridad».

Los artículos que regulan esta singular concepción de la prioridad registral en la Ley 17.801 son el 17, 23, 24 y 25. Curiosamente coinciden en su ubicación dentro del ordenamiento con los de la LHE.

El artículo 17 dispone que a un documento registrado no pueda oponérsele otro de igual o anterior fecha, a no ser que este se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia que mencionan los artículos 23.5 de la ley 17.801. Por su parte, el artículo 23 regula: Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación. Exigiéndose por demás que el escribano que vaya a autorizar el instrumento tenga a la vista el título inscripto.

Respecto a los efectos de la «Certificación de reserva de prioridad» hay una nota que, a nuestro juicio, amerita especial atención y es que constituye una anotación preventiva que da origen al bloqueo registral de la finca. Así el artículo 25 textualmente recoge que: «Expedida una certificación de las comprendidas en los artículos anteriores, el Registro tomará nota en el folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de su vigencia más el del plazo que se refiere el artículo 5.º, sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho periodo hubiere despachado. Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien

requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado».

Esta fórmula registral imposibilita la práctica de cualquier otra anotación o inscripción posterior en el tiempo de un acto jurídico incompatible con el que ingresó primero al Registro. Tal cierre estará condicionado a la caducidad del plazo de la reserva (Cfr. 18), o sea el título quedará expectante a la caducidad del certificado de reserva para obtener la posición o rango registral.

Por otra parte, el sistema registral argentino posee una formulación muy peculiar respecto de la protección del tercero adquirente. En cuanto al establecimiento de fe pública registral se aleja del paradigma español del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El mismo se circunscribe, según lo regulado en el artículo 1051 de su Código Civil, a disponer que «todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable». Esta redacción ha condicionado diversas disquisiciones en la doctrina argentina: un sector considera tal protección se configura con la intervención del titular domínico ante un acto nulo, y otro considera que de esto suceder, se estaría ante un acto inexistente pero no necesariamente nulo. En resumen, la figura de la anotación está presente en la mecánica registral con funciones generalmente de bloqueo registral.

Así se regula en la Ley 17.801 del Registro de la Propiedad Inmueble, en el capítulo VI denominado «Registro de Anotaciones Personales», artículo 30, lo concerniente a las anotaciones practicadas en el Registro Inmobiliario.

Autores como ATILIO CORNEJO[8] tildan su nomenclatura de incorrecta, al respecto el mismo entiende que: «El Cap. VI de la ley 17.801 se titula «Registro de anotaciones personales», terminología que resulta criticable, pues el registro de anotaciones personales es aquel que se refiere a aspectos generales de las personas, como es el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En cambio, en el caso de la ley 17.801, se refiere a las personas en relación a sus bienes, por lo que conviene denominarlo Registro de anotaciones especiales.

Chile

La prioridad registral en Chile no cuenta con una formulación normativa clara que permita dilucidar cuáles son los efectos de tal principio en su ordenamiento hipotecario. Puede entenderse, no obstante, que el principio se manifiesta en alguna que otra medida a través de las anotaciones, las cuales no tienen el mismo carácter que en España. En el Reglamento del Registro Conservatorio (Cfr. arts. 15, 16 y 17), se regula la llamada anotación en el Repertorio, especie de Diario de Operaciones, donde se estipula que los títulos deben anotarse con

indicación de la fecha y hora de su presentación. A ello hay que sumarle el carácter constitutivo que tiene la inscripción en ese sistema donde además se inscribe la posesión, y por ende, no es posible el acceso de los títulos incompatibles.

Existen otros indicios del principio de prioridad sobre todo en lo que concierne al valor del rango, aunque está disperso en la normativa civil, como ejemplo el artículo 2477 y el artículo 1962.3 del Código Civil de Andrés BELLO. Esto se establece fundamentalmente para las hipotecas que se prefieren de acuerdo al orden de su inscripción así como la obligación de respetar el arriendo por los acreedores hipotecarios si el arrendamiento ha sido inscrito en el Registro antes que la inscripción hipotecaria. En este segundo supuesto se resuelve un tema de jerarquía entre los derechos personales y reales por un tema de interés del legislador de proteger a los arrendatarios.

Puerto Rico

Al igual que en Cuba la publicidad inmobiliaria en Puerto Rico comenzó a establecerse bajo el dominio del gobierno español con la Ley Hipotecaria española de 1861, la cual se nombró a poco tiempo de su promulgación «*Ley Hipotecaria para la Provincia de Puerto Rico*». De igual manera que en nuestro país se hizo efectiva en 1880 hasta que fue sustituida por la *Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar.*

Por el Tratado de París de 10 de diciembre de 1898, tratado de paz entre los Estados Unidos de América y el Reino de España, se finalizó el estado de guerra habido entre esos dos países. En el artículo II de este tratado, España cedió a Estados Unidos la Isla de Puerto Rico. Este cambio político de soberanía significó la instauración de dos sistemas jurídicos simultáneos. Entró en funciones un sistema capitalista en el orden financiero que provocó la necesidad de crear mayores seguridades para los terratenientes, industriales e inversionistas. De ahí que la fe pública registral, tan característica del sistema español, pasó a la convivencia obligada con el «seguro de título», figura de orden sajón que existía y existe en Estados Unidos para ofrecer garantía a los que adquirían bienes inmuebles o derecho reales[9].

La promulgación de la Ley núm. 198 del 8 de agosto de 1979 «Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de 1979» conservaría las bases de la doctrina española y con ella el principio de prioridad registral. Su estudio y tratamiento sobreviene en faro y guía a los efectos de complementar la actuación de los registradores cubanos en las actuales circunstancias, puesto que en la misma se enarbola un sistema registral cuyo antecedente común es la LH de Ultramar.

La prioridad registral en la Ley 198 es un principio que se configura indisolublemente ligado a la oponibilidad tanto es así, que aparecen regulados en el mismo precepto legal. Así el artículo 53 de la norma se refiere al mismo

tiempo a los títulos inscritos, efecto en cuanto a terceros; inscripciones con la misma fecha y determinación de preferencia.

Veamos su curioso diseño jurídico:

Los títulos inscritos surtirán efecto en cuanto a terceros desde la fecha de su inscripción. Se considerará como fecha de inscripción para todos los efectos que esta deba producir, aun para determinar el plazo necesario para la cancelación de asientos, la fecha de la presentación que deberá constar en la inscripción misma. Para determinar la preferencia entre dos (2) o más inscripciones relativas a una misma finca, se atenderá a la fecha, hora y número de la presentación en el Registro de los títulos respectivos. Este efecto material de la publicidad no es otro principio que el de oponibilidad, estructurado a partir del sincretismo de los artículos 17 y 24 de la LHE. La preferencia que anuncia el subtítulo del artículo 53 no es la preferencia que ordena el despacho de títulos compatibles por su fecha y hora de presentación, es la oponibilidad de lo inscripto frente a lo no inscripto que subsume la prioridad y que despliega todos sus efectos positivos e incluye la cesación de los mismos (cancelación) desde su presentación.

Aún más curiosas son las similitudes con la legislación argentina en materia de reserva de prioridad a la que dedican los artículos 54 y 55 donde se establece un procedimiento, requisitos de su solicitud y un plazo de su vigencia.

La legislación boricua regula la reserva de prioridad según estos preceptos para garantizar el acceso preferente de un contrato en gestación que afecte algún derecho ya inscripto, siempre y cuando, se acredite notarialmente el consentimiento de dichos titulares registrales.

El escrito de la solicitud deberá estar firmado y rubricado por el notario solicitante (Cfr. art. 54 Ley 198/79) y debe además contener las formalidades siguientes:

Primero. Nombre y dirección del notario solicitante.

Segundo. Nombre del titular del derecho objeto del contrato en gestación.

Tercero. Designación de las partes en el contrato a celebrarse.

Cuarto. Descripción adecuada del derecho y del inmueble sobre que recae y su identificación registral.

Quinto. La naturaleza, extensión y condiciones del derecho real que se va a inscribir.

Cumplidos estos requisitos para lograr la reserva de prioridad en el Registro se procederá de la siguiente manera según la letra del artículo 55: *El título con reserva de prioridad deberá otorgarse dentro del plazo de veinte (20) días a partir de la fecha en que se haya presentado la solicitud de reserva, y se presentará al Registro dentro de veinticinco (25) días a partir de la misma fecha. Cumplidos estos requisitos se entenderá como fecha de presentación del título la de la reserva de prioridad y con arreglo a esto se calificarán otros títulos*

que hayan podido presentarse con posterioridad a la reserva. El título deberá contener el número del asiento de presentación y el número del libro Diario de la solicitud de reserva. El registrador pondrá nota refiriendo la presentación del título al margen del asiento de presentación de la solicitud de reserva.

De otorgarse el título o de presentarse fuera de los plazos prescritos en esta sección, no podrá prevalerse de la reserva solicitada y se entenderá presentado en su fecha.

Finalmente el contrato en gestación deberá perfeccionarse en un plazo de caducidad de veinticinco días a partir de la solicitud, el cual no admite prórroga.

Lamentablemente con la Ley 216 de 27 de diciembre de 2010 «Ley para agilizar el Registro de la Propiedad se rompe con el sistema español de fe pública registral. Primeramente se dispone que los documentos presentados en el Registro de la Propiedad al 30 de abril de 2010 quedan inscritos (Cfr. art. 2)[10], o sea, se obvia la función calificadora del registrador en detrimento de viabilizar el acceso de los documentos, estableciendo más adelante que dichas inscripciones, se presumen correctas (Cfr. art. 7). Tal solución redunda en perjuicio del tercero hipotecario afectando la publicidad tanto en su aspecto positivo como en el negativo.

Perú

La prioridad en el Perú es el único principio al que el Código Civil dedica dos artículos. Empero, más que la prioridad registral de lo que parecen ocuparse ambos preceptos es de la oponibilidad. Quizás esta polémica fusión de principios quede de alguna manera salvada en la normativa especial. Veamos de inmediato por qué lo afirmamos.

El artículo 2016 del Código Civil peruano parece regular la denominada prioridad preferente o de rango: «La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro» y el artículo 2017 la prioridad excluyente o principio de impenetrabilidad: «No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior».

La prioridad preferente o de rango no es otra que la preferencia de los derechos del titular inscripto sobre los que pretendan acceder tomando como referente el momento en el que se inscriben los títulos en el Registro. Entonces más que prioridad de rango es oponiblidad, porque un derecho inscripto es oponible sobre otro, no preferente.

Según la Exposición de Motivos del Código Civil del Perú[11]: «Este artículo reconoce el Principio de Prioridad de Rango, que es la que se produce respecto de derechos sucesivamente inscritos, con posibilidad de concurrencia registral. En este caso, los derechos inscritos no se excluyen pero sí se jerarquizan en función de la antigüedad de su inscripción».

Nos parece que el legislador confundió el principio de prioridad con el de oponibilidad ya que supedita la prioridad a la inscripción y no a la presentación en el Diario. O sea, hay que esperar a que concluya el procedimiento registral de manera positiva para apreciar los efectos de la prioridad. En este sentido lo que logrará el derecho inscripto no sería una preferencia en base a su jerarquía sobre otros derechos, sino el efecto *erga omnes* que se deriva de la oponibilidad. Por lo que consideramos que el artículo 2016 al intentar regular la prioridad de rango no ha hecho otra cosa que establecer la oponibilidad.

Lo más conveniente hubiera sido señalar que existe preferencia desde la presentación del título por el Diario, entendiéndose por este momento —tal como lo señala el artículo 12.º del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos— al que inicia el procedimiento registral; es decir, habrá prioridad y, por lo tanto, preferencia en los derechos desde que se presenta el título, con la consiguiente extensión del asiento de presentación, hechos que configuran el inicio del procedimiento registral y no como señala el artículo 2016.º, desde la inscripción[12].

El numeral IX del propio Reglamento refuerza el criterio anteriormente señalado cuando expresa que «Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario».

En el artículo 2017 se prohíbe al Registrador inscribir un título incompatible con otro ya inscrito aunque sea de fecha anterior. La inscripción del primero más allá de determinar un cierre registral lo que refrenda es una oposición de lo inscripto sobre lo no inscripto. Continúa en este precepto la confusión con el de oponibilidad puesto que no se están discriminando incompatibilidades, sino oponiendo derechos a partir de la publicidad del Registro. De igual manera la polémica redacción de este principio queda esclarecida en el Reglamento de los registros Públicos, precisamente en el Numeral X*: «*No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igual o anterior fecha».

III. UN ANÁLISIS *LEGE DATA-LEGE FERENDA* DE LA PRIORIDAD REGISTRAL EN CUBA

¿Cuáles son los principios registrales que operan en el ordenamiento registral inmobiliario cubano?

Se cree que los principios registrales de la ley de 1893 nunca han sido formalmente suprimidos o derogados, que se mantienen de alguna manera vigentes.

A nuestro juicio, los principios que informan nuestro procedimiento registral no se identifican con los clásicos principios enarbolados en la LHU de 1893. Su interpretación dista del sentido que tuvieron en su primigenia noción. Por ello

al ocuparnos del principio de prioridad y su relación con los de oponibilidad, legitimación y fe pública debemos transitar como ya dijeron RIVERO VALDÉS y COBAS COBIELLA[13] por dos mundos paralelos.

El legislador cubano ideó una estructura jurídica publicitaria para bienes inmuebles enclaustrada en los moldes del derecho administrativo cuyo objetivo primordial fue controlar el patrimonio inmobiliario estatal a través del Registro de la Propiedad. Para ello, se optó por un sistema jurídico registral que presupone la preponderancia de propiedad estatal socialista sobre las otras formas de propiedad. O sea, las ventajas ofrecidas por los asientos registrales no se manifiestan con identidad de efectos entre la propiedad estatal y las demás formas de propiedad que coexisten con esta.

Si repasamos el procedimiento registral cubano, notaremos el interés del legislador en no asimilar en un mismo tratamiento normativo todas las formas de propiedad. Así, contamos dos procedimientos registrales perfectamente diferenciables: uno en la resolución 114/07[14] que dispone la inscripción de los inmuebles de propiedad personal y otras personas jurídicas no estatales y el otro en la resolución 226/12[15] que fija las normas y procedimientos establecidos a fin de garantizar la inscripción, actualización y control del Patrimonio Inmobiliario Estatal en el Registro de la Propiedad.

Esta segmentación de la publicidad inmobiliaria rebasa la existencia de dos procedimientos porque además se establecieron dos subsecciones dentro de la urbana y la rural, una para la propiedad personal… y otra para la propiedad estatal. Se utilizan dos diarios de radicación, llegándose incluso al sinsentido registral de abrir folio con finca correlativa para cada inmueble según su subsección. Aunque debemos aclarar que esto ocurre fundamentalmente en los Registros del occidente del país. Por tanto, el patrón cubano inmobiliario registral se aleja cada vez más en su esencia y funcionamiento del modelo español que le precedió.

Las consecuencias negativas que trae esta bifurcacación procedimental y la *sui generis* subsecciones fungen como antítesis del axioma romano *prius in tempore potior in jure*.

¿Acaso coexisten dos Registros de la Propiedad en uno?

Nos inclinamos a creer que la respuesta es afirmativa pues se ha autorizado a más de un Registrador por Registro con la particular intención de que exista un funcionario a cargo de cada subsección. De hecho coexisten dos diarios de radicación en fusión de la subsecciones antes expuestas[16]. Por eso, a nuestro juicio, con la promulgación de la resolución 226/12 hemos regresado a la descomposición injustificada de la publicidad inmobiliaria, óbice para la proliferación de la doble inmatriculación y de la disolución de la cadena de transmisiones. Esto se traduce en que el estado registral suele mutar en dependencia de quien sea su titular. Por ejemplo, de ocurrir una permuta entre (A) titular de una finca en régimen de propiedad personal y (B) entidad estatal titular de una finca propiedad estatal se procede de la siguiente manera: cierre de ambas fincas en sus

respectivas subsecciones debido al cambio de régimen jurídico o concepto en que se ostenta la finca y nueva apertura de folio con número de finca distinto en la subseccción a la que se traslada, siempre haciendo referencia de su procedencia.

Si a esto agregamos que además existe una subsección denominada «Manzanas Ordenadas» para reflejar la correspondencia de la realidad física con la registral luego de una reparcelación, nos toparemos con una situación sin lógica registral alguna que deja mucho que desear del diseño cubano de la organización del Registro.

¿Entonces cómo resolver el conflicto de la simultánea presentación de títulos incompatibles en dos diarios de radicación que operan en paralelo?

Es evidente que la prioridad registral en Cuba es de los principios que aún no logra cohesión en el ordenamiento inmobiliario registral. A más de dos decenios de reactivado el Registro de la Propiedad en nuestro país no puede determinarse con nitidez el alcance y los efectos de este principio.

Ha de señalarse en concordancia con lo anterior, la deformación que sufre el principio *prior in tempore, potior in iure*, que va desunido de la eficacia negativa publicitaria en el artículo 9.2 de la resolución 114/07: «El Registrador, durante el transcurso del procedimiento registral, y hasta su conclusión, no puede inscribir o radicar ningún otro título que resulte contradictorio con el asiento practicado». El precepto parece una síntesis torcida del artículo 17 de la LHU[17]. Primeramente, al sustituirse el vocablo anotar por radicar se desnaturaliza el efecto de preferencia de la prioridad registral: despacho de los títulos por un riguroso orden de presentación, atendiendo a la fecha y hora.

La negativa de inscripción o anotación es lo que debiera acontecer y solo temporalmente ante asientos contradictorios sobrevinientes[18]. Tal cierre registral actúa indiscriminadamente como mecanismo de exclusión de otras situaciones jurídico reales expectantes. Se obtiene así un injustificado sobredimensionamiento del rango, que provoca un cierre absoluto del Registro a partir de la sola presentación de un título. Más allá de una reserva de rango al estilo argentino, lo que obtiene es un bloqueo absoluto que prohíbe incluso la radicación (presentación) en el Diario de cualquier otro título posterior, compatible o no, por el solo hecho de una radicación previa. Es el establecimiento de una dictadura del rango, que no da cabida a orden consecutivo en la calificación de los títulos, sino que muta la máxima hipotecaria de «primero en tiempo, primero en derecho» por «primero en tiempo, único en derecho».

No obstante este bloqueo sin sentido tiene un plus negativo adicional y es la inscripción provisional. Asiento que se practica de oficio cuando se detecta en un título presentado un defecto subsanable y este no se subsana una vez transcurrido el tiempo del asiento de radicación. Veamos de inmediato de que hablamos.

Legalmente las inscripciones provisionales se definen como «asientos anticipatorios de una inscripción definitiva que provocan el cierre del Registro hasta tanto desaparezca la causa que la generó» (Cfr. art. 20.1 R-114/07). En este sentido se asemejan a las anotaciones preventivas que LACRUZ[19] deno-

mina «representativas de otro asiento». Ergo, las distingue de estas el hecho de que no son tomadas a petición del que alega un derecho real o de quien la Ley autoriza a subsanar algún defecto, sino que se practican de oficio por el Registrador ante la inactividad de quien no logra la inscripción.

El artículo 18 de la R-114/07 señala que la inscripción provisional tiene efectos limitados. Se advierte tácitamente que la protección brindada por este tipo de asiento no será de tercer grado, careciendo de vigencia plena el manto de la *fides publica,* la cual se desplegará en menor escala que en la inscripción definitiva. O sea, con su práctica solo podrá aspirarse a una protección limitada del derecho asentado, cuyos efectos interinos se manifiestan previos al pleno reconocimiento de una situación jurídica que la ley interesa proteger.

Ahora bien, ¿cuál es la *ratio* de esa protección? Generalmente se traduce en el enervamiento de la fe pública registral que conlleva a la eficacia negativa de publicidad, con el propósito de evitar la conformación del tercero hipotecario. Parece ser que en cierta medida, de eso trata la inscripción provisional contenida en la R-114/07, pues regula como único efecto (Cfr. art. 20), *el cierre registral a nuevas transmisiones de dominio hasta tanto se resuelvan las causas que dieron origen a la provisionalidad*. Pero lo cierto es que se opta por un cierre total del Registro que paraliza el tráfico inmobiliario sin dar pie a otra opción que hacer desaparecer la causa que engendró la provisionalidad. Es una medida que provoca la inoperancia registral durante un periodo indeterminado. Esto resulta pernicioso *in extremis* para la dialéctica del tráfico inmobiliario, pues se practica un asiento que imposibilita la transmisión del bien sin límite de tiempo, al supeditar su extinción a la desaparición de la causa que la engendró y sin establecer su cancelación por el transcurso del tiempo. Es preferible la fórmula de la anotación preventiva que da a conocer a terceros determinadas circunstancias de un derecho no inscrito que aspira a serlo y, por ende, podrá afectarle con carácter retroactivo. En consecuencia, tal tercero asumirá o no el riesgo de adquirir el bien anotado.

Esto no quiere decir que no se necesiten asientos cuyo cometido sea restringir la facultad de transmitir a través del cierre registral. Sin dudas, determinados supuestos fácticos demandan obstaculizar la práctica de asientos posteriores respecto de una finca anotada, como por ejemplo, la anotación preventiva de prohibición de enajenar y la de legado de cosa específica inmueble propia del testador. Lo anterior es recomendable en situaciones donde el derecho expectante absorbe en exclusiva la titularidad del inmueble, porque de no impedirse el acto traslativo, se frustraría la materialización del derecho.

Quizás lo más preocupante sea la permanencia del asiento sin término de tiempo o *provisionalidad sine die*[20], error que se viene arrastrando desde la promulgación de la R-249/05. Tanto en esta como en la R-114/07 se evidencia un retroceso con respecto a la prístina R-247/03 que acertadamente establecía un plazo de vigencia de cinco años contados a partir de la notificación al interesado, transcurridos los cuales caducaba el asiento y podía cancelarse[21].

La inscripción provisional, regulada ahora en la R-114/07, se manifiesta a la par de inscripción definitiva, puesto que abre folio con su número correlativo de finca y además actúa como recompensa de quien dejó transcurrir el tiempo sin subsanar el defecto.

La temporalidad es un elemento fundamental de todos aquellos asientos que configuren como provisionales. Su naturaleza es precisamente surtir efectos durante un tiempo, por lo que deben estar supeditados a un estricto régimen de extinción.

Por último, olvida la norma hacer alusión a la retroacción de efectos, en caso de que la inscripción provisional llegue a convertirse en definitiva. El silencio al respecto nada indica y no puede presumirse al estilo del artículo 28 de la LHU (similar al 24 de la LHE), el cual expresa que *se tomara como fecha de inscripción para todos los efectos que esta deba producir la fecha de presentación*; lo cual es aplicable también a las anotaciones preventivas. Pudiera tomarse, en nuestro caso, como referencia, la fecha del asiento de radicación.

IV. CONCLUSIONES

I. El axioma romano *prior tempore potior iure* es un principio que los ordenamientos registrales iberoamericanos han acogido para establecer preferencia o rango de unos derechos sobre otros, aunque esto ha ocurrido con ciertas adaptaciones propias de sus sistemas.

II. Sobresale dentro de los sistemas registrales iberoamericanos «la reserva de prioridad registral» formulado en la legislación registral de Argentina y de Puerto Rico cual garantía para las situaciones jurídicas expectantes que demandan protección registral.

III. El principio de prioridad registral en Cuba se manifiesta como mecanismo de exclusión de las situaciones jurídicas expectantes en un entorno donde la propiedad estatal goza de preponderancia sobre las demás formas de propiedad. Este principio actúa como cierre registral absoluto para los derechos posteriores que pretendan acceder a su registración, sean estos compatibles o no con el que ya se ha presentado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes doctrinales

ATILIO CORNEJO, Américo. (1994). *Derecho Registral*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

DE GRADO SANZ, Carmen. (2010). El principio de prioridad en el sistema en el sistema registral español. Madrid: Centro de Estudios Registrales. En: *Cuadernos*

del Seminario Carlos Hernández Crespo núm. 25, enero-marzo de 2010. Coord. por Fernández-Reyes, Ángel Valero.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). Derecho de Cosas y Derecho inmobiliario Registral. Madrid. En: *Sistema de Derecho Civil,* vol. III, Tecnos, sexta ed.

GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario y Registral*. (1999). Madrid. En: T. I, Ed. Civitas, Madrid, España.

GARCÍA HENRÍQUEZ, F. E., MARTÍNEZ BARREIRO, J., MARTÍNEZ LORENZ, Y. (2004). *Compendio de Disposiciones Legales sobre Nacionalización y Confiscación,* Ministerio de Justicia. La Habana.

GONZALES BARRÓN, G., *Derecho Registral y Notarial,* vol. I, Ed. Legales, cuarta ed., Perú, 2015.

LACRUZ BERDEJO, J. L y SANCHO REBULLIDA, F. (1984). *Elementos de Derecho civil*. Barcelona, T.III-2.º, Ed. Bosch.

Manual del Registrador. (2007).Versión 2. Cuba. Ed. MINJUS.

MARTÍNEZ ESCOBAR, M. (1958). *Las inscripciones*. La Habana. T. II, sexta ed., Ed. Jesús Montero.

MARTÍN ORTIZ PASCO, J. A., *et. al*. (2010). *Análisis doctrinario, legal y de Resoluciones del Tribunal Registral en los principios registrales*. San Martín de Porres: disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe. Consultado el 12 de enero de 2015.

PUENTE FONTANELLA, A. *La inscripción en el sistema Registral Inmobiliario Cubano*. (2005). Ed. MINJUS.

RAMÍREZ ORONDA, J. D. (2014).

ROCA SASTRE. (1998). Barcelona. En: *Derecho Hipotecario*. T. IV, Ed. Bosch, octava edición.

RODRÍGUEZ MONTERO, G. E. (2009). El régimen jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba, En: www.eumed.net, ed. electrónica, consultado el 4 de agosto de 2011.

RIVERO VALDÉS, O. y COBAS COBIELLA, M.ª E. (2008). *Mundos Paralelos: El Registro de la Propiedad de Cuba tras 10 años de experimentos*. Valencia: En XVI Congreso Internacional de Derecho Registral.

SALAS MARRERO, O. (1991). *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*. Madrid. T. VI, vol. II-B, Ed. Castalia. Madrid.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. (1994). *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia Coord.; López y López, A. M. —Montés Penadés, V. L. En: Ed. Tirant lo Blanch.

VILLARES PICÓ, M. Anotaciones Preventivas. (1968). España. En: *RCDI*.

Fuentes Legales

Constitución de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba,* Extraordinaria, No. 3, del 31 de enero de 2003, Cuba. Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, Real Decreto de 24 de julio de 1889, mandada a publicar en *Gaceta de Madrid* de 25 de julio de 1889 en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo, España. Decreto-ley núm. 214 de 24 de noviembre de 2000. Constitu-

ción de Hipotecas sobre Bienes Inmuebles, Cuba. Decreto-ley núm. 185 de fecha 28 de mayo de 1998, modificativo de la Ley núm. 65, Ley General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988, Cuba, Decreto-ley núm. 322/2014 de 5 de septiembre de 2014, modificativo de la Ley General de la Vivienda, Cuba. Real Decreto de 18 de julio de 1893, extensivo a Cuba por disposición de 14 de septiembre del mismo año, Gacts del 8 al 20, Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria de Ultramar, Ministerio de Justicia, Vedado, La Habana, Cuba. Colección Jurídica, año 2000, Real Decreto de 26 de mayo de 1893, Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893, Ministerio de Justicia, Vedado, La Habana, Cuba, Colección Jurídica, año 1999. Resolución núm. 114/2007 de 3 de julio de 2007 de la Ministra de Justicia, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba, resolución núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 247/2003 de 3 de octubre de 2003 del Ministro de Justicia, Normas para la Inscripción de los Inmuebles, Títulos y Derechos Reales en Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 249/2005 de 7 de octubre de 2005 del Ministro de Justicia, Normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 270/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Cuba. Resolución núm. 342/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Procedimiento para la Actualización de los Títulos de Propiedad y su Inscripción en el Registro de la Propiedad, Cuba.

NOTAS

[1] GARCÍA GARCÍA, J. M. *cit*., por DE GRADO SANZ, Carmen. (2010). *El principio de prioridad en el sistema en el sistema registral español*. Madrid: Centro de Estudios Registrales. En: *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo* núm. 25 de enero-marzo de 2010. Coord. por FERNÁNDEZ-REYES, Ángel Valero, p. 1.

[2] ROCA SASTRE. (1998). *Fundamentos de la publicidad registral inmobiliaria*. Barcelona: Bosch. En: Derecho Hipotecario. T. II, octava edición, p. 1.

[3] *Idem*.

[4] GONZALES BARRÓN, Gunther. (2015). *Derecho Registral y Notarial,* vol. I, Ed. Legales, cuarta ed., Perú, p. 730.

[5] Se exceptúa el derecho real de hipoteca, cuya inscripción es requisito indispensable para su constitución, *Vid*. artículo 145.2 LHU en relación con el Decreto-ley 214/2000, (en *Gaceta Oficial Extraordinaria*, núm. 9, de 29 de noviembre de 2000), Decreto-ley 289/11 artículo 14 inciso b), (en *Gaceta Oficial Extraordinaria,* núm. 40, de 21 de noviembre de 2011).

[6] DE GRADO SANZ, Carmen. *ob*. *cit*., p. 10.

[7] …de conformidad con lo establecido por los artículos 24 y 25 de la misma Ley Hipotecaria, a los efectos de determinar la prioridad registral ha de atenderse, no a la fecha del título, sino a la fecha del correspondiente asiento de presentación —que es la fecha de la inscripción para todos los efectos— y a la hora de presentación en el Registro del título respectivo. Sentencia STS 4087/2013 - ECLI: ES: TS: 2013:4087, casación vista ante la sala primera, sección civil del Tribunal Supremo de España.

[8] *Vid*. ATILIO CORNEJO, Américo. (1994). *Derecho Registral*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 89.

[9] CASTILLO DE COLORADO, D. (2003). *Conferencia en la Antigua Guatemala. Encuentro Iberoamericano sobre Sistemas Registrales,* p. 1, *in fine*.

[10] Artículo 2. Documentos a los que aplica esta Ley. Todos los documentos presentados en el Registro de la Propiedad al 30 de abril de 2010 quedan inscritos, excepto los que se enumeran a continuación:

a) Documentos que comprendan segregaciones de fincas.

b) Documentos que comprendan agrupaciones de fincas.

c) Documentos que comprendan agregaciones de fincas.

d) Documentos que comprendan expropiaciones.

e) Documentos que comprendan expedientes de dominio.

f) Documentos en los cuales se rectifica la cabida o se describe un remanente.

g) Documentos constitutivos de Régimen de Propiedad Horizontal.

h) Documentos posteriores que surjan de los negocios jurídicos mencionados en los incisos (a) al (g) de este artículo, así como los documentos presentados con posterioridad a la vigencia de esta Ley.

i) Documentos notificados, caducados o en proceso de recalificación.

[11] Comisión Revisora del Código Civil del Perú. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil - Registros Públicos, p. 17.

[12] MARTÍN ORTIZ PASCO, J. A, *et. al*. (2010). *Análisis doctrinario, legal y de Resoluciones del Tribunal Registral en los principios registrales*. San Martín de Porres: disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Analisis_Doctrinario_Derecho_Registral.pdf. Consultado el 12 de enero de 2015, p. 10.

[13] *Cfr.* RIVERO VALDÉS, Orlando y COBAS COBIELLA, M.ª E. (2008). *Mundos Paralelos: El Registro de la Propiedad de Cuba tras 10 años de experimentos*. Valencia: En XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, p. 5.

[14] modificada luego por la 270/11 y por la 342/11.

[15] Hacer referencia a otras resoluciones como el Acuerdo de inmuebles que le antecedieron.

[16] En todos los Registros de la Propiedad se habilitarán y utilizarán a la vez 2 (dos) Libros Diarios de Radicación; 1 (uno) para los inmuebles pertenecientes a las personas naturales y otras personas jurídicas no estatales, y 1 (uno) para los inmuebles estatales. En ambos casos, no importa la sección a la que pertenezcan los inmuebles. Indicaciones metodológicas de 15 de octubre de 2012 emitidas por la Dirección de los Registros de la Propiedad, Mercantil y del Patrimonio.

[17] Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si solo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento.

[18] En la R-114/2007 se establecía en el artículo 9.1 un plazo de 60 días hábiles para el asiento de radicación el cual fue reducido en la R-270/2011 «TERCERO: Radicada la solicitud de inscripción, el Registrador califica bajo su responsabilidad, los aspectos formales, la validez y eficacia delos actos contenidos en el título. Si el título cumple todos los requisitos de forma y contenido, se practica la inscripción en el plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la radicación».

«El Registrador, excepcionalmente, cuando requiera corroborar la legalidad del título, dispondrá de un plazo adicional de hasta treinta (30) días hábiles posteriores, para solicitar documentos a la Dirección Municipal de la Vivienda, al notario, o verificar cualquier circunstancia del título presentado, de lo que deja constancia en el libro de radicación».

[19] LACRUZ BERDEJO, J. L y SANCHO REBULLIDA, F. A. (1984). *Elementos de derecho Civil*. Barcelona: Bosch, T. III, segunda edición, pp. 218 y sigs.

[20] Término acuñado por RIVERO VALDÉS, O. y COBAS COBIELLA, M.ª E. en *Mundos Paralelos…*

[21] Artículo 26. Una vez practicada la inscripción provisional, se consigna dicho carácter en el título, adjuntando nota expresiva de los motivos que la determinaron y la advertencia de que deben ser subsanados dentro del plazo de 5 años contados a partir de la notificación al interesado, transcurrido el cual, el Registrador cancela de oficio dicha inscripción.

(Trabajo recibido el 25-5-2015 y aceptado para su publicación el 18-6-2015)

Las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés: *Fixed charge* y *Floating charge:* su constitución y publicidad registral

Non-possessory security interests in English law: Fixed and Floating charge: attachment and perfection

por

MARÍA SERRANO FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN: En una situación de crisis inmobiliaria, el capital financiero adquiere una importancia cada vez mayor; sin embargo, en el Derecho español existe una inadecuación entre la concesión de créditos y los tipos de garantías en el tráfico de bienes muebles. Por ello, parece necesario buscar fórmulas flexibles de garantías mobiliarias que superaran los inconvenientes de los derechos clásicos, especialmente de los no posesorios. Los deudores necesitan los bienes para la explotación de su empresa y que ciertos activos dados en garantía, como los instrumentos financieros, mercancías o materias primas sean enajenables o transformables sin que la garantía desaparezca. En este contexto, recurrir al Derecho comparado y conocer la experiencia de otros países constituye un paso indispensable para madurar las soluciones más idóneas respecto

a nuestras circunstancias. Este trabajo de investigación se centra en el Derecho inglés; concretamente en el *charge,* el cual puede revestir dos modalidades: *fixed charge y floating charge*. Este último tipo se caracteriza porque puede recaer sobre bienes presentes y futuros, tangibles e intangibles, sin exigir un acto expreso de sometimiento a la garantía ya constituida cuando se adquieren nuevos bienes. Además, permite que el deudor pueda disponer de sus bienes en el ordinario curso de sus negocios, de forma que el adquirente los reciba libres de gravamen. La flexibilidad de esta fórmula creemos que justifica el estudio que ahora abordamos, el cual se va a centrar en los requisitos necesarios para constituir el *charge* y en el sistema de publicidad establecido para este tipo de gravamen.

ABSTRACT: In a situation of real estate crisis, the financial capital acquires increasing importance. However, in Spanish law there is an inadequacy between the granting of credits and the types of security interests in the traffic of movables. Therefore, it seems necessary to find flexible formulas that overcome the drawbacks of the classic security interests, especially non possessory. Debtors need goods for the exploitation of their company and certain active give as a guarantee, as financial instruments, goods or commodities be disposal or transformable without the guarantee disappears. In this context, resort to comparative law and the experience of other countries was an essential step to mature the most suitable solutions regarding our circumstances. This research article focuses on English law; specifically on the charge, which may take two forms: fixed charge and floating charge. The last form is characterized because it can fall to present and future, tangible and intangible, goods without requiring express act of submission to the security already lodged when new assets are acquired. It is also allows that the debtor disposes assets in the ordinary course of business, in such a way that the purchaser received them free of charge. The flexibility of this form we believe that it justifies this study, which is going to focus on the requirements necessary to attachment and perfection the charge.

PALABRAS CLAVES: Derecho inglés. Garantía flotante. Cristalización. Publicidad.

KEY WORDS: English law. Floating charge. Crystallisation. Perfection.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. *THE FLOATING CHARGE:* 1. UNA APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL *CHARGE*. 2. TIPOS DE *CHARGE: FIXED CHARGE* Y *FLOATING CHARGE*. 3. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL *FLOATING CHARGE*. 4. CRISTALIZACION DEL *FLOATING CHARGE*.—III. CREACIÓN DEL *CHARGE*.—IV PU-

BLICIDAD DEL DERECHO DE GARANTÍA: 1. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN *PERFECTION*. 2. *CHARGES* CREADOS POR COMPAÑÍAS (*COMPANIES ACT 2006, SECTION 859 A): A) Introducción. B) Régimen jurídico:* a) *Charges* que han de ser objeto de registro. b) Sujeto que tiene la obligación de practicar la inscripción en el Registro. c) Plazo de inscripción. d) Datos que constan en la inscripción. e) Rectificación de la inscripción. f) Efectos de la inscripción. g). Efectos derivados de la falta de inscripción. 3. *CHARGES* OTORGADOS POR DEUDORES QUE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE COMPAÑÍAS: *THE BILL OF SALE ACTS 1878* Y *THE BILL SALES ACT 1882:* REQUISITOS DE FORMA Y REQUISITOS DE PERFECCIÓN: *A) Introducción: concepto de* bill of sale. *B) Requisitos de forma para la constitución de* security bills. *C) Requisito de perfección para dotar de publicidad* a bill of sale given by way of security for the payment money.—V. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—JURISPRUDENCIA.

I. PLANTEAMIENTO

El estudio de los dos principales tipos de garantías reales en el Derecho español parte de una distinción fundamental en función de la categoría de bienes sobre los que recaen; así, la hipoteca inmobiliaria recae sobre bienes inmuebles y la prenda sobre bienes muebles. Sin pretender lógicamente llevar a cabo un estudio de estas figuras, si cabe afirmar que las características que configuran estos dos tipos de garantías reales son sustancialmente distintas. Como es sabido, en la hipoteca inmobiliaria el bien continúa en posesión del deudor cumpliendo la inscripción en el Registro de la Propiedad la esencial publicidad frente a terceros. Por el contrario la prenda, que puede constituirse sobre todos los bienes muebles susceptibles de posesión, conlleva como elemento esencial el traspaso posesorio de la cosa gravada al deudor o a un tercero[1]. La prenda excluye además el pacto comisorio, pues el acreedor no puede disponer, ni apropiarse de la cosa gravada.

Precisamente, esta privación del bien pignorado que sufre el deudor y que constituye un elemento esencial de la prenda, determina su inadecuación a las necesidades del tráfico. Como se ha puesto de manifiesto[2], en sede de análisis económico, la figura clásica de la prenda con desplazamiento implica una respuesta muy poco eficiente. Por una parte, el depósito del bien genera unos costes de almacenamiento y conservación que no se ven acompañados por la posibilidad de que el acreedor pueda disfrutar económicamente del bien, al no ser su propietario. Por otra parte, la desposesión que sufre el deudor impide que pueda destinar el objeto gravado al proceso productivo; dicho de otro modo, no podrá utilizar como garantía las materias primas, su maquinaria, o las mercancías o, de hacerlo, se verá privado del instrumento esencial para obtener el beneficio que le permita satisfacer el crédito y liberar el bien pignorado[3].

Ello explica que la prenda convencional tenga un ámbito de aplicación muy limitado en el tráfico crediticio; solo en aquellos casos en los que el deudor puede renunciar a la posesión inmediata de los bienes, y además esta no resulte un problema para el acreedor; tal sería el caso de joyas y otros objetos preciosos.

Esta inadecuación de la prenda a las necesidades del tráfico provocó la aparición de otras figuras, como la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento de la posesión, que nacen directamente con la finalidad de superar las limitaciones de la prenda[4]. Sin embargo, de nuevo nos encontramos ante figuras de alcance limitado; así mientras la prenda convencional se extiende a todos los bienes muebles susceptibles de posesión, la hipoteca mobiliaria únicamente puede constituirse sobre aquellos enumerados en el artículo 12 LHMPSD[5]. De igual modo, solo pueden constituirse prendas sin desplazamiento sobre los bienes contemplados en los artículos 52 a 54 de la citada ley[6].

Este panorama contrasta con las necesidades impuestas por el actual tráfico económico, caracterizado por el importante papel que juega el capital financiero. Es más, en estos momentos en que la crisis inmobiliaria está presente en buena parte de los países europeos, la apuesta por bienes muebles como objeto de garantía se revela como una opción inteligente[7]. Ahora bien, el crédito financiero solo puede funcionar con un sistema de responsabilidad eficiente que determine claramente cómo responderán los deudores con su capital mobiliario el cual ha adquirido una relevancia económica, al menos, similar a la del capital inmobiliario. Por ello, parece necesario una adecuación entre concesión de créditos y tipos de garantía en el tráfico de bienes muebles.

Dicha situación no es exclusiva de nuestro país; así, en Francia, se constituyó un grupo de trabajo para reflexionar sobre una reforma global del derecho de garantías. El resultado fue la aprobación de la Ley 2007-2012 de 20 de febrero de 2007, en la que el derecho de prenda ha experimentado una profunda transformación[8]. De igual modo, también en el ordenamiento italiano se hizo evidente que la figura de la prenda se había vuelto ineficaz debido al requisito de la desposesión y de la inmovilización de los bienes gravados, lo cual resultaba contrario a toda razón económica. Se afirma que el actual derecho de los negocios impone operaciones de financiación cada vez más complejas y determina la necesidad de garantías que tengan la idoneidad de extenderse más allá del vínculo originario; de comprender y asegurar, en una operación económica, todas las relaciones que puedan instaurarse entre un banco y su cliente; de mantener inalterado la eficacia del vínculo aún en el caso de modificaciones materiales de los objetos de las garantías. El aspecto más significativo del actual sistema italiano de garantías reales se refiere, precisamente, a la posibilidad de construir una forma de garantía rotativa o flotante incluso a partir de un acto de autonomía privada[9].

Todo ello nos invitó a reflexionar sobre la necesidad de que también nuestro ordenamiento jurídico buscara fórmulas flexibles de garantías mobiliarias que superaran los inconvenientes de los derechos de garantías clásicos, especialmente

de los no posesorios[10]. Los deudores necesitan los bienes para la explotación de su empresa; de igual modo se requiere que ciertos activos dados en garantía, como los instrumentos financieros, mercancías o materias primas sean enajenables o transformables sin que la garantía desaparezca. Las actividades económicas de financiación, fabricación y comercialización deben ser compatibles con la conservación de la garantía[11].

En este contexto, recurrir al Derecho comparado y conocer la experiencia de otros ordenamientos en materia de garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión que hayan demostrado su adecuación a las necesidades del mercado y que se encuentren respaldados por sólidas construcciones jurídicas, constituye un paso indispensable para madurar las soluciones más idóneas respecto a nuestras circunstancias[12].

Pues bien, en esa búsqueda nuestra mirada se ha dirigido al Derecho inglés y al estudio de sus tipos de garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión, tratando de encontrar una figura susceptible de tener una amplia aplicación. Es cierto que en el ámbito del Derecho comparado el *common law* es presentado como *el otro derecho* en el sentido de que, especialmente en el ámbito del derecho de cosas, difiere notablemente del *civil law*. Sin embargo y aunque es cierto que existen diferencias importantes entre ambas tradiciones jurídicas lo es también que, en un gran número de casos, los problemas son comunes y que el conocimiento de este ordenamiento jurídico puede ofrecer soluciones válidas para el Derecho español.

En tal sentido, el esquema al que responden los derechos reales de garantía o *security interests* es el mismo en el *civil law* y en el *common law*. En ambos casos se trata de derechos que se constituyen con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación; fundamentalmente la entrega de una suma de dinero. Se trata igualmente de derechos accesorios; por tanto, si la obligación se cumple puntualmente, el derecho de garantía se extingue. Pero si el deudor incumple su obligación, el acreedor puede vender el bien dado en garantía y cobrar el crédito. Ahora bien, como es sabido el Derecho inglés goza de la singularidad de tener un doble sistema legal: *the common law and equitable rules*[13].

Precisamente, una de las más importantes contribuciones de la *equity* en el ámbito del Derecho de propiedad fue la relativa a la admisión de nuevos tipos de derechos reales de garantía sobre bienes muebles. Así, en lo relativo a los tipos de garantía que podían constituirse sobre bienes muebles, el *common law* solo reconocía tres tipos de *security interests*: *mortgage, pledge and common law liens*. Es decir, la hipoteca, la prenda y el derecho de retención. Las dos primeras formas de garantía nacen por acuerdo de las partes; por el contrario, el *lien* surge por decisión de la ley en determinados supuestos.

Sin embargo, todos estos derechos de garantía se basaban en la entrega de la propiedad de la cosa al acreedor *(mortgage)* o su posesión (*pledge y lien*). Desde estos planteamientos, la decisiva contribución de la *equity* en este campo

fue la creación de derechos reales de garantía que no exigían la cesión de la propiedad o posesión de la cosa al acreedor y que, al configurarlos como *security interests*, tenían eficacia contra terceros. Además, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor podía vender la cosa y cobrarse con preferencia al resto de los acreedores. Estos nuevos derechos recibieron el nombre de *equitable charges*. Sin duda, esta modalidad de garantía conllevó indudables ventajas para ambas partes de la relación crediticia. En primer lugar, el derecho de crédito gozaba de una fuerte protección en caso de insolvencia del deudor, de forma que si este no pagaba su deuda, el acreedor podía hacer efectivo su derecho contra el bien asegurado con preferencia al resto de los acreedores. Desde el punto de vista del deudor, este conservaba tanto la propiedad como la posesión del bien, de modo que podía seguir utilizando la cosa, salvo que incumpliera su obligación de pago[14].

Sin embargo, como señala PENNINGTON (1960, 630) llegó un momento en que incluso esta modalidad de garantía resultó insuficiente. En efecto, en el siglo XIX el desarrollo comercial e industrial había alcanzado tal grado de expansión que se convirtió en una necesidad constante para las compañías la obtención de capital, a fin de poder llevar a cabo empresas tales como la construcción de la línea de ferrocarril o el canal de Panamá. Las formas tradicionales de garantía no se adecuaban a las necesidades de las empresas por diversos motivos. En primer lugar, porque la mayor parte de los activos estaban representados por materias primas, mercancías o maquinarias; estos bienes estaban en constante cambio y eran sustituidos por otros. En ese momento el *common law* solo permitía gravar bienes que ya se encontraban en el patrimonio del deudor y que estaban identificados; en consecuencia, el prestamista que quería extender su derecho sobre los nuevos bienes adquiridos, en sustitución de los que habían sido dados en su momento en garantía, exigía un nuevo acuerdo de las partes. En segundo lugar, la imposibilidad del deudor de poder disponer de los bienes gravados constituía un serio obstáculo para poder continuar con su actividad empresarial, pues era imposible que el deudor se viera en la necesidad de pedir autorización al acreedor cada vez que necesitaba enajenar mercancías.

Por ello, el trafico económico necesitaba contar con un tipo de garantía que presentara dos elementos básicos: El primero de ellos era que pudiera recaer sobre bienes presente y futuros, sin necesidad de que cuando el deudor adquiriera un nuevo bien fuera necesario un acto expreso de sometimiento de dicho bien a la garantía ya constituida; el segundo, que el acuerdo permitiera al deudor disponer de sus bienes en el ordinario curso de sus negocios, de forma que el adquirente los recibiera libre de gravamen. Dicha situación debía mantenerse hasta que el deudor decidiera cesar en su actividad empresarial, o bien ocurriera un suceso que amenazara la seguridad del crédito, de forma que el acreedor pudiera exigir que su derecho se concretara en bienes determinados y cesara el poder de disposición del deudor. La respuesta a dichas exigencias fue

el *floating charge* que tiene su origen exclusivamente en la equidad y que ha sido calificado como: *a futher manifestation of the English genius for harnessing the most abstract conception to the service of commerce*[15].

En relación con esta forma de garantía, GOODE (1996, 193) que es probablemente el mayor especialista en materia de *security interests*, afirma que la posibilidad de obtener crédito está condicionada a que las normas que regulan los derechos de garantías cumplan las siguientes exigencias:

1.º Admitir que los deudores retengan la posesión de los bienes tangibles, tales como maquinaria, materias primas o bienes manufacturados, sin los cuales es inviable cualquier actividad comercial.

2.º Permitir que los tipos de garantías mobiliarias graven bienes intangibles (créditos, derechos de la propiedad intelectual, patentes, etc.) que con frecuencia representan una parte importante del activo de cualquier empresa.

3.º Permitir que puedan ser gravados bienes que actualmente no están en el patrimonio del deudor (*future property*). La razón es que el destino fundamental de la mayor parte de los bienes muebles de la empresa (dinero en efectivo, materias primas, créditos, bienes fabricados) es circular en el tráfico; en efecto, el dinero se utiliza para comprar materias primas, que se convierten en bienes manufacturados, los cuales a su vez se venden obteniendo de este modo créditos que, cuando se cobran, se convierten en dinero en efectivo que se utiliza para comprar nuevas materias primas y así sucesivamente. El régimen jurídico de los derechos de garantía debe tener presente las exigencias de circulación de este tipo de bienes, los cuales por su propia naturaleza desaparecen del patrimonio de la empresa para ser sustituidos por otros y así sin límite de tiempo.

4.º Admitir la posibilidad de que puedan ser gravados todos los bienes de la empresa, o una o varias categorías de bienes, sin necesidad de una determinación individualizada de cada una de ellos.

5.º El derecho de garantía debe permitir al deudor garantizar tanto deudas actuales, como futuras deudas.

6.º Proporcionar un mecanismo legal que permita, por un lado, garantizar el pago del crédito con los bienes que están en constante circulación pero, al mismo tiempo, conceder al deudor un poder de disposición sobre estos a fin de que pueda enajenarlos en el *ordinario curso de sus negocios*, transmitiéndoselos a terceros sin carga alguna.

7.º Por último, establecer instrumentos que impidan que el primer prestamista tenga un absoluto monopolio sobre todos los bienes del deudor en caso de impago del crédito.

Todos estos objetivos se consiguen con un tipo de garantía denominada *floating charge*[16]; ello nos parece que justifica suficientemente el presente estudio, ofreciendo soluciones técnicas que sean capaz de responder a los problemas sociales vigentes.

No obstante, antes de concluir esta introducción es preciso hacer algunas puntualizaciones sobre el objeto de nuestra investigación. Excedería las pretensiones de este trabajo llevar a cabo un estudio completo del régimen jurídico de esta forma de garantía, así como de su posible adecuación a los principios que inspiran el sistema de garantías reales en el Derecho español. Por ello, nuestro estudio se va a centrar en los requisitos necesarios para constituir el *floating charge* y en el sistema de publicidad establecido para este tipo de gravamen.

La razón que justifica que acotemos el estudio de esta forma de garantía mobiliaria sin desplazamiento de la posesión a dichos extremos, reside en el hecho de que uno de los principales problemas que plantean estas modalidades de garantía, en las que el deudor conserva la posesión de la cosa, es la existencia de un sistema de publicidad eficiente que contrarreste los efectos negativos que para la seguridad del tráfico provoca la ausencia de desplazamiento de la posesión del bien[17].

Sin duda, la forma más perfecta de publicidad es la registral pues permite conocer de un modo seguro y reglado a todo tercero: sea potencial adquirente/subadquirente, o sea un potencial tercero acreedor de ese mismo deudor, la extensión completa del gravamen constituido sobre la cosa gravada. En consecuencia, la función de la publicidad en el registro de cargas es básicamente la de constituir un instrumento o medio legal de oponibilidad a terceros de las situaciones publicadas. Ahora bien, dentro de dicho sistema es posible que la inscripción sea constitutiva respecto de ciertos gravámenes o que tenga efectos meramente declarativos. Como es sabido, en el Derecho español se exige la inscripción registral como condición de oponibilidad de la garantía frente a terceros (art. 41.3 LHMPSP).

De igual modo, el Derecho inglés fue consciente de que, en el ámbito de las garantías mobiliarias, si la cosa permanece en posesión del deudor el problema que se plantea es que terceras personas desconocen que dicho bien mueble está gravado con un derecho real de garantía, lo cual puede crear una falsa apariencia de solvencia económica. Por ello, como veremos el *floating charge* debe ser objeto de inscripción en un registro público a fin de que sea eficaz frente a terceros, si bien con algunas diferencias respecto a nuestro sistema registral.

En definitiva, aun cuando existen importantes diferencias entre el Derecho español y el Derecho inglés, y dada la escasa bibliografía sobre el tema, esperamos que un estudio comparativo sobre las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés reavive el debate sobre la necesidad de modernizar nuestro derecho de garantías, en la línea adoptada por otros países de nuestro entorno.

II. *THE FLOATING CHARGE*

1. Una aproximación a la figura del *charge*

El ordenamiento inglés conoce dos tipos de derechos reales de garantía sobre bienes muebles que no conllevan desplazamiento de la posesión *(non-possessory security interests)*. Como ya ha quedado expuesto, la principal ventaja de estas formas de garantías respecto de aquellas que exigen como elemento constitutivo la entrega del bien sujeto a la garantía al acreedor o a un tercero, es que el deudor puede seguir conservando la posesión del bien y, con ello, la posibilidad de obtener los recursos suficientes a fin de hacer frente al pago de la obligación garantizada.

El primero de estos derechos es la hipoteca sobre bienes muebles o *chattel mortgage* que puede tener un origen legal o surgir de la equidad (*legal mortgage or equitable mortage*). El segundo es el *charge,* susceptible de gravar bienes inmuebles o muebles. En el primer caso, la carga puede tener su origen en la equidad o en el c*ommon law*; sin embargo, cuando esta modalidad de gravamen recae sobre la propiedad personal[18], su origen es siempre en equidad[19].

El *charge* es un derecho real de garantía que surge por acuerdo entre el acreedor (*chargee*) y el deudor (*chargor*) en virtud de cual un bien concreto, o una categoría de bienes quedan sujeto a la satisfacción de un derecho de crédito sin que eso conlleve la transmisión de la propiedad o posesión del bien. El deudor conserva pues la propiedad aunque se le impone una limitación a su derecho en forma de carga o gravamen. En caso de incumplimiento de la deuda, el acreedor ostenta el derecho de reclamar la posesión de la cosa, proceder a su venta y cobrar la deuda pendiente con el producto obtenido[20].

2. Tipos de *charge: fixed charge* y *floating charge*

El *fixed charge* es aquella modalidad de gravamen caracterizado porque el bien queda sujeto directa e inmediatamente al cumplimiento de la obligación garantizada; el deudor carece de poder de disposición sobre el bien, de forma que si lo enajena a un tercero en contra de esta prohibición, este adquiere el bien gravado salvo que acredite que es un comprador de buena fe, que ignoraba la existencia del gravamen.

Por el contrario, el *floating charge* se caracteriza porque, en un primer momento, no quedan sujetos bienes concretos del deudor, sino el conjunto de bienes del que este es propietario. El deudor tiene además poder de disposición para enajenar los bienes *en ordinario curso de los negocios,* si bien sujeto a los límites establecidos en el acuerdo de constitución. Esta libertad de disponer de los bienes gravados permanece hasta el momento de la cristalización, que

determina la conversión del *floating charge* en *fixed charge*, de forma que el poder del acreedor recae ya sobre bienes concretos. Las partes pueden prever en el contrato los acontecimientos que van a provocar la cristalización del *floating charge*; sin embargo, y al margen de lo pactado, este fenómeno siempre tiene lugar cuando el deudor cesa en su actividad empresarial voluntariamente, o bien es declarado insolvente. Como se ha dicho, el *floating charge* permite al deudor ofrecer en garantía bienes que no van a permanecer en su patrimonio, sino que serán enajenados y reemplazados por otro; al mismo tiempo, la concesión de dicho poder de disposición le permite continuar con su actividad empresarial hasta el momento de la cristalización[21].

3. Elementos configuradores del *floating charge*

La delimitación de los elementos que caracterizan a esta modalidad de garantía ha sido obra de la jurisprudencia[22].

En primer lugar, se afirma que el *floating charge* es un derecho de garantía y no meramente un acuerdo entre las partes de crear una garantía cuando se produzca el/los acontecimientos que produzcan la cristalización del *charge*[23].

En segundo lugar, los bienes sobre los cuales se crea el *floating charge* son generalmente definidos como *undertaking* de una sociedad; la garantía recae pues sobre bienes indeterminados y oportunamente sustituibles *from time to time* por el constituyente, de modo que admite que el deudor pueda seguir utilizando libremente el objeto de la garantía, evitando así la paralización de su empresa, hasta el momento en que se extinga el crédito o se produzca la cristalización; por otra parte, el acreedor puede agredir, cuando se produzca la cristalización, ulteriores bienes que sucesivamente hubieran entrado a formar parte del *undertaking*[24]. Sin embargo, dicho elemento no es esencial y la garantía puede gravar solo una parte de los bienes del deudor.

En tercer lugar, el deudor posee la facultad de disponer de los bienes gravados en el ordinario curso de sus negocios. Este es el elemento que se considera fundamental para determinar la existencia de esta modalidad de *charge*. En el caso *Re Spectrum Plus*[25] se afirma que *this is the hallmark of a floating charge and distinguished it from a fixed charge*. No obstante, es posible que dicha libertad no sea absoluta. En tal sentido, es admisible que el acreedor pueda establecer ciertas restricciones al poder de disposición del deudor con el objetivo de proteger sus intereses. Así, es frecuente que en los términos del acuerdo se incluya la cláusula denominada *negative pledge* en virtud de la cual el deudor se compromete a no crear otro derecho de garantía que tenga prioridad sobre el *floating charge* constituido.

Por último, podríamos señalar que característico de esta figura es la diferenciación de dos fases o momentos: antes y después de la cristalización. En el

periodo que va desde la constitución del derecho de garantía hasta que se produce la cristalización, el derecho no grava bienes individualizados y, por tanto, el acreedor carece de poder sobre bienes concretos, de forma que el deudor puede disponer de dichos bienes como si no estuvieran gravados. La dificultad de explicar la configuración de este derecho del deudor generó un importante debate en la doctrina inglesa. Así, mientras algunos autores negaban la existencia de un verdadero derecho real afirmando que el acreedor solo tenía un derecho de origen contractual[26], otros defendieron que el derecho que ostentaba el acreedor era de igual naturaleza al de *fixed charge,* si bien acompañado de una licencia del acreedor a fin de que el deudor pudiera disponer de los bienes[27]. Una tercera tesis sostiene que el acreedor ostenta un derecho sobre a *fund of assets*[28]. Esta teoría afirma que la noción de *fund* es distinta de cada uno de los bienes que lo integran. El contenido del *fund* cambia constantemente cuando los bienes salen del patrimonio y son sustituidos por nuevos bienes, si bien la identidad del *fund* permanece inamovible[29].

En definitiva, el *floating charge* es un verdadero derecho de garantía; sin embargo, hasta la cristalización no existe ningún bien de la compañía expresamente afecto al cumplimiento de la obligación; por tanto, el deudor tiene libertad para disponer de cualquier bien en la medida que así lo exija el ordinario curso de sus empresas.

La segunda fase comienza con la cristalización, la cual convierte el *floating charge* en *fixed charge*. A partir de ese momento, el poder del acreedor recae sobre bienes concretos, y cesa el poder de disposición del deudor.

4. Cristalización del *floating charge*[30]

Como se ha apuntado, una de las notas características de este tipo de garantía es que el deudor puede disponer de sus bienes en el ordinario curso de sus negocios y el acreedor debe abstenerse de cualquier acto que pueda interferir en esos poderes. La cristalización fija el límite temporal a partir del cual el deudor pierde dicha facultad; este fenómeno no exige una nueva inscripción en el Registro ya que no conlleva la creación de una nueva garantía; en un sentido estricto podría decirse que dicho derecho pierde su carácter «flotante» y se concreta en una serie de bienes específicos. La cesación en ese poder de disposición se produce por alguna de las causas previstas en la ley o en el acuerdo de las partes, y ningún tercero puede determinar que eventos determinan la cristalización.

En principio, es posible agrupar las causas que originan la cristalización del *floating charge* en tres grandes categorías[31]. La primera tiene lugar cuando el deudor cesa en su actividad comercial. En estos supuestos la cristalización se produce por ministerio de la ley; esta primera categoría puede, a su vez,

subdividirse en dos supuestos. El primero sucede cuando la empresa entra en liquidación *(winding up*), mientras que el segundo comprende aquellos casos en los que la compañía decide poner fin a su actividad empresarial, sin que ello se deba a una situación de iliquidez. En el caso de *winding up* tanto si ello es decidido por los socios, como si es por orden judicial, el resultado será siempre la cristalización. El principal problema que esta causa plantea a la doctrina es el momento a partir del cual se produce la conversión del *floating charge* en *fixed charge*. Al respecto, se considera que esta se produce en el momento de la presentación de la petición de liquidación[32].

Como ya se ha dicho, el segundo supuesto comprende los casos en los cuales el deudor decide cesar en su actividad empresarial, sin que sea necesario que ello se deba a una situación de insolvencia. No obstante, la doctrina[33] incluye además otros sucesos que no conllevan la cesación de la actividad empresarial (*events not denoting cessation o trading*) y por tanto en sentido estricto no producen la cristalización, salvo previsión expresa de las partes en ese sentido; como ejemplos de tales supuestos se citan la transferencia de poderes de decisión del *management* de la compañía a otro sujeto; el hecho de que sea designado un *receiver.* Siendo la función específica de estas figuras la de mantener con vida a la empresa, es preciso determinar los efectos que su nombramiento producen sobre la garantía constituida. Pues bien, su nombramiento por parte del Tribunal conlleva una limitación de los poderes del *debenture holder* sobre los *assets* garantizados; así no puede iniciar la liquidación de la compañía; no puede solicitar la ejecución de los bienes del deudor y todos los procedimientos en curso son suspendidos[34].

La segunda categoría abarca todos los casos en los que se produce una intervención del acreedor, titular del crédito, que priva al deudor de su poder de disposición. Para que en esta hipótesis se produzca la cristalización del *floating charge* han de concurrir una serie de requisitos: 1.º Es preciso que dicha intervención se lleve a cabo con la intención expresa de convertir un *floating charge* en *fixed charge*. 2.º Es necesario que dicha circunstancia haya sido prevista expresa o implícitamente en el acuerdo de las partes. 3.º Dicha intervención debe privar a la compañía del control de sus bienes.

Entre los supuestos más frecuentes de intervención del acreedor, a fin de tener el control sobre los bienes gravados, se citan la petición de obtención de la posesión sobre uno o varios de los bienes que integran el patrimonio del deudor, de modo que este deja de tener el control sobre dichos *assets*; la emisión por parte del tribunal de una orden a fin de que sea conferida la posesión de los bienes al titular del crédito, o que estos sean enajenados; en ambos casos es necesario que la orden sea efectivamente emitida, sin que sea suficiente con que se inicie el procedimiento.

No obstante, el supuesto más habitual de intervención del acreedor que priva al deudor de su poder de disposición sobre los bienes es el nombramiento de

un *administrative receiver*, el cual se ocupa de la gestión y administración de los bienes del deudor. El acreedor que procede a su designación debe esperar a que el crédito sea exigible; además debe observar las formalidades previstas en el acuerdo por el cual se ha creado el *floating charge* tales como, por ejemplo, la necesidad de una previa intimación de cumplimiento de la obligación[35].

No existe unanimidad en la doctrina acerca de los efectos del nombramiento del *administrative receiver* en relación con la cristalización; así algunos autores consideran que para obtener la cristalización es necesario además del nombramiento la toma de posesión de los bienes del deudor[36]; otros sostienen que la cristalización se produce en el mismo momento de su designación, sin que sea preciso que este adquiera la posesión efectiva de los bienes o que dicho nombramiento sea notificado a la otra parte[37].

Por último, el tercer grupo de sucesos que producen la cristalización comprendería todas aquellas cláusulas que las partes han establecido en el contrato constitutivo de la garantía. En dicho acuerdo, no solo se especifican las causas de cristalización, sino también el sistema por el cual se genera esta situación: cristalización *by notice* o *automatic cristalización*. En el primer caso, el acreedor debe comunicar al deudor la cristalización del *floating charge* al producirse los eventos previstos, o incluso discrecionalmente. Por el contrario, en la segunda hipótesis, el acreedor no necesita llevar a cabo ningún tipo de actividad para que se produzca la cristalización.

III. CREACIÓN DEL *CHARGE*

El *charge* tiene siempre un origen consensual. Esta modalidad de garantía puede crearse fácilmente; el deudor simplemente acuerda con el acreedor que determinados bienes queden gravados a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación dineraria u otra modalidad de obligación[38]. El núcleo de dicha acuerdo (*attachment*) es el punto relativo a la exigibilidad: el bien gravado queda sujeto al cumplimiento de la obligación, concediendo al acreedor un poder sobre la cosa frente al deudor. No obstante, es preciso advertir que no basta el mero acuerdo de las partes para crear el *charge*, sino que dicho pacto tiene que cumplir los siguientes requisitos[39]:

1. Intención de las partes de crear un derecho real de garantía. Dicho acuerdo debe ser válido y exigible, y no será obligatorio a menos que incluya una *consideration*[40] y cumpla, en su caso, con todas las formalidades necesarias. En consecuencia, el primer requisito exigible para que surja el derecho es que resulte evidente la intención de los sujetos; en la práctica, los tribunales interpretan el acuerdo de las partes como un paso previo e imprescindible a la calificación del derecho creado[41]. Como señala GULLIFER (2013, 65) *the*

essential point is that there must be an agreement for security. Ahora bien, el interrogante que se plantea es si puede el mero acuerdo hacer surgir el derecho de garantía. La respuesta es que, de acuerdo con las reglas del *common law*, ello no es posible. La creación de un derecho real requiere que la completa transmisión se consolide bien mediante escritura, bien mediante la entrega de la posesión, excepto cuando se refiere a la venta de determinadas mercaderías a las que se denominan *potencial property*, como sería el caso de los cultivos. Salvo en dicho caso, el mero acuerdo constituye una obligación, no un derecho real[42]. No obstante, las reglas de la equidad han suavizado dichas exigencias admitiendo que el acuerdo producirá el efecto de crear un derecho de garantía cuando existe la intención evidente de las partes y la *consideration* se ha cumplido; mientras tanto, el derecho permanece incompleto.

2. Bienes determinados o determinables. La razón por la que se exige que los bienes sujetos al gravamen estén identificados es obvia: ambas partes deben conocer qué bienes concretos están sujetos a dicha garantía. En esta modalidad de garantía, y a diferencia de la prenda que no puede recaer sobre bienes intangibles, el *charge* puede gravar todo tipo de bienes: tangible e intangibles tales como los derechos de propiedad intelectual, licencias, depósitos bancarios, letras de cambio, pólizas de seguro, derechos de suscripción preferente y en general cualquier bien que tenga las cualidades de *identificable y transmisible*; en tal sentido, las reglas de identificación son las mismas que se aplican en caso de celebración de un contrato de compraventa. A pesar de lo dicho, determinadas categorías de bienes están excluidos de la posibilidad de ser objeto de garantía real por distintas razones[43].

Sin embargo, no se requiere que los bienes estén absolutamente determinados, basta que sean *determinables* sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes: así el deudor puede constituir un *charge* sobre todos sus bienes, o todos sus futuros derechos de créditos. De forma similar a lo que sucede en el Derecho español, el cumplimiento de este requisito varía en función de la categoría de bienes de que se trate[44].

Desde otro punto de vista, el charge puede recaer sobre bienes que se encuentran ya en el patrimonio del deudor (*property already owned by the debtor*), o bienes futuros que aún no han ingresado en su patrimonio *(property not yet owned by the debtor*). Sin embargo, dicho posibilidad no siempre existió; en el sistema del *common law* el acuerdo para crear un derecho real de garantía sobre bienes futuros no surtía efectos hasta que el deudor no era propietario de estos. Por tanto, una vez que el deudor había adquirido dichos bienes, era necesario un nuevo acuerdo de las partes a fin de que el bien quedara afecto a dicha garantía; dicha limitación suponía un serio inconveniente, pues el acreedor podía ignorar el momento exacto en el que el deudor había adquirido el bien, o incluso, el deudor podía ser declarado en una situación de insolvencia antes de que el acreedor hubiera tenido la oportunidad de exigir del deudor el posterior

acuerdo que hacía efectivo el nacimiento del *charge*; como señala GULLIFER, L. (2013, 73): *Fortunately, equity came to the rescue*.

En el caso de *Holroyd v. Marshall*[45] los hechos versaban sobre el gravamen constituido sobre la maquinaria de un molino; en el momento de constitución de la hipoteca se pactó no solo que el deudor conservara la posesión de dichos bienes, sino además la posibilidad de sustituirlos por otra maquinaria nueva. La cuestión que se planteó ante los tribunales fue si la nueva maquinaria adquirida por el deudor en sustitución de la antigua, así como cualquier otra maquinaria adicional que existiera en el molino, quedaba sujeta al cumplimiento de la obligación garantizada desde el momento en que fuera adquirida por el deudor, sin necesidad de un nuevo y específico acto de transmisión. De darse una respuesta afirmativa, el acreedor tendría prioridad sobre la demanda de cualquier otro acreedor en caso de ejecución de los bienes del deudor; en caso contrario, dichos bienes podían ser objeto de ejecución por otros acreedores[46]. En este caso el tribunal dio la razón al acreedor hipotecante. Por ello, aunque la posibilidad de constituir derechos de garantía sobre bienes futuros ya había sido admitida por los tribunales, la importancia de este caso residió en que el más alto tribunal concedió a los acreedores el poder de garantizar sus créditos con los bienes presentes y futuros de los deudores[47].

La cuestión que se plantea entonces la doctrina inglesa es en qué momento concreto adquiere el acreedor un derecho sobre el bien futuro. Al respecto, parece evidente que el derecho de garantía no nacerá hasta que el bien o el conjunto de bienes no hayan sido adquiridos por el deudor, ya que hasta ese momento el acreedor no es titular de un derecho real (no existe aún un bien o bienes que puedan ser gravados); por otra parte, en el caso *Holroyd v. Marshall* se puso de manifiesto que, a menos que expresamente se hubiera pactado otra cosa, la mera adquisición es suficiente sin necesidad de ningún otro acuerdo posterior[48]. La doctrina considera que en estos casos el acreedor tiene algo más que un puro derecho personal. Se ha constituido un derecho real de garantía «incompleto» a la espera de que el bien sea adquirido por el deudor. Cuando el suceso se produce, los efectos del *charge* se retrotraen al momento en que se llegó al correspondiente acuerdo, de modo que el deudor adquiere la cosa ya con la carga[49]. Dicha solución conlleva dos importantes consecuencias: a efectos de inscripción del *charge* en el correspondiente registro la fecha a tener en cuenta será la de creación del acuerdo, no la de adquisición del bien. En segundo lugar, esa misma fecha será la relevante a efectos de determinar la prioridad de dicho gravamen sobre otros de fecha posterior.

3. Que el deudor ostente algún derecho sobre el bien. El tercer requisito que se exige para la válida constitución del contrato que dar lugar al nacimiento del *charge* es que el deudor ha de ostentar algún derecho sobre el bien de tal naturaleza que le permita gravarlo con esta modalidad de garantía. En términos generales, el deudor no concede garantías sobre bienes de otros, aunque existen

excepciones a dicha regla, tanto establecidas por el *common law* (por ejemplo, cuando el propietario del bien ha concedido al deudor un poder de disposición sobre la cosa) como por los *statutes* (cuando el deudor es un agente mercantil). Como ya se ha dicho, cuando se trata de bienes que aún no están en el patrimonio del deudor, el derecho real de garantía no surge hasta que el deudor no adquiere efectivamente la cosa, quedando la constitución de dicho derecho en una situación que pudiéramos calificar de «incompleta»[50].

A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, no es imprescindible que el constituyente del derecho sea propietario del bien que queda sujeto al gravamen; al respecto se admite a *possessory interest*[51], como el que ostenta el arrendatario del bien.

4. Existencia actual de una obligación. Como todo derecho accesorio, este derecho real exige la existencia de una obligación. La extinción de esta provoca la del derecho de garantía. Ello no significa que la obligación garantizada tenga que surgir de forma coetánea al derecho real de garantía, pues es posible garantizar deudas ya existentes.

5. Conditional securities. Si en el contrato se han incluido determinadas condiciones que deben ser cumplidas antes de que el acuerdo produzca efectos, entonces el derecho real no nacerá hasta el cumplimiento de estas. Sin embargo, como advierte GULLIFER (2013, 69 y 72), ello no significa que las partes de mutuo acuerdo puedan condicionar el nacimiento del derecho al cumplimiento de cualquier condición; al contrario, si las partes eligen lo que se denomina «*a mere contingency*», entendiendo por tal un suceso que puede ocurrir o no, entonces el acuerdo no dará lugar al nacimiento de un derechos real, sino que estaríamos ante un mero contrato[52]. A excepción de que la condición sea simplemente que el deudor adquiera un derecho en la cosa gravada, pues en este caso la eficacia del acuerdo se retrotrae al momento de su creación. La regla es diferente si se acuerda que el acuerdo producirá efecto a partir de una determinada fecha o después de un periodo de tiempo o cualquier otro futuro acontecimiento que es seguro que se va a producir[53]; pues este supuesto que nosotros denominaríamos término inicial o final, si produce el nacimiento de derecho.

IV. PUBLICIDAD DEL DERECHO DE GARANTÍA

1. Significado de la expresión *Perfection*

Cuando se han cumplido todos los requisitos expuestos, el contrato en virtud del cual se constituye el *charge* queda perfeccionado; como ya se ha dicho, su principal consecuencia es que los bienes gravados quedan sujetos al cumplimiento de la obligación garantizada. Ahora bien, en el derecho de garantía objeto de nuestro estudio, el deudor sigue conservando la posesión de la cosa,

la cual además puede ser un bien intangible[54]. Esta situación puede conllevar que la existencia de dicho acuerdo sea desconocida por terceras personas que en el futuro puedan pretender tener algún derecho sobre los bienes gravados, o por acreedores ordinarios del deudor que ha constituido la garantía. En consecuencia, la constitución del derecho real de garantía solo será eficaz frente a terceros en la medida en que esté dotado de publicidad. Dicha publicidad recibe en el Derecho inglés el nombre de *perfección*[55] y los requisitos a través del cual se obtiene dependerán del tipo de derecho real de garantía que se constituya[56].

En términos generales, la finalidad fundamental de la publicidad será dar a conocer a terceros la existencia de dicho gravamen; de este modo, como tendremos ocasión de analizar más detenidamente, si el gravamen no se inscribe en el plazo establecido, entonces será ineficaz frente a las garantías que se hayan constituido con posterioridad; similar protección gozan los acreedores no garantizados en caso de insolvencia de la empresa[57].

De modo similar a lo que sucede en el Derecho español, dicha publicidad se logra mediante la inscripción en un registro público. Si el *charge* es creado por una compañía el registro es *The Company Charges Register*; cuando la garantía se constituye por cualquier otro sujeto que no tenga la cualidad de empresario el *charge* debe inscribirse en el *Bill of Sale Act Register*. Respecto a la normativa aplicable, los requisitos exigidos para dar publicidad a los *charges* creados por compañías se encuentran regulados en *The Companies Act 2006*[58]. En concreto, era la sección 860 la que contenía dicha regulación. Pero la reforma aprobada en abril del año 2013 ha sustituido dicha normativa por la prevista en la sección 859. Por su parte, los *charges* creados por aquellos sujetos que no tienen la consideración de compañías están sujetos a *The Bills of Sale Acts* de 1878-1891.

Por último, es preciso señalar que cuando los bienes dados en garantía son barcos, aeronaves o derechos de propiedad intelectual existe una normativa específica para inscribir los derechos de garantía constituidos sobre dichos bienes. Se trata, sin embargo, de una inscripción adicional que no excluye la obligación de inscribir el derecho en los registros ya citados, salvo que la que respectiva ley prevea expresamente lo contrario[59].

Será por tanto necesario dividir el estudio de la publicidad de este derecho en dos grandes apartados en función de quién sea el deudor que otorga el derecho de garantía.

2. *Charges* creados por compañías (*Companies Act 2006*, section 859 A)

A) Introducción

Como ya se ha dicho, esta materia fue reformada en el año 2013 (*The Companies Act 2006, Amendment of Part 25, Regulations 2013*)[60]; la nueva

regulación se aplica a todos los *charges* creados con posterioridad al 6 de abril de ese mismo año. Las principales novedades introducidas por dicha norma fueron las siguientes[61]:

1.º En lo relativo a su ámbito de aplicación, la nueva ley introdujo un importante cambio. En la legislación anterior los *charges* creados por compañías que tenían su sede en Escocia estaban sometidos a su propia legislación; la reforma suprimió dicha regla, de forma que desde el año 2013 la normativa que regula el procedimiento de inscripción se aplica a todos los *charges* creados por compañías que tengan su sede en cualquier lugar del Reino Unido, aunque el gravamen se haya constituido fuera del Reino Unido o los bienes gravados se encuentren fuera de dicho territorio. Los *charges* creados por compañías extranjeras no son objeto de inscripción en *The Company Charge Register,* sino que están sometidos al régimen jurídico previsto en *Overseas Companies (Execution of Documents and Registration of Charges) (Amendment) Regulation 2011*.

2.º Se establece como principio general que todos *charges* creados por compañías deben ser objeto de registro, salvo los casos expresamente exceptuados[62]. El planteamiento adoptado por el legislador antes de la reforma de 2013 era el opuesto: *The Companies Act, 2006* sección 860 establecía un listado de *charges* que debían ser objeto de inscripción en el Registro[63]. Esta nueva técnica ha sido muy favorablemente acogida por la doctrina, en la medida que ha eliminado las dudas que existían con anterioridad relativas a la existencia de la obligación o no de registrar determinados *charges* que no aparecían claramente incluidos en la enumeración legal.

3.º Se suprime la sanción de multa impuesta en la anterior legislación[64] cuando se incumplía el requisito de la inscripción.

4.º Por último, se establece la posibilidad de que el procedimiento de inscripción se lleve a cabo electrónicamente.

B) Régimen jurídico

a) *Charges* que han de ser objeto de Registro

Según hemos apuntado, una de las novedades de la reforma llevada a cabo en el año 2003, fue la sustitución del método empleado por el legislador a la hora de determinar que gravámenes debían ser objeto de registro; la actual sección 859 dispone, con carácter general, que «dicha sección es aplicable a todos los *charges*[65] creados por una compañía. Sin embargo y a pesar de dicha declaración general, hay determinados supuestos que no necesitan ser objeto de inscripción, o cuya inscripción está sujeta a una regulación especial. Dichos supuestos son los siguientes:

— Gravamen constituido en favor de un propietario por el depósito en efectivo dado como garantía de las obligaciones contraídas por un inquilino[66].
— Derechos de garantía que se producen por ministerio de la ley los cuales, en su mayoría, son supuestos de derecho de retención.
— Derechos sobre garantías financieras[67].
— Gravámenes constituidos en favor del Banco de Inglaterra o de otro banco central[68].
— Derechos reales de garantía en los que el titular ostenta la posesión del bien[69].

b) Sujeto que tiene la obligación de practicar la inscripción en el Registro

La responsabilidad de enviar la documentación necesaria para llevar a cabo la inscripción recae sobre el *chargot*; es decir, el deudor que constituye el charge. Sin embargo, la inscripción puede llevarla a cabo tanto el *chargot* como cualquier persona interesada; usualmente el acreedor garantizado (*chargee*)[70]. Es requisito imprescindible que la documentación requerida se presente dentro del plazo previsto, en cuyo caso, el registrador está obligado a practicar la correspondiente inscripción.

c) Plazo de inscripción

Como regla general, la ley establece un plazo de veintiún días desde la creación del *charge*[71], salvo en aquellos supuestos en los que el día inicial comienza a computarse a partir de una fecha distinta (s. 859 E)[72]. No obstante, la ley admite la posibilidad de que el tribunal conceda un plazo superior al de veintiún días siempre que:

— La falta de entrega de los documentos dentro del plazo previsto fuera accidental, o se debiera a un error, o esté fundada en otra causa suficiente y la ampliación del plazo no cause perjuicio a otros acreedores o a los accionistas de la compañía.
— Exista una causa justa y equitativa que permita la ampliación del plazo.

d) Datos que constan en la inscripción

Una de las novedades que introduce la ley es que los datos que han de constar en la inscripción pueden ser introducidos electrónicamente, siempre que la inscripción se practique dentro del plazo de veintiún días que señala la ley. A tenor de lo dispuesto en la sección 859.A D), dichos datos son los siguientes:

— El día de creación del gravamen. Si el gravamen recae sobre bienes que son ya propiedad de la compañía, el día de adquisición de dichos bienes.
— Identificación de los sujetos: deudor o *chargor* y acreedor titular del derecho real de garantía o *chargee*.
— El tipo de *charge*: *fixed o floating charge*.
— La cantidad asegurada.
— Identificación de los bienes gravados.
— Mención expresa de si el *charge* incluye *negative pledge clause*. Con dicho nombre se alude a la cláusula en virtud de la cual la compañía se compromete a no crear otro *charge* que pueda tener prioridad sobre el que se ha constituido[73].

e) Rectificación de la inscripción

La ley concede a la autoridad judicial la facultad de rectificar la inscripción en aquellos casos en los que se ha producido una omisión de datos, una declaración errónea o cualquier otro defecto, (s. 859 M) o la sustitución *the instrument*[74] *or debenture*. Ello exige que se den las mismas circunstancias previstas en la sección 859 E para ampliar el plazo de veintiún días previsto para la inscripción; esto es: bien que la inexactitud de la inscripción tenga su origen en una causa accidental, se debiera a un error o esté fundada en otra causa suficiente y la ampliación del plazo no cause perjuicio a otros acreedores o a los accionistas de la compañía, o bien que exista una causa justa y equitativa que justifique la ampliación del plazo.

f) Efectos de la inscripción[75]

Una vez inscrito el gravamen se emite un certificado que debe contener un código de referencia asignado al *charge;* dicho código es único. Dicho certificado es firmado por el registrador y constituye una prueba conclusiva de que los documentos exigidos para la inscripción fueron entregados dentro del periodo permitido. Con anterioridad a la reforma, la propia oficina del registrador comprobaba la concordancia entre los datos inscritos y el documento donde constaba el acuerdo, de forma que el certificado garantizaba la certeza de los datos; lógicamente, ello resultaba muy beneficioso para los terceros que consultaban el Registro. En el nuevo régimen, el registrador no efectúa dicha comprobación, si bien los propios interesados que consultan el registro pueden contrastar la concordancia entre ambos documentos[76].

g) Efectos derivados de la falta de inscripción[77]

Si las partes interesadas no llevan a cabo la inscripción del gravamen en el plazo de los veintiún días previstos a contar desde su creación, o dentro de la ampliación concedida por los tribunales, *The Companies Act 2006, section 859 H* declara que el *charge* es considerado nulo, e ineficaz frente al liquidador, el administrador y, en general, frente a cualquier acreedor de la compañía. Es decir, el acreedor garantizado no goza del derecho de separar el bien gravado a fin de proceder a su venta y satisfacer su derecho de crédito con preferencia a otros acreedores. Sin embargo, la obligación asegurada conserva su validez, la cual será además inmediatamente exigible[78]. Igualmente, ya se ha dicho que la nueva ley introdujo una modificación en este ámbito respecto de su predecesora, de forma que la falta de inscripción no es ahora objeto de una sanción pecuniaria[79].

Los efectos que se derivan de la no inscripción del *charge* son calificados por la doctrina como *partial voidness*. En primer lugar, porque solo la eficacia *erga omne*s del gravamen es lo que queda ineficaz, no la obligación garantizada que sigue siendo eficaz entre las partes. En segundo lugar, porque el gravamen resulta ineficaz frente a las personas mencionadas en el precepto: el liquidador, el administrador y cualquier otro acreedor de la compañía. Veamos con más detalle cada uno de estos supuestos.

Respecto del liquidador, este puede solicitar si lo estima conveniente una declaración en la que conste que el gravamen es inválido. La declaración de ineficacia del gravamen significa, en última instancia, que el liquidador puede disponer de los bienes que debieran haber quedado sujetos al gravamen a fin de satisfacer los créditos de otros acreedores. Un acreedor no garantizado no ostenta la posibilidad de solicitar la declaración de ineficacia del gravamen; sin embargo, puede requerir al liquidador a fin de que impugne la eficacia del gravamen debido a su falta de inscripción.

La ineficacia respecto del administrador conlleva que este, actuando en nombre de la compañía deudora, puede comportarse como si los bienes no hubieran sido gravados.

Sin embargo, respecto a acreedores no garantizados, estos no resultan afectados por el gravamen en el caso de que insten la ejecución de los bienes del deudor[80].

3. *Charges* otorgados por deudores que no tienen la consideración de compañías: *The Bill of Sale Act 1878* y *The Bill Sales Act 1882:* Requisitos de forma y requisitos de perfección

A) Introducción: concepto de bill of sale

The Bill of Sale Act, *1878* (en adelante *The Act, 1878*[81]) y *The Bill of Sale Act (1878) Amendment Act 1882* (en adelante *The Act, 1882*[82]) se aplican a los

derechos de garantía otorgados por personas físicas o por personas jurídicas que no tienen la consideración de compañías[83]. Es decir, todos aquellos casos que caen fuera del ámbito de aplicación de *The Companies Act 2006*.

En una primera aproximación cabe señalar que queda sujeta a las disposiciones de *The Act, 1878* toda *bill of sale* en virtud de la cual el propietario o el cesionario tiene el poder adquirir la posesión, o de sujetar los bienes muebles descritos en el documento[84]. Prescindiendo del amplísimo concepto que da el legislador inglés, esencialmente *bill of sale* es aquel documento en virtud del cual se confiere al comprador o al acreedor un poder directo sobre la cosa; por tanto, no es simplemente un documento que refleje el mero acuerdo celebrado entre las partes[85].

Dentro de la noción de *bill of sale* se incluye dos modalidades: los denominados *absolute bills* en virtud del cual se transmite la plena propiedad del bien[86] y *the security bills* que se otorgan a fin de garantizar el pago de una deuda. Ahora bien, *The Act, 1878* limita su ámbito de aplicación a aquellos documentos en virtud de los cuales se llevan a cabo actos de transmisión o gravamen que se refieran exclusivamente a *personal chattel*, lo cual incluye goods, muebles y objetos que pueden ser transmitidos por medio de la entrega; se excluye, pues, los derechos sobre bienes inmuebles excepto accesorios y cultivos cuando puedan ser transmitidos y gravados separadamente del inmueble[87].

En relación a los bienes futuros, durante la vigencia de *The Act, 1854* no era posible celebrar acuerdos que tuvieran por objeto la constitución de garantías sobre bienes futuros en la medida que dicha norma exigía que dichos bienes hubieran sido completamente entregados por el vendedor. Dicho planteamiento se modifica en *The Act, 1878* que parece admitir dicha posibilidad[88]. Sin embargo, lo cierto es que la sección 5 *The Act, 1882* sanciona con la nulidad, excepto frente al otorgante del acto, aquellos supuestos en los que los bienes muebles descritos en el documento no son propiedad del otorgante en el momento de la firma del escrito. Por otro lado, en el caso de bienes futuros que no han sido descritos específicamente en el documento, la sanción impuesta por el legislador es aún mayor, pues el documento es declarado nulo, incluso frente al otorgante del acto por incumplimiento de los requisitos de formas exigidos en el texto legal[89]. No obstante, existen excepciones a dicha regla general.

1. Cultivos vendidos o gravados de forma separada al bien inmueble, cuando esos cultivos ya existían en el momento en que el documento fue suscrito.
2. Cualquier bien mueble accesorio, plantas o maquinarias siempre que hayan sido transmitidos o gravados de forma separada al terrero, fábrica, tienda, casa o cualquier otro lugar del que estuvieran separadas, así como los citados bienes (accesorios, plantas o maquinarias) adquiridos en sustitución de los descritos en el documento[90].

Por otra parte, los contratantes pueden prever en el propio documento que suscriban la posibilidad de que los bienes descritos puedan ser reemplazados en el caso de que los originales hayan sufrido un daño o desgaste por el paso del tiempo.

B) Requisitos de forma para la constitución de security bills

Ambas leyes establecen las reglas relativas a los requisitos de forma y de perfección exigibles a las transacciones, o a las garantías otorgadas por escrito que estén dentro de su ámbito de aplicación. Ahora bien, es preciso señalar que dicha legislación centra su atención en el documento en sí —*bill of sale*— no en el acto de transmisión[91]; de este modo, cabría admitir la posibilidad de eludir dicha normativa constituyendo un derecho de garantía (*mortgage or charge)* en equidad sobre bienes muebles mediante un acuerdo oral; es verdad, que ello conllevaría un riesgo para el acreedor; sin embargo, en opinión de BEALE (2012, 430) dicho riesgo sería menor que el que supondría que el acuerdo fuera declarado nulo por no cumplir los requisitos legales, dada la complejidad de ambos texto legales[92].

Llegados a este punto es importante señalar que *The Act, 1882* no debe entenderse como una mera reforma de la anterior. Al contrario, como pone de manifiesto la doctrina, ambas normas difieren en lo relativo a los supuestos objeto de regulación. Así, mientras la primera se aplica a *absolute bills and security bills* cualquiera que sea la naturaleza de la obligación garantizada, *The Act, 1882* limita su ámbito de aplicación a los documentos otorgados a fin de asegurar el pago de obligaciones dinerarias (*bill of sale given by way of security for the payment money*).

Los requisitos de forma y publicidad exigidos en el caso de *absolute bills* están regulados en la *The Act, 1878;* mientras que cuando se trata de garantizar obligaciones dinerarias hemos de tener presente la regulación de 1882. Al respecto, mientras los requisitos de forma son sustancialmente diferentes en uno y otro, sin embargo los exigidos para dotar de publicidad al documento son bastante similares. Dado que el objeto de nuestra investigación es el estudio del régimen jurídico de los *charge* que recaen sobre bienes muebles, en el presente apartado limitaremos nuestro estudio a los requisitos de forma de los denominados «*security bills*», mientras que en el punto siguiente abordaremos el análisis de los requisitos exigidos para dotar de publicidad a dichos documentos.

The Act, 1882 regula establece estrictos requisitos de forma; las consecuencias derivadas del incumplimiento son distintas en función del requisito omitido.

El documento, en forma de anexo o en el propio texto, debe contener un inventario de todos los bienes muebles a los que afecta el acto, el cual solo

será eficaz respecto de los *personal chattel* específicamente descritos. El documento será declarado nulo, excepto frente al cedente y respecto a aquellos bienes muebles no incluidos en el documento. En la práctica, es frecuente que el documento no contenga una relación detallada de los objetos incluidos, a fin de evitar dicha declaración de nulidad (*The Act, 1882* section 4).

El documento debe de estar suscrito por las partes y por uno o más testigos creíble (que no hayan sido parte en el acto). En caso contrario, el documento es nulo respecto de los bienes muebles comprendidos en él (section 10).

El documento debe hacer referencia a la causa (*consideration*) por el que se otorgó el acto. El incumplimiento de este requisito conlleva la nulidad del documento (*The Act, 1882* section 8 *in fine*).

El documento debe contener todos los requisitos exigidos en el texto legal[93]; en caso contrario el documente será íntegramente nulo incluso frente al cedente. El acreedor no puede instar la ejecución para exigir el pago de la suma garantizada ni de los intereses, aunque si posee una acción personal para exigir la restitución del principal junto con unos intereses razonables.

La exigencia de que los bienes muebles estén descritos específicamente en el documento evita que bienes que aún no pertenecen al deudor estén afectos a la garantía. La finalidad, acorde con el objetivo de la ley, es evitar que los deudores que no tengan la consideración de compañías puedan otorgar *floating charges* sobre todos sus bienes presentes y los futuros.

C) Requisitos de perfección para dotar de publicidad a bill of sale given by way of security for the payment money

El plazo para practicar la inscripción es de siete días a contar desde el otorgamiento de la escritura. El incumplimiento de dicho plazo conlleva la nulidad respecto de todos los bienes muebles descritos en el mismo. No obstante, y al igual que veíamos en el caso de *charge* constituidos por compañías, se prevé la posibilidad de que el Tribunal conceda una ampliación de dicho plazo. Por otra parte, la ley exige que la inscripción sea renovada cada cinco años, so pena de que sea declarada nula.

El registrador, antes de practicar la inscripción, tiene la obligación de hacer constar el nombre, residencia y ocupación del otorgante de la garantía. En relación con dicha obligación, también en el supuesto de garantías otorgadas por sujetos que no tienen la consideración de deudor, se admite la posibilidad de que la autoridad judicial ordene la rectificación del registro en caso de omisión, error en el nombre, residencia u ocupación de cualquiera de las partes intervinientes.

Cuando el otorgante del derecho de garantía tiene su residencia fuera del distrito de Londres, o cuando los bienes muebles específicamente descritos en el documento se encuentran fuera de dicho distrito, el registrador está obliga-

do a hacer llegar un resumen del contenido del documento con los datos más relevantes al Secretario del Tribunal del Condado correspondiente.

En lo relativo a la publicidad de los datos que constan en el registro, cualquier persona tiene derecho a acudir al registro y consultar y/o solicitar extractos de cualquier documento inscrito. Cualquier persona puede igualmente consultar o solicitar copia del resumen del documento al que hemos hecho referencia. Cuando la obligación garantizada con el *charge* ha sido cumplida, el registrador puede ordenar la redacción de una documento de pago (*memoramdum of satisfaction*) que se inscribe al margen del documento registrado.

Por último, la *section* 10 *of The Act, 1878,* que se aplica a ambas categorías de documentos, estipula que la prioridad entre *bill of sales* que afectan a los mismos bienes muebles se determinará por el orden del *día de su inscripción*. Esta regla se aplica también respecto de los bienes que son objeto de inscripción en registros especiales (propiedad intelectual, barcos, aeronaves). Por el contrario, cuando se trata de *charges* creados por compañías, la prioridad se determina por la fecha de creación del gravamen, siempre que este sea objeto de inscripción en el plazo legal de veintiún días.

V. CONCLUSIONES

I. Las actuales necesidades impuestas por el tráfico económico, caracterizado por el importante papel que juega el capital financiero, unido a la situación de crisis presente en gran parte de los países europeos determina que la posibilidad de ofrecer bienes muebles como objeto de garantía sin que conlleven el desplazamiento de la posesión, debe constituir una posibilidad prevista en las legislaciones nacionales.

II. Estos nuevos modelos de garantías mobiliarias deben constituirse a partir de fórmulas flexibles que concedan un poder de disposición al deudor en el curso ordinario de sus negocios y permitan mantener inalterado la eficacia del vínculo aun en el caso de modificaciones materiales de los bienes dados en garantía.

III. El esquema al que responde los derechos de garantía en el Derecho inglés (*security interests)* guarda importantes similitudes con los principios que inspiran el Derecho español. En ambos casos se trata de derechos que se constituyen con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación normalmente dineraria; son igualmente derechos accesorios. Por último, el sistema de publicidad establecido es igualmente un sistema de publicidad registral, de forma que los derechos deben ser objeto de inscripción en un registro público a fin de que sea eficaz contra terceros.

IV. Desde estos planteamientos, la figura del *charge,* especialmente la del *floating charge* parece responder a las necesidades actuales del tráfico econó-

mico debido a sus dos características fundamentales: 1. Puede recaer sobre bienes presentes y futuros, tangibles e intangibles, sin exigir acto expreso de sometimiento a la garantía ya constituida cuando se adquieren nuevos bienes. 2. Permite que el deudor pueda disponer de sus bienes en el ordinario curso de sus negocios, de forma que el adquirente los recibe libre de gravamen.

V. A pesar de dichas semejanzas, es cierto que determinados principios básicos que inspiran nuestro Derecho en materia de garantías reales sobre bienes muebles, como es el caso del principio de especialidad, parecen constituir un impedimento notable a la admisión de dicha posibilidad. El interrogante que se plantea es si dichos principios son inmodificables, de tal forma que no sea posible que la llamada garantía flotante pueda ser un modelo aplicable en nuestro país. Al respecto, debe tenerse presente que ordenamientos jurídicos que responden a una tradición latina, como sucede con el derecho francés o el italiano, han abordado ya la reforma de sus sistemas de garantías reales mobiliarias admitiendo esta modalidad de garantía.

VI. Este trabajo de investigación pretende, pues, abrir un debate sobre la necesidad de modernizar nuestro sistema de garantías reales mobiliarias sin desplazamiento en la línea adoptada por otros países de nuestro entorno. En tal sentido, el legislador español deberá decidir si la opción es la imposibilidad de realizar dichas reformas por afectar a principios que son esenciales en nuestro ordenamiento jurídico y mantener un sistema de garantía de bienes muebles que se revela ineficaz en el actual tráfico económico, o por el contrario, sería necesario llevar a cabo reformas en dicha materia a fin de que existiera una adecuación entre la concesión de créditos y los tipos de garantía en el tráfico de bienes muebles.

JURISPRUDENCIA

— *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd* (1910) 2 K. B. 979
— *Holroyd v Marshall (1862) 10 HLC. 191*
— *National Provincial and Union Bank of England v Charnley* (1924) K. B. 431
— *Re Cosslett (Constractors)* (1998) Ch 495, Court of Appeal
— *Re Spectrum Plus* (2005) UKHL, 41
— *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd* (1903), 2 Ch 284
— *Roger v Challis (1859)* 27 Beav 175, ER 68
— *Siebe Gorman & Co Ltd v. Barclays Bank Ltd* (1979) 2 Lloyd's Rep 142, Ch
— *Swiss Bank Corpotation v. Lloys Bank Ltd* (1982) A. C. 584

BIBLIOGRAFIA

ARANA DE LA FUENTE, I. (2012). La reforma francesa de las garantías mobiliarias. Ed. *Indret,* vol. 2, pp. 1-58.

BAKER, J. H. (2002). The Court of Chancery and Equity. En: *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, pp. 96-115.

BAZ IZQUIERDO, F. (1980). *Derecho Inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español*. Madrid: Edersa.

BEALE, H. (2007). *The Law of Personal Property Security*. Oxford: Oxford University Press.

— (2012). Registration and other perfection requirements; Interest created by companies e Interest created by debtor who are not companies. En: *The Law of Security and Title-Based Financing*. Oxford: Oxford University Press, pp. 387-398; pp. 399-428 y 429-448.

BRIGDE, M. (2002). *Personal Property Law*. Oxford: Oxford University Press.

— (2012). Introduction. En: *The Law of Security and Title-Based Financing,* Oxford: Oxford University Press, pp. 6-11.

BUSSANI, M. (2006). Los modelos de las garantías reales en el civil y en el *common law*. Una aproximación de Derecho Comparado. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 237-250.

CALNAN, R. (2013). *Taking security*. Bristol: Jordan Publishing.

COLLINS, H. (2003). *The Law of contract*. London. University Press.

DE CORES, C. (2008). Historia de la garantía real mobiliaria. En: C. de Cores y E. Gabrielli (coords.). *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Madrid: Reus, pp. 47-61.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2006). La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 91-122.

FERRAN, E. y LOOK CHAN H. (2014). *Principles of Corporate Law*. Oxford: Oxford University Press.

GABRIELLI, E. (2012). Forma y realidad en el Derecho italiano de las garantías legales. En: Tarabal Bosch (coord.). *Garantías reales en escenarios de crisis: presentes y prospectiva*. Madrid: Marcial Pons, pp. 133-145.

— (2008). La garantía flotante en el Derecho inglés. En: De Cores y Gabrielli (coords.). *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales*. Madrid: Reus, pp. 443-468.

GOODE, R. (1996). The Exodus of the Floatin Charge. En: *Corporate and Commercial Law: Modern Developments*. Londres: Feloman and Meisel, pp. 93-203.

— (1970). *Hire-Purchase Law and Practice*. London: Butterworths.

GOUGH W.J. (1996). *Company Charges*. London: Buttterworths.

GRIMALDI, M. (2006). La prenda en el Derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, Madrid: Marcial Pons, pp. 18-25.

GULLIFER, L. (2013). *Goode and Legal Problems of Credit and Security*, Londres: Sweet & Maxwell.

— (2012). Non-possessory security. En: *The Law of Security and Title-Based Financing*. Oxford: Oxford University Press, pp. 139-210.

GULLIFER, L. and PAYNE, J. (2006). The characterizacion of fixed and floating charge. En: Getzler and Payne (editors). *Company Charges. Spectrum and Beyond*. Oxford: Oxford University Press, pp. 51-104.

HACKNEY, J. (1987). *Understanding Equity and Trust*. London: Fontana Press.

KÖTZ, H. and FLESSNER, A. (1997). *Europa Contract Law, volumen one: Formation, validity and content of contracts; contract and third parties*. Oxford: Clarendon Press.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2001). *Derechos reales III, volumen segundo*, Madrid: Dykinson.

LAWSON, F. J. & RUDDEN, B. (1982). *The Law of Property*. Oxford: Clarendon.

MADRAZO MELÉNDEZ, B. (2013).Registro de bienes muebles y garantías mobiliarias. En: J. M.ª Miquel González (coord.). *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*. Madrid: La Ley, pp. 95-113.

MAITLAND, F.W. (1969). *Equity: A Course of Lectures*, revisado por Brunyate, J. Cambrigde: University Cambrigde Press.

MARSAL GUILLAMET, J. (2006). Las prendas flotantes. Un término polisémico. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 355-366.

McKENDRICK, E. (2010). *Goode on Commercial Law*. Londres: Penguin Books.

McMEEL, G. (2013). Introduction: En: *The Law of Personal Property*. Londres: Sweet &Maxwell, pp. 1-33.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (2013). Introducción. En: J. M.ª Miquel González (coord.). *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*. Madrid: La Ley, pp. 13-22.

NOLAN, R (2004). Property in a Fund. En: *Law Quarterly Review*, volumen 120, pp. 108-120.

PENNINGTON, R. (1960). The genesis of the floating charge. En: *Modern Law Review,* vol. 23, pp. 630-645.

ROJO AJURIA, L. (1989). Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de garantías mobiliarias a la luz del Derecho de los Estados Unidos de América. En: *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLII, Fascículo 3, pp. 717-811.

SÁNCHEZ LERÍA, R. (2014). Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno derecho contractual europeo. En: *InDret,* vol. 3, pp. 2-32.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (1993). *Garantías reales en el comercio internacional (*Reserva *de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid: Civitas.

SEALY, L. S. & HOOLY, R.J.A. (2009). *Commercial Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press.

SERICK, R. (1990). *Garantías mobiliarias en el Derecho alemán. Perfiles y principios*. Traducción española de Angel Carrasco Perera. Madrid: Tecnos.

SHEEHAN, D. (2011). *The Principles of Personal Property Law*, Oxford: Hart Publishing.

SMITH, L. (2013). Real Security over Moveables. En: *English Private Law*, Oxford: University Oxford Press, pp. 332-351.

WORTHINGTON, S. (2013): Security Interests y Acquisition of Equitable Interests by Consent. En: *The Law of Personal Property*, Londres: Sweet &Maxwell, pp. 145-173 y pp. 421-437.

— (2010). *Personal Property: Text, Cases and Materials*, Oxford: Hart Publishing.

— (1996). *Propietary Interests in Commercial Transactions*. Oxford: Clarendon Press.

— (2006). *Equity*. Oxford. Oxford University Press.

NOTAS

[1] LACRUZ BERDEJO. J. L. (2001). *Derechos reales III, volumen segundo*. Madrid. Dykinson, p. 205. Señala este autor que el desplazamiento posesorio desempeña una función de control patrimonial y de publicidad: asegura al acreedor que el deudor, o quien constituyere la prenda, no enajena como libre a terceros adquirentes de buena fe en fraude de sus derechos el bien mueble gravado; y al mismo tiempo, pone sobre aviso, a sucesivos o precedentes acreedores no privilegiados del mismo deudor, sobre la limitación de la solvencia que experimenta el patrimonio del mismo, consecuencia de la afección preferente del objeto pignorado.

[2] SÁNCHEZ LORENZO, S. (1993). *Garantías reales en el comercio internacional (Reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*. Madrid: Civitas, pp. 31 y 32. En el mismo sentido la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prensa Sin Desplazamiento (en adelante LHMPSD) afirma que: «La configuración tradicional de los derechos reales de prenda e hipoteca, con su limitación respectiva a bienes muebles e inmuebles y con sus características de desplazamiento y no desplazamiento de la posesión, es, sin duda, insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la garantía real. La doctrina científica puso de relieve los graves inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda sobre todo en cosas muebles de gran valor destinadas a fines agrícolas o industriales; el desplazamiento de la posesión es perjudicial para el deudor, al privarle de bienes adecuados; para la economía nacional al paralizar elementos de trabajo y de producción y, con ellos, fuentes de riqueza; y aun para el propio acreedor al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente de un modo normal a sus obligaciones. La experiencia demostró que la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuarias, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre; y cuando la necesidad obligaba a pignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía hacían patente la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes».

[3] SERICK, R. (1990). *Garantías mobiliarias en el Derecho alemán. Perfiles y principios*. Traducción española de Ángel Carrasco Perera. Madrid: Tecnos, pp. 15 y 30 señala que las situaciones que pueden dar lugar a una prenda convencional han sido condicionadas por el legislador a ese acto externo que es el traspaso de la posesión, con la finalidad de garantizar que la carga revista publicidad. Resultaría, por ello, inadmisible un acuerdo de pignoración acompañado de un pacto o acuerdo en virtud del cual el pignorante, que es a la vez deudor del préstamo, conserve la posesión inmediata sobre la cosa pignorada mientras que el acreedor pignoraticio adquiera la sola posesión mediata. Añade este autor que en el tráfico negocial de hoy en día, sin embargo, difícilmente el deudor puede permitirse renunciar a la posesión inmediata de bienes muebles con los que ha de garantizar un crédito. Además, la posesión inmediata de estos bienes comportaría para el acreedor, bancos normalmente, altos costes de administración. Se pregunta este autor, dónde podría guardar un banco este tipo de cosas: materias primas, mercancías, máquinas, vehículos etc.

[4] DE CORES, C. (2008) Historia de la garantía real mobiliaria. En: C. de Cores y E. Gabrielli (coords.). *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*. Madrid: Reus, pp. 47 y 61, pone de manifiesto que en el ámbito de las garantías mobiliarias existen tres generaciones sucesivas. Una primera que podríamos llamar tradicional, la de la prenda posesoria caracterizada por la necesaria desposesión por parte del deudor mediante la entrega, ya sea al acreedor, ya sea a un tercero, de la cosa que constituye el objeto de la garantía, elemento este que se considera esencial para la existencia del derecho real de garantía. Una segunda caracterizada por la experiencia de la ineficacia económica de la prenda posesoria que implica la privación al deudor de la posesión de los activos que le son útiles para desarrollar su gestión empresarial durante la cual, cediendo por una parte a la necesidad de crédito productivo, y por otra parte, a que el deudor tenga la disponibilidad de los bienes para desarrollar su actividad agropecuaria, industrial o comercial se incorpora el mecanismo de la prenda sin desplazamiento que

permite al deudor constituir una garantía sin transferir la posesión de ciertos bienes muebles. Y una tercera generación, que es a la que estaríamos asistiendo actualmente, en la cual debido a las actuales necesidades expansivas del comercio económico y partiendo de la dificultad consistente en que las garantías mobiliarias de segunda generación son de carácter restrictivo o excepcional, se organiza un sistema en base a la ampliación de la esfera de aplicación de la prenda sin desplazamiento.

[5] *Artículo 12*

Únicamente podrán ser hipotecados:

Primero. Los establecimientos mercantiles.

Segundo. Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.

Tercero. Las aeronaves.

Cuarto. La maquinaria industrial.

Quinto. La propiedad intelectual y la industrial

[6] *Artículo 52*.

Podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los siguientes bienes:

Primero. Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.

Segundo. Los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieren de depositarse.

Tercero. Los animales, así como sus crías y productos.

Cuarto. Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones.

Artículo 53

También podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes que a continuación se expresan, aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior:

Primero. Las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el artículo cuarenta y dos.

Segundo. Las mercaderías y materias primas almacenadas.

Artículo 54.

De igual manera serán susceptibles de prenda sin desplazamiento las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte; también podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección.

[7] MADRAZO MELÉNDEZ, B. (2013). Registro de bienes muebles y garantías mobiliarias. En: J. M.ª Miquel González (coord.) *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Madrid: La Ley, p. 96. Afirma esta autora que en Europa sectores como las energías renovables o alternativas, el medio ambiente, la agricultura ecológica, el sector alimentario con características propias, los transportes o las telecomunicaciones son mercados en auge que exigen reflexionar sobre las garantías mobiliarias.

[8] GRIMALDI, M. La prenda en el Derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 22 y 23. Señala este autor que la prenda en el Código Civil francés era un contrato de naturaleza real; el Tribunal Supremo (*Court de Casation*) ha señalado repetidamente que el desplazamiento de la posesión del bien del constituyente al acreedor es un requisito de validez, y no solamente de oponibilidad de la prenda. De ello deriva que la prenda no pueda tener como objeto bienes futuros: ni bienes corporales futuros o pendientes de adquisición, ni créditos no nacidos. Las empresas no pueden pignorar sus stocks, ni su volumen de negocio futuro, lo cual limita su capacidad para obtener crédito. El proyecto de reforma rompe radicalmente con esta tradición. La prenda, desdoblada en prenda de bienes muebles corporales y pignoración de muebles incorporales ya no se puede considerar un contrato real: la desposesión del constituyente deja de ser un requisito para constituirla. Sobre esta reforma véase ARANA DE LA FUENTE, I. (2012). La reforma francesa de las garantías mobiliarias. En *InDret,* vol. 2, pp. 1-58.

[9] GABRIELLI, E. (2012). Forma y realidad en el Derecho italiano de las garantías legales. En: Tarabal Bosch (coord.). *Garantías reales en escenarios de crisis: presentes y prospectiva*. Madrid: Marcial Pons, pp. 133 y 137.

[10] Es preciso poner de manifiesto el distinto planteamiento que existe entre los países de tradición romanista y los países pertenecientes al *common law*. Como apunta SÁNCHEZ LORENZO, S.: *op. cit.,* p. 36, en estos últimos se detecta una tendencia a admitir un *numerus apertus* de derechos reales; pero tal vez sea el sistema alemán el paradigma de un ordenamiento basado en el principio de autonomía. En efecto, la autonomía de la voluntad es un principio válido para la creación por los particulares de nuevos derechos reales de garantía, susceptibles de producir efectos *erga omnes*. Ello es debido a la propia configuración de las fuentes del Derecho alemán, donde el Derecho consuetudinario tiene una extraordinaria importancia. De este modo, dichas garantías son utilizadas, en primer término, en la práctica comercial y bancaria y su validez, finalmente, es sentenciada por la jurisprudencia. Así, poco importaría que la legislación alemana estableciera un sistema de control de las garantías si, a través de la costumbre que se origina en la contratación privada, los nuevos derechos vienen a ser admitidos por otra fuente que no cede, por razones de jerarquía, ante el Derecho escrito. Por el contrario, en el Derecho español, que responde a una tradición romanista, son las leyes las que tipifican las nuevas formas de garantía mobiliaria de origen convencional. En lo relativo al fundamento de dicha opción de política legislativa, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*. Madrid: Civitas, p. 102 afirma que en los derechos reales de garantía imperan la tipicidad y el sistema de *numerus clausus*. Ello por la razón fundamental de que los derechos reales de garantía entrañan una suerte de realización de valor, y sobre todo, una suerte de privilegio o prelación que tiene por ello un carácter excepcional, ya que supone una particular derogación del principio de la *par conditio creditorum*. Un análisis de los distintos modelos de garantías reales mobiliarias que existen en las dos tradiciones jurídicas que conviven en Europa realiza BUSSANI, M.: Los modelos de las garantías reales en el civil y en el *common law*. Una aproximación de Derecho Comparado. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 237-250 y ROJO AJURIA, L. (1989). Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de garantías mobiliarias a la luz del Derecho de los Estados Unidos de América, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLII, Fascículo 3, 717-811.

[11] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (2013). Introducción. En: J. M.ª Miquel (coord.). Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias, *op. cit.,* p. 14.

[12] Sin embargo, somos conscientes de que el desarrollo de nuevas figuras no es una cuestión baladí, pues lleva implícita la derogación del principio general de responsabilidad del deudor e igualdad de todos los acreedores, otorgando a un concreto acreedor la titularidad de un derecho sobre determinados bienes muebles del deudor y una prioridad para el cobro de su crédito respecto a los demás acreedores. Dicho de otro modo, supone favorece a unos acreedores y a sus intereses en detrimento de otros; por ello, el crédito garantizado debe tener una justificación suficiente, a fin de que las ventajas que proporciona al tráfico económico ese crédito garantizado supere las pérdidas que sufren otros acreedores.

[13] Es preciso advertir que la expresión *common law* tiene en el Derecho inglés significados diversos, en función del contexto en el que se utilice. En un sentido estricto, este término permite distinguir entre *common law* y *equity* como dos diferentes cuerpos de leyes elaborado por los jueces. Distinción que tiene un origen histórico. En un sentido más amplio, la palabra *common law* se utiliza para aludir al conjunto de leyes cuyo origen es judicial frente a aquellas normas elaboradas por el Parlamento *(statutes)*. Esta distinción, basada en el diferente modo de crear derecho (judicial o legal), conlleva que la expresión *common law* incluya los dos conceptos antes señalados: *common law* en sentido estricto y *equity*. Por último, dicha noción puede emplearse en un sentido aún más amplio a fin de distinguir las dos tradiciones jurídicas que conviven en el espacio europeo: c*ommon law* y *civil law*. En este contexto, *common law* agrupa todas las leyes que comprenden dicho sistema jurídico, tanto las que tienen un origen judicial (*common law and equity*) como aquellas que tienen un origen legal (*statutes*). En este

capítulo, la expresión *common law* se utilizará, en ocasiones, en el primero de los sentidos expuestos y en otras en su sentido más amplio, a fin de contraponer *civil law y common law.*

[14] Sobre el importante papel desempeñado por la *equity* en el ámbito del *common law*, véase: BAKER, J. H. (2002). The Court of Chancery and Equity. En: *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, pp. 96-115. HACKNEY, J. (1987). *Understanding Equity and Trust*. London: Fontana Press. MAITLAND, F. W. (1969). *Equity: A Course of Lectures*, revisado por Brunyate, J. Cambrigde: University Cambrigde Press. WORTHINGTON, S. (2006). *Equity*. Oxford: Oxford University Press.

[15] McKENDRICK, E. (2010). *Goode on Commercial Law*. Londres: Penguin Books, p. 772.

[16] El adjetivo flotante referido a la prenda se refiere a la posibilidad que tiene el pignorante de modificar el objeto sobre el que recae, facultad que se halla vinculada al carácter fungible de los bienes dados en garantía. Sobre esta cuestión MARSAL GUILLAMET, J. (2006). Las prendas flotantes. Un término polisémico. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, p. 356.

[17] Al respecto, un atento examen del Derecho comparado nos enseña que la naturaleza de las cosas obliga a discriminar entre dos sistemas factibles de organización del sistema registral mobiliario. 1. El Registro de Bienes Muebles unas veces funciona como Registro de la Propiedad Mueble, en donde se inscriben el dominio y los demás derechos con transcendencia real sobre ciertos bienes muebles de características económicas análogas a la de los inmuebles. 2. Otras veces el Registro de Bienes Muebles se reduce a servir como registro de cargas y gravámenes respecto de los demás bienes muebles registrables. En la Exposición de Motivos de la LHMPSD se hace referencia a dicha distinción afirmando que: «El problema de la publicidad ha sido resuelto a base de la creación de un Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Ha sido objeto de meditación el alcance que debería darse al nuevo Registro, en el sentido de si sería procedente establecer un sistema de Registro de Propiedad que, al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda la historia jurídica de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, o un sistema de Registro de gravámenes, limitado a las finalidades de esta Ley. Aunque, en principio, se ha estimado que el sistema más completo hubiera sido el primero, se ha desistido de él en atención a las dificultades prácticas de su adaptación; toda vez que exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes. Por esta razón se ha regulado solamente un Registro de gravámenes, si bien se estima procedente hacer constar el criterio favorable al Registro de la propiedad de los bienes muebles, al menos para algunos de ellos, como los establecimientos mercantiles y los automóviles». Sobre esta cuestión véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2006). La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 91-122.

[18] Cuando hablamos de *property right* en el ámbito del *common law,* la distinción más importante es aquella que diferencia entre el derecho de propiedad que recae sobre bienes inmuebles *(real property*) y el derecho de propiedad sobre bienes muebles (*personal property*). Como pone de manifiesto BAZ IZQUIERDO, F. (1980). *Derecho Inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español*. Madrid: Edersa, pp. 6 y 7 los juristas ingleses a la hora de delimitar ambos tipos de propiedades prescinden de cualquier criterio jurídico-abstracto para establecer dicha dicotomía; es decir, no atienden a exigencias físicas (situación fija e imposible desplazamiento sin deterioro y a la inversa, posibilidad de trasladarse de un lugar a otro sin detrimento de su naturaleza), sino que se trata de una distinción que tiene raíces históricas. Sin embargo y al igual que sucede con el Derecho español, estamos ante una categoría de bienes que se define por exclusión: es propiedad personal aquella que no es propiedad real. Un estudio sobre el origen histórico y el significado de lo que se conoce como *personal property* realiza BRIDGE, M. (2002). *Personal Property Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1-10.

El análisis propiamente dicho de la propiedad personal comienza con la distinción entre *chattel real y chattel personal*. El primero era el derecho de arrendamiento de bienes, sujeto a una acción de carácter personal hasta 1925 fecha en la que, en virtud de *Law of Property*

Act, se le reconoce naturaleza de derecho real. El segundo comprendía aquellos bienes que no eran *chattel real*. La noción de *chattel personal* puede, a su vez, dividirse en dos categorías: *choses (or things) in possession y chose in action*. Estamos ante categorías exhaustivas de formas que todas las cosas muebles deben de incluirse en una u otra modalidad.

Chose in possessión, como su propio nombre indica, se configura como el derecho a una posesión exclusiva respecto de cosas físicas, materiales. Comprende bienes que son tangibles, susceptibles de ser trasladados de un lugar a otros, visibles, susceptibles de posesión. Cuando tales bienes son el objeto de una compraventa o de otro tipo de contrato suelen recibir el nombre de *goods*. Por el contrario, los *chose in action* comprende distintos tipos de bienes intangibles o incorporales que no son susceptibles de posesión. Estos pueden dividirse en dos categorías: *pure intangibles* y *documentary intangibles*. Como ejemplos de bienes puramente intangibles cita la doctrina inglesa el derecho de crédito, las acciones de una compañía, o el copyright (los derechos de propiedad intelectual de contenido patrimonial). Se trata de bienes que tienen un valor económico y pueden ser objeto de disposición en favor de terceras personas, tanto mediante un contrato de compraventa como dándolos en garantía de un préstamo. Por su parte, con la expresión documentos intangibles se alude a aquellos supuestos en los que el bien puramente intangible adquiere una concreción a través del documento al que se incorpora, que tiene una naturaleza tangible, de forma que documento y derecho forman un todo. McKENDRIC, E.: *op. cit.,* p. 52, distingue tres subgrupos de documentos intangibles. El primero comprende los documentos que incorporan un derecho al pago de dinero, tales como letras de cambio o pagarés. En segundo lugar documentos que incorporan valores negociables, como los títulos o bonos al portador. En la tercera categoría se integran los documentos que incorporan derecho sobre bienes, como los conocimientos de embargue. Tres consecuencias se derivan de la incorporación del derecho al documento. Primero, la mera entrega y, en su caso, endoso del documento por lo general será eficaz para transferir la titularidad del derecho al cesionario. Segundo, por medio de una ficción los remedios derivados de una injusta o arbitraria intromisión en los bienes, como su transformación, se extienden al documento y en general a cualquier documento comercial que acredite una obligación o deuda. Los documentos intangibles son susceptibles de constituir objetos de derecho de garantía, en particular de prenda. Por último, es preciso señalar que los documentos intangibles son transferibles. El denominado documento al portador *(bearer document)* puede ser transmitido mediante la mera entrega. Los llamados *order document* en el cual aparece designada la persona titular de la obligación es transferible mediante endoso y entrega.

[19] BRIDGE, M. (2012): Introduction. En: *The Law of Security and Title-Based Financing,* Oxford: Oxford University Press, p. 10. GULLIFER, L. (2013). *Goode and Legal Problems of Credit and Security*, Londres: Sweet and Maxwell, pp. 31 y sigs. SHEEHAN, D. (2011). *The Principles of Personal Property Law*, Oxford: Hart Publishing, p. 298. SMITH, L. (2013). Real Security over Moveables. En: *English Private Law*, Oxford: University Oxford Press, pp. 332-351; WORTHINGTON, S. (2013): Security Interests. En: *The Law of Personal Property*, Londres: Sweet & Maxwell, p. 146 y WORTHINGTON, S. (2010). *Personal Property: Text, Cases and Materials*, Oxford: Hart Publishing, pp. 5 y 6.

[20] *In National Provincial and Union Bank of England v Charnley* (1924) K. B. 431 se afirma que: «It is not necessary to give a formal definition of a charge, but I think there can be no doubt that where in a transaction for value both parties evince an intention that property, existing or future, shall be made available as security for payment of a debt, and that the creditor shall have a present right to have it available, there is a charge, even though the present legal right which is contemplated can only enforced at some future date, and though the creditor gets no legal rights of property, either absolute o special, or any legal right to possession, but only gets right to have the security made available by an order of the Court. If those conditions exist, I think there is a charge. If, the other hand, the parties do not intend that there should be a present right to have the security made available, but only that there should be a right in the future by a, such as a licence, to seize the goods, there will be no charge. *En Swiss Bank Corpotation v. Lloys Bank* (1982) AC 584 se define esta garantía

afirmando que «An equitable charge… is said to be created when property is expresely or constructively made liable, or specialyy appropriated to the discharge of a debt or some other obligation, and confers on the chargee a right of realisation by judicial process, that is to say, by the appointment of a receiver or and order for sale». Por último, en *Re Cosslett (Constractors)* (1998) Ch 495, Court of Appeal, Millett L. J. señala que «is of essence of a charge that a particular asset or class of assets is appropriate to the satisfaction of a debt or the other obligation of the charger or a third party, so that the chargee is entitled to look to the asset and it proceeds for the discharge of the liability».

Sobre el concepto de *charge*: GULLIFER, L: Non-possessory security. En: *The Law of Security and Title-Based Financing, op. cit.,* p. 148 y *Goode and Legal Problemns of Credit and Security, op. cit.,* pp. 36 y sigs.; Mc MEEL, G. (2023). Introduction. En: *The Law of Personal Property, op. cit.,* p. 154 y WORTHINGTON, S. 2013. *Personal Property*, *op. cit.,* p. 101.

[21] Sobre los tipos de *charge*, además de la bibliografía anterior abordan el tema FERRAN, E & HOOK CHAN H. (2014). *Principles of Corporate Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 318 y sigs.

[22] Se pregunta GULLIFER, L. *Goode and Legal Problems of Credit and Security, op. cit.,* pp. 126 y sigs., *How do we identify a floating charge? What are the hallmarks of such a security?* Valuable guidance is offered in *Re Yorkshire Woolcombers Association Ldt* (1903) 2 Ch 284: «I certainly do not intend to attempt to give an exact definition of the term floating charge, nor am I prepared to say that there will not be a floating charge within the meaning of the Act which does not contain all the three caracteristics that I am about to mention, but I certainly think that if a charge has the three caracteristics… it is a floating charge[1]. If it a charge on a class the assets of a company present and future[2]. If that class is one which, in the ordinary course of the company, would be changing from time to time; and[3] if you find that by the charge it is contemplated that, until some future step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets I am dealing with.

[23] *In Evans v. Rival Granite Quarries Ldt* (1910) 2K.B. 979, se afirma que: «A floating charge is not a future security; is a present security which presently affects all the assets of the company expressed to be include in it…but not specifically affecting any item until some act or event occur or some act on the part is done which cause it to crystallise into a fixed charge».

[24] GABRIELLI, E. (2008). La garantía flotante en el Derecho inglés. En: De Cores y Gabrielli (coords.). *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales*. Madrid: Reus, pp. 445 y 447 y GULLIFER, L.: *Goode and Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.,* p. 127.

[25] *Re Spectrum Plus* (2005) UKHL, 41.

[26] El principal defensor de esta tesis es GOUGH W.J. (1996). *Company Charges*. London: Buttterworths, pp. 97-101.

[27] WORTHINGTON, S. (1996). *Propietary Interests in Commercial Transactions*. Oxford: Clarendon Press, pp. 80 y sigs. y *Personal Property: op. cit.,* 126 y sigs. De igual modo, *In Evans v. Rival Granite Quarries Ldt* se afirma que: A floating charge is not a specific mortgage of the assets, plus a licence to the mortgagor to dispose of them in the course of his business.

[28] GULLIFER, L. *Goode on Legal Problems op. cit.,* pp. 127 y sigs. Sobre la noción de *fund* véase NOLAN, R. (2004). Property in a Fund in *Law Quarterly Review*, volumen 120, pp. 108-120 y FERRAN/LOOK CHAN: *op. cit.* pp. 321-323. Para una síntesis sobre las teorías que existen en torno a la naturaleza del *floating charge,* véase CALNAN, R. (2013). *Taking Security*. Bristol: Jordans Publishing, pp. 120-123 y 128; SHEEDAN, D: *op. cit.,* pp. 393-398; GULLIFER, L. and PAYNE, J. (2006). The characterizacion of fixed and floating charge. En: Getzler and Payne (ed.). *Company Charges. Spectrum and Beyond*. Oxford: Oxford University Press, pp. 55-64.

[29] Compara GULLIFER L: *Goode and Legal Problems of Credit and Security op. cit.,* p. 127, la situación del *fund* con la del río Támesis el cual es siempre el mismo a pesar de que el agua de su caudal varía constantemente.

[30] Sobre el fenómeno de la critalización del *floating charge* existe una abundante bibliografía; así, por ejemplo, CALNAN, R.: *op. cit.,* pp. 123-132. GABRIELLI, E.: La garantía flotante en el Derecho inglés, *op. cit.,* pp. 455-464. GULLIFER, L: *Goode and Legal Problems of Credit and Security op. cit.,* pp. 153-171 y Non-possessory security, *op. cit.,* p. 191. Mc KENDRICK. E: *op. cit.,* pp. 728 y 732. WORTHINGTON, S.: Security Interests, *op. cit.,* p. 191.

[31] CALNAN, R: *op. cit.,* pp. 130 y 131. GABRIELLI, E.: La garantía flotante en el Derecho inglés, *op. cit.,* p. 456; GULLIFER, L: *Goode and Legal Problems of Credit and Security op. cit.,* p. 153. McKENDRIC, E: *op. cit.,* pp. 72-8732.

[32] GULLIFER, L: *Goode and Legal Problems of Credit and Security op. cit.,* p. 156, afirma que: In the case of compulsory winding up, the winding up is deemed, by statute, to have commenced at the date of the presentation of the petition for winding up. This relation back is to prevent dispositions of the company's assets in the ru-up to insolvency.

[33] CALNAN, R: *op. cit.,* p. 130; GABRIELLI, E.: La garantía flotante en el Derecho inglés, *op. cit.,* p. 457. GULLIFER, L.: *Goode and Legal Problems of Credit and Security op. cit.,* p. 157. Mc KENDRICK. E.: *op. cit.,* pp. 728 y 729.

[34] GABRIELLI, E.: La garantía flotante en el Derecho inglés, *op. cit.,* p. 460.

[35] GOUGH, W. J., *op. cit.,* p. 81.

[36] CALNAN, R.: *op. cit.,* p. 131 y GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems, op. cit.,* p. 161.

[37] WORTHINGTON, S: Security Interests, *op. cit.,* p. 180.

[38] Sin embargo, advierte GULLIFER, L: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.,* p. 63 que no siempre el acreedor podrá ejercitar dicho poder frente a terceros, ya que es preciso distinguir entre el acuerdo y su eficacia frente a otros sujetos. En tal sentido, esta autora señala que *attachment of security interest is thus to be distinguished from perfection of a secutity interest*. La perfección incluye otros requisitos adicionales como la entrega de la cosa o la inscripción en un Registro a efectos de dotar de publicidad al acto frente a terceros. Dicho concepto, a su vez, debe diferenciarse de los requisitos exigidos para conceder al titular del derecho prioridad frente a otros acreedores. En parecidos términos, SHEEDAN, D.: *op. cit.,* p. 299 afirma que:*Attachment is said to render the security binding between the grantor and the grantee and perfection renders it binding as againts third parties*. Dicho autor considera que pudiera parecer extraño que los derechos de garantía sean considerados derechos reales los cuales se caracterizan, precisamente, por su eficacia frente a terceros. Al respecto, matiza dicha afirmación en el sentido de que no es completamente cierto decir que un derecho real «imperfecto» carezca de efectos frente a terceros, pues en caso de insolvencia del deudor siempre tendrá preferencia frete a un acreedor ordinario. Volveremos sobre esta cuestión al analizar los requisitos de publicidad.

[39] GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.,* pp. 63-77; SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A. (2009): *Commercial Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: University Press, pp. 1084-1085 y WORTHINGTON, S.: Acquisition of Equitable Interests by Consent. En: *The Law of Personal Property*, *op. cit.,* pp. 421-437.

[40] SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A.: *op. cit.,* p. 1084 y WORTHINGTON, S.: Acquisition of Equitable Interests by Consent, *op. cit.,* p. 422. Aunque el concepto de *consideration* resulta difícil de traducir, básicamente hace referencia al principio en virtud del cual las promesas son obligatorias solo cuando están basadas en una contraprestación en la cual el promitente tiene interés. Por ello, si la promesa hecha por una persona no se sustenta en otra hecha a cambio, el acuerdo alcanzado por las partes no será obligatorio, salvo que hayan observado una forma determinada. Ese intercambio puede consistir en dar algo, o en una promesa de dar o hacer algo a cambio de lo que se recibe; debe existir pues reciprocidad. Por último, la *consideration* debe ser suficiente; al respecto, la jurisprudencia no mantiene una postura unánime pues en ocasiones adopta un criterio objetivo (valor real de la contraprestación) y otras un criterio subjetivo (proporcionar un beneficio práctico, aun indirecto al promitente). En última instancia, la explicación de la ausencia de un criterio uniforme en la jurisprudencia hay que buscarla en que no es más que la razón o el motivo buscado por los tribunales

para hacer exigible o no un acuerdo determinado. Sobre la *consideration* véase: COLLINS, H. (2003). *The Law of Contract*. London: University Press. KÖTZ, H. & FLESSNER, A. (1997). *European Contract Law*, *volumen one: formation, validity, and content of contracts; contract and third parties*. Oxford: Clarendon Press. SÁNCHEZ LERÍA, R. (2014). Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo. En: *InDret*, vol. 3, pp. 2-32.

[41] El caso más famoso en el cual *The House of Lord* tuvo que decidir sobre esta cuestión fue *Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Ltd* (1982) AC 584 en el que los hechos fueron los siguientes. Bajo la legislación de control de cambios (*The Exchange Control Act, 1947*) ya derogada, la compañía IFT necesitaba la autorización del Banco de Inglaterra para pedir prestada una suma de dinero en francos suizos con el fin de comprar acciones en FIBI, una compañía israelí. El Banco de Inglaterra autorizó el préstamo, pero puso como condición que este fuera pagado con los beneficios obtenidos por IFT cuando llevara a cabo la venta de las acciones de la compañía FIBI. Una de las cláusulas del acuerdo firmado entre IFT y Swiss Bank (clause 3.b), que permitió a aquella obtener el préstamo, fue el compromiso de la compañía de cumplir todos los requisitos exigidos por el Banco de Inglaterra. En fechas posteriores, IFI acordó con *Lloys Bank* la constitución de un *charge,* a fin de garantizar un préstamo otorgado por dicho banco a la empresa matriz de IFT. Los bienes que quedaron afectos al cumplimiento de dicha obligación fueron precisamente las acciones que IFT había comprado a FIBI. Cuando IFT empezó a tener dificultades financieras, la cuestión que se planteó era si esta empresa había concedido un *charge* sobre sus acciones en favor de Swiss Bank; si la respuesta era afirmativa, dicho *charg*e tendría prioridad para cobrar la deuda frente a la segunda garantía concedida por IFT a Lloys Bank. Como señala BRIGDE, M.: *Personal Property Law*, *op. cit.,* p. 183, era evidente que el acuerdo entre IFT y Swiss Bank, que incorporaba las condiciones exigidas por el Banco de Inglaterra, establecía importantes medidas de control sobre las acciones de FIBI, pero ¿además se había constituido un *charge* sobre dichas acciones? *The House of Lord* afirmó que la intención de crear un *charge* debe deducirse de la intención de las partes. Intención que puede ser explícita o implícita (*the intention may be expressed or it may be inferred)*. Si el deudor se compromete a que unos determinados bienes o fondos queden sujetos al pago de la deuda, dicho acto conlleva una intención implícita de crear una garantía, en ausencia de otra expresa indicación. En tal caso, la intención de las partes es que el acreedor ostente un derecho sobre esos fondos o bienes separados, de forma que pueda proceder a realizar su valor en caso de incumplimiento del deudor. A la vista de los hechos descritos, el citado caso resolvió que no se había constituido un *charge*; el argumento utilizado fue que la intención de las partes fue únicamente establecer las condiciones del reembolso del préstamo de acuerdo con las exigencias de la legislación sobre control de cambios en lo relativo a pagos en moneda extranjera. Pero consideró que no se había constituido una garantía con identificación de los fondos que aseguraban el cumplimiento del préstamo; en consecuencia, el litigio relativo a la prioridad en el pago de la deuda lo ganó Lloyds Bank. Sobre este caso, véase GULLIGER, L.: Non-possessory security, *op. cit*., p. 139; SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A.: *op. cit.,* pp. 1124 y 1125 y WORTHINGTON, S.: Acquisition of Equitable Interests by Consent, *op. cit.,* pp. 114 y 118.

[42] GULLIFER, L.: *Goode on legal Problems of Credit and Legal Security*, *op. cit.,* pp. 71 y 72. De igual modo, advierte esta autora que el hecho de que el deudor haya depositado las escrituras o los títulos en el banco a fin de que este los custodie, no implica la creación de un *charge* o de otro derecho de garantía en favor del banco para asegurar el pago de la deuda, ni tampoco implica conceder al banco el poder de constituir unilateralmente dicho derecho.

[43] En primer lugar, por su naturaleza personal como sucede con las pensiones y en general con las prestaciones de la seguridad social; en segundo lugar por razones de orden público, de tal forma que el deudor no puede dar en garantías todos sus bienes poniendo en peligro la subsistencia de su familia; en tercer lugar, dicha prohibición pude tener un origen contractual. GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problem of Credit and Security*: *op. cit.,* pp. 39 y 40.

[44] IDEM, p. 65; esta autora distingue entre bienes tangibles o intangibles. En relación con los primeros y cuando estamos ante bienes fungibles, dicha determinación exige previamente un acto de especificación del bien dentro del género al que pertenece. En el caso de *goods*, su determinación depende de que sea posible su separación física de los demás bienes sin alteración de su sustancia. Por el contrario, cuando nos encontramos ante bienes intangibles, el test no reside en si son capaces o no de una separación física, sino de que dichos bienes sean legalmente separables y por tanto, susceptibles de ser objeto de garantía. Como ejemplo, nos dice esta autora que si en una compañía es imposible diferencia legalmente las acciones de las que es titular A respecto de las de B, no podrá constituirse un *charge* sobre dichas acciones.

[45] Holroyd *v.* Marshall (1862) 10 HLC, 191.

[46] En este caso, frente a la alegación de que el gravamen no podía afectar a bienes que no existían en ese momento, ya que serían adquiridos y colocados en el molino en un futuro, Lord Westbury consideró que: *It is quite true that a deed which profess to convey property which is not in existence at the time, is a conveyance void al law, simply because there is nothing to coney. So in equity contract which engages to transfer property, which is not in existence, cannot operate as an immediate alienación merey because there is nothing to transfer. But if the vendor or mortgagor agrees to sell or mortgage property, real o personal, of which he is not possessed at the time, and receives the consideration for the contract, and afterwards becomes possessed of property answering the description in the contract there is no doubt that a Court of Equity would compel him to perform the contract, and the contract would, in equity, transfer the beneficial interest to the mortgagee or purchase immediately on the, to whom property being acquired. This, of course, assumes that the supposed contract is one of that class of whith the Court of Equity would decree the specific performance. If it be so, then immediately on the acquisition of the property described the vendor of the mortgagor would hold in trust for the purcharse or the mortagee, according to the terms of the contract. …Apply this familiar principles to the present case; it follows that immediately on the new machinery and effecs being fixed placed in the mill, the became subject to the operation of the contract, ad passed in equity to the mortgages…*

[47] Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar posteriormente, cuando el constituyente de la garantía es un deudor que no tiene la cualidad de compañía, *The Bill of Sale Act* 1878 y *The Bill of Sale Act* 1882 imponen unos requisitos de forma que prácticamente impide la constitución de *charge* sobre bienes futuros.

[48] Así, si el deudor (A) y acreedor (B) consienten en constituir un *charge* sobre bienes futuros en abril y A adquiere esos bienes en agosto, parece entonces que el acreedor se convertiría en propietario de los bienes en esa fecha. Ello no parece generar ningún problema. Pero, ¿qué sucede si en mayo el deudor constituye otro charge en favor de Y que gravan los mismos bienes futuros? Parece evidente que en ese caso la preferencia la tendría B. Sin embargo, como advierte GULLIFER, L: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.,* pp. 73 y 74, es preciso encontrar el fundamento jurídico de esa solución en la medida que el derecho de garantía no sujeta los bienes del deudor hasta el momento en que este lo adquiere y pasan a formar parte de su patrimonio. Llegado ese momento (1 de agosto) podría decirse que los derechos de ambos acreedores se encuentran en igualdad de condiciones. ¿Por qué entonces se le da prioridad a A?

[49] WORTHINGTON, S.: Security Interests, *op. cit.,* p. 182 y Acquisition of Equitable Interests by Consent, *op. cit.,* pp. 118 y 119; SHEEDAN, D.: *op. cit.,* p. 300. GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.,* p. 74 equipara dicha situación con los derechos atribuidos al concebido no nacido. En ambos casos se acude a la ficción de considerar al recién nacido persona desde el momento de su concepción y al derecho real de garantía sobre bienes futuros plenamente efectivo desde el día del acuerdo.

[50] GULLIFER, L: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.,* p. 69. SHEEHAN, D: *op. cit.,* p. 301 y SEALY, L.S. & HOOLY, R. J. A.: *op. cit.,* p. 1085. *In Roger v Challis* (1859) 27 Beav 175, ER 68 el Tribunal determinó que el derecho de garantía no existía en tanto el dinero no fuera prestado. Sobre momento concreto adquiere el acreedor un derecho sobre el bien futuro, vease McKENDRIC, E. *op. cit.,* p. 676.

[51] Sobre el concepto de *possesory interest*: LAWSON, F. J. & RUDDEN, B. (1982). *The Law of Property*, Oxford: Clarendon, pp. 42 y sigs. señalan que se trata de uno de los conceptos más difícil en el Derecho inglés debido a que el concepto legal no coincide con el concepto común de este término. Para una persona no experta en derecho, significa intención de ejercer un control físico sobre la cosa. Ello implica la posibilidad de impedir que cualquier otra persona utilice la cosa que yo poseo. La definición legal de posesión no coincide con esta, pues la ley distingue entre el derecho a poseer una cosa físicamente y el conjunto de derechos que la ley atribuye al poseedor. Por su parte, WORTHINGTON, S.: *Personal Property Law*, *op. cit.,* p. 51 afirma que ese conjunto de derechos definen *the possessory interest in property*.

[52] GULLIFER, L: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.,* pp. 69 y 72 y SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A. *op. cit.,* p. 1084.

[53] GULLIFER: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.,* p. 70. Parece pues que esta autora utiliza la expresión *condition* en un sentido amplio que comprende no solo la condición en sentido estricto (evento futuro e incierto), sino también el término.

[54] Al respecto, como pone de manifiesto la doctrina inglesa, los intangibles son actualmente los activos más valiosos para los acreedores y los que hemos denominado *pure intangibles* poseen notables ventajas en relación con los bienes materiales ya que no son susceptibles de pérdida, daño o deterioro; pueden ser transmitidos fácilmente, incluso en grandes cantidades, sin los inconvenientes que conlleva una entrega física. Una particular forma de intangibles son los denominados *receivables* que se definen como el derecho a cobrar una suma de dinero, bien actualmente o en el futuro, a cambio de las mercancías suministradas o de los servicios prestados, los cuales no están incorporados a un instrumento negociable. En otras palabras, cantidades adeudadas. *Receivables* no debe ser confundida con *book debts* que constituye una categoría más limitada. En *The Bussinnes English Dictionary* se define la expresión *book debts* como aquella cantidad de dinero que aún no se ha recibido por la empresa del cliente que le adeuda dicha cantidad, pero que está anotada o registrada en la contabilidad de la compañía. Sobre este tipo de *choses in action* pueden constituirse tanto *mortgage* como *charge*.

[55] BEALE, H. (2012). Registration and other perfection requirements. En: *The Law of Security and Title-Based Financing*, *op. cit.,* p. 387, describe el término perfección del modo siguiente: *The expression «perfection» is a useful way to describe any steps that a secure creditors has to take in order to be able to make security effective against other secured creditors, trustees in bankruptcy and company liquitators or adminitrators*. Dicha expresión procede de la legislación americana; en concreto, el artículo 9 of *The Uniform Commercial Code*. Los métodos de perfección previstos en dicho artículo son: posesión, control e inscripción. Sin embargo, advierte este autor que se debe ser muy cuidadoso al aplicar estas categorías en el Derecho inglés. En primer lugar, porque aunque el artículo 9 UCC exige que todos los derechos de garantías hayan sido perfeccionados, ciertamente existen supuestos en los que la perfección deriva del mero acuerdo, sin que sea necesaria ningún requisito posterior; son derechos «automáticamente perfectos»; en segundo lugar, porque los requisitos necesarios para llevar a cabo la perfección mediante el control o el registro son distintos en la legislación americana de aquellos exigidos en el Derecho inglés.

[56] Los requisitos exigidos para lograr la publicidad del derecho reciben el nombre de *perfection requirements*; dichos requisitos no constituyen un paso imprescindible para que el derecho de garantía tenga efectos frente al deudor, pero necesitan ser objeto de perfección en el sentido de exigir requisitos adicionales para que puedan ser opuestos frente a terceros; tal es el caso de los derechos reales de garantía sobre bienes muebles que no conlleva traslado de la posesión; otros, como la prenda, no se constituye hasta que no se produce el traslado de la posesión, pero una vez que esta tiene lugar no hace falta ningún requisito adicional; por ello, se suele afirmar que en la prenda no hay requisitos de publicidad en sentido estricto para que produzca sus efectos frente a terceros; creación y perfección son simultáneos. En definitiva, concluye este autor que en el Derecho inglés es posible y útil hablar de requisitos para lograr la publicidad, pero que estas requisitos como tal no existen en todos los casos.

[57] En consecuencia, señala BEALE, H.: Registration and other perfection requirements, *op. cit.,* p. 389 que el *charge* que no ha sido objeto de inscripción es un *charge imperfect* en el sentido de que es inefectivo para otros acreedores, o en caso de insolvencia.

[58] El registro de *charges* otorgados por compañías fue creado por *The Companies Act* 1862; por su parte, un Registro Central que pudiera ser consultado de forma pública para *charges* creados por empresas se estableció en *The Company Acts 1900*. Sobre esta cuestión: BEALE, H. (2007). *The Law of Personal Property Security*. Oxford: Oxford University Press, p. 324.

[59] *CA 2006, s. 859 A.*

(6) This section does not apply to—

(c) A charge excluded from the application of this section by or *under any other Act*. La cursive es nuestra

[60] Para la regulación anterior véase BEALE, H.: *The Law of Personal Property Security*, *op. cit.,* p. 323.

[61] GULLIFER, L: *Goode on Legal Problems of Credito and Security*, *op. cit.,* p. 80 y WORTHINGTON, S.: Acquisition of Equitable Interests by Consent, *op. cit.,* p. 425.

[62] *Company charges. 859A. Charges created by a company*

Subject to subsection (6), this section applies where a company creates a charge.

[63] *CA 2006, s. 860 (7)* This section applies to the following charges—

(a) a charge on land or any interest in land, other than a charge for any rent or other periodical sum issuing out of land,

(b) a charge created or evidenced by an instrument which, if executed by an individual, would require registration as a bill of sale,

(c) a charge for the purposes of securing any issue of debentures,

(d) a charge on uncalled share capital of the company,

(e) a charge on calls made but not paid,

(f) a charge on book debts of the company,

(g) a floating charge on the company's property or undertaking,

(h) a charge on a ship or aircraft, or any share in a ship,

(i) a charge on goodwill or on any intellectual property.

[64] *CA 2006, s. 860A (5)*: A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on conviction on indictment, to a fine;

(b) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum.

[65] Es importante advertir que bajo la expresión CHARGE se comprende tanto el *charge* propiamente dicho como la hipoteca. En efecto, la sección 859 A (7) dispone que: *In this Part, charge includes a mortgage*.

[66] *section 859 A (6) a*. Por su parte, la letra b excluye de la necesidad de inscripción *Charges created by Lloys's members in connection with their underwriting business*.

[67] Dichos gravámenes están regulados *Financial Collateral Arrangements (núm. 2) Regulation 2003* que incorpora al Derecho inglés la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera (DOUE de 27). También ha de tenerse en cuenta la Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de créditos.

[68] Según lo dispuesto en la *Banking Act 2009*, seccion 252.

[69] Dentro de estos supuestos incluiríamos los casos de prenda, en los que el traslado de la posesión del bien al acreedor o a un tercero cumple la misma función de publicidad frente a terceros que la inscripción en un registro.

[70] El apartado segundo de la sección 859 (A) señala que: The registrar must register the charge if, before the end of the period allowed for delivery, the company or any person interested in the charge delivers to the registrar for registration a section 859D statement of particulars. Ahora bien, como señala BEALE, H: Interests created by companies. En: *The*

Law of Security and Title-Based Financing, *op. cit.,* p. 403, cuando la inscripción es practicada por una persona distinta de la propia compañía, esa persona tiene derecho a exigir a la empresa la cantidad que haya pagado en concepto de tasas exigidas para practicar el registro.

[71] Afirma BEALE, H:IDEM. p. 416 que la cuestión se centraba en determinar que sucedía con los derechos adquiridos por terceros durante ese periodo de veintiún días. Al respecto, la fórmula que habitualmente se empleaba al practicar el registro era la siguiente: «without prejudice to the rights of parties acquired during the period between the date of creation and the date of its actual registration.

[72] *S. 859 A.*(4) The period allowed for delivery is 21 days beginning with the day after the date of creation of the charge. La section 859 E establece concretas reglas respecto al día en que el *charge* se considera creado en determinados supuestos. Estas reglas se incluyeron con el objetivo fundamental de lograr una cierta uniformidad respecto de los *charge* creados en Escocia, los cuales en la nueva regulación quedan sometidos al mismo régimen que los que se han constituido en el resto del Reino Unido.

[73] Bajo la normativa anterior no existía la obligación de mencionar dicha cláusula, aunque habitualmente solía hacerse. A efectos de comprender la importancia que en la práctica tenía o no la inclusión de dicha cláusula, es preciso hacer alusión a la denominada *the constructive notice doctrine* según la cual todos aquellos datos que por ley debía acceder al Registro se presume conocido por todos. En el caso *Siebe Gorman & Co Ltd v. Barclays Bank Ltd* (1979) 2 Lloyd's Rep. 142, ChD se declaró que dicha doctrina no podía extenderse a la información adicional, sino únicamente a aquellos datos «which the Act prescribed». En consecuencia, se estimó que el tercero solo podía tener un efectivo conocimiento de esos datos adicionales cuando quedaba acreditado que había existido una efectiva notificación Sobre esta cuestión véase WORTHINGTON: Adquisición an equitable interests by consent, *op. cit.,* pp. 426 y 427 y *Personal Property Law*, *op. cit.,* pp. 120 y 121.

[74] Instrument: A written legal document defining the parties rights and liabilities to one another.

[75] The section 859 I is named *Entries on the register* and said:

(1) This section applies where a charge is registered in accordance with a provision of this Chapter.

(2) The registrar must—

(a) allocate to the charge a *unique reference code and place* a note in the register recording that reference code; and

(b) include in the register any documents delivered under section 859A(3) or (5), 859B(3), (4) or (7), or 859C(3).

(3) The registrar *must give a certificate of the registration of the charge to the person who delivered* to the registrar a section 859D *statement of particulars* relating to the charge.

(4) The certificate must state—

(a) the registered name and number of the company in respect of which the charge was registered; and

(b) the unique reference code allocated to the charge.

(5) The certificate must be signed by the registrar or authenticated by the registrar's official seal.

(6) In the case of registration under section 859A or 859B, *the certificate is conclusive evidence* that the documents required by the section concerned were delivered to the registrar before the end of the relevant period allowed for delivery.

[76] En definitiva, como pone de manifiesto GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credits and Security op. cit.,* p. 87 los terceros que acuden al registro tienen el riesgo de que los datos que constan en el Registro no sean exactos, pero al menos pueden comprobar dicha discordancia por ellos mismos. Por otra parte, critica esta autora que tras la reforma de 2013 no queda claro que aspecto de la inscripción constituyen «constructive notice»; es decir, que datos se presumen conocidos por terceros, ni tampoco que consecuencias se derivan del hecho de que los datos que han accedido al registro no sean exactos.

[77] Sobre las consecuencias de la no inscripción en *The Companies Act* 1862 y *The Company Charges Act* 1900, véase BEALE, H.: Interests created by debtor who are not companies. En: *The Law of Security and Title-Based Financing: op. cit.,* p. 389 y *The Law of Personal Property Security, op. cit.* p. 324.

[78] *859H Consequence of failure to deliver charges*

(3) This section applies, the charge is void (so far as any security on the company's property or undertaking is conferred by it) against:

(a) a liquidator of the company,

(b) an administrator of the company, and

(c) a creditor of the company.

(4) Subsection (3) is without prejudice to any contract or obligation for repayment of the money secured by the charge; and *when a charge becomes void under this section, the money secured by it immediately becomes payable*

[79] En efecto, con anterioridad a la reforma de 2013, la ley de 2006, imponía una sanción económica en caso de falta de inscripción. Al efecto, declara GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credito and Security op. cit.,* p. 89 que, como consecuencia de dicha reforma, el registro de los *charges* no es obligatorio, sino que constituye una opción para el acreedor, quién debe decidir si quiere asumir o no el riesgo de que su derecho de crédito no sea efectivo frente a terceros en caso de insolvencia del deudor.

[80] BEALE, H: Interests created by debtor who are not companies, *op. cit.,* p. 389 y *The Law of Personal Property Security*, *op. cit.,* p. 324.

[81] *The Act,* 1878 sustituyó a la *The Bill of Sale Act* 1854 la cual introdujo por primera vez en la legislación inglesa la necesidad de dar publicidad a la escritura de venta y a *The Bill of Sale Act* 1866. BEALE, H.: Interests created by debtor who are not companies, *op. cit.,* p. 430.

[82] Una y otra ley tienen finalidades distintas. Así, la publicación de *The Act,* 1878 tuvo como objetivo fundamental proteger a los acreedores que habían concedido créditos a personas que, en apariencia, ostentaban la propiedad de bienes muebles; no obstante, con frecuencia se ponía de manifiesto que dichos bienes habían sido secretamente transmitido por escrito *(bill of sale)* a un tercero, si bien el deudor seguía conservando la posesión de estos. En tales casos el acreedor no podía instar la ejecución sobre esos bienes cuando se producía el impago de la deuda. Como tendremos ocasión de analizar, la ley protege a dichos acreedores imponiendo determinados requisitos de publicidad, a fin de que el acreedor pueda conocer con certeza quién es el verdadero propietario de los bienes muebles. Por el contrario, *The Act,* 1882 tuvo el propósito fundamental de impedir que personas con dificultades económicas se vieran engañadas como consecuencia de la firma de documentos que eran incapaces de comprender y, por tanto, quedaran sujetas a duras e inaceptables condiciones de ejecución de sus créditos impuestos por los acreedores. Dicho objetivo se pretendió conseguir exigiendo que los documentos cumplieran estrictos requisitos tanto en lo relativo a su contenido como a su forma. GOODE: R. (1970). *Hire-Purchase Law and Practice*. London: Butterworths, pp. 64 y 65 señala que, en definitiva, *The Act,* 1878 se elaboró con la finalidad fundamental de evitar que los acreedores fueran defraudados por aquellos deudores que habían celebrados actos de disposición secretos bajo el otorgamiento de un documento escrito; bienes respecto de los cuales conservaba la posesión. The Act, 1882 pretendió proteger a aquellos que otorgaban garantías sobre sus bienes frente a la posición de predominio que ostentaban los acreedores. Aluden igualmente a la diferente finalidad de una y otra norma: BEALE: Interests created by debtor who are not companies, *op. cit.,* p. 431 y WORTHINGTON, S.: Adquisition of Equitable Interests by consent, op, *cit.,* p. 433.

[83] Sin embargo, la ley excluye de su ámbito de aplicación a los *charges* otorgados por determinadas categorías de deudores: industrial and *provident societies* (sociedades industriales y de previsión) y *agricultural charges,* es decir, los *charges* creados por agricultores también están fuera del ámbito de la ley.

[84] La sección 3 *The Bills of Sale Act,* 1878 señala que *«This Act shall apply to every bill of sale whereby the holder or the grantee has power, either with or without notice, and*

either immediately or at any future time, to size or take possession of any personal chattels comprised in or made subject to such bill of sale». Según dispone la section 4 de dicha norma, dentro del concepto de *bill of sale* se comprende *bill of sale, assigments, transfers, declaration of trust without transfer, inventories of goods with receipt, thereto attached, or receipt for purchase money of goods, and other ansurances of personal chattels, and also powers of attorney, authorities, or licences to take possession of personal chattel as securet any debts, …or to any charge…* La citada sección 4 declara que *«In this Act the following words and expressions shall have the meanings in this section assigned to them respectively, unless there be something in the subject or context repugnant to such construction*. Por último, señalar que The Act, 1882 dispone en su apartado 3 que la expresión *bill of sale* o cualquier otra expresión incluida en dicha texto tiene el mismo significado que en la Ley de 1878.

[85] GOODE, R. *Hire-Purchase Law and Practice*, *op. cit.,* p. 64 afirma que con la expresión *bill of sale* se hace referencia a un documento en virtud del cual la propiedad de un bien mueble es transmitida de una persona a otra. En los contratos de compraventa habituales dicho documento no es necesario, ya que la propiedad se transmite por el mero contrato y el bien se entrega al comprador, el cual toma posesión de este. De igual modo, la entrega gratuita del bien va normalmente acompañada de la entrega de la cosa, la cual completa la transmisión. En consecuencia, la expresión *bill of sale* restringe su utilización a aquellas transmisiones en la cual el vendedor o el donante conserva la posesión de la cosa después de realizar el acto de disposición. En estos supuestos, como el contrato no va seguido de la entrega de la posesión, es necesario que el comprador esté protegido mediante el otorgamiento de un documento que acredite su derecho sobre la cosa. Concluye este autor que existen dos tipos de *bill of sale: absolute bill and bill to secure the payment of a sum of money;* la primera expresión se utiliza siempre que el documento se entrega para una finalidad que no es asegurar el pago de una deuda de dinero.

[86] Según pone de manifiesto GOODE, R.: IDEM, *op. cit.,* p. 65 la categoría de *absolute bills* rara vez se utiliza en la actualidad. La típica situación en la cual esta modalidad se usaría es cuando una persona lleva a cabo una compraventa o cualquier otro acto de disposición respecto de bienes muebles cuya posesión desea conservar de momento. Sin embargo, habitualmente dicho acto de transmisión se presenta como parte de una transacción sobre un bien inmueble que comprende también determinados bienes muebles, más que sobre estos aisladamente. Por ejemplo, en el caso de la venta de un local de negocio con su equipamiento en la que al vendedor se le permite conservar la posesión de estos por un determinado periodo, hasta que complete un determinado trabajo o concluya un contrato que se encuentra en ejecución. En esos casos, dicho acuerdo se suele incluir como una cláusula en el contrato y el documento alude a la compraventa en su conjunto, aunque en opinión de este autor sería más conveniente que los bienes muebles se hicieran constar en un documento independiente. Por el contrario, no es necesario suscribir esta modalidad de *bill of sale* cuando la posesión de los bienes muebles se entrega al mismo tiempo que la celebración del contrato.

[87] No se incluyen los bienes muebles que están situados o sirven de forma permanente a un inmueble. Sobre el concepto de *personal chatell* véase a sección 4, párrafo segundo de la Ley de 1878.

[88] En palabras de BEALE, H.: Interests created by debtor who are not companies, *op. cit.,* p. 436, *«This was intended to catch assignments of future and after-acquiered goods. Thus these must be within the meaning of personal chattel within the 1878 Act»*. Al respecto, como afirman SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A. *op. cit.,* pp. 1086 y 1087 es preciso distinguir los conceptos de *future property and potencial property*. La primera es aquella que se refiere a bienes que aún no existen o respecto de los cuales el deudor aún no ha adquirido su propiedad. Por el contrario, la segunda se refiere a bienes que tienen una existencia futura cierta y respecto de los cuales el deudor tiene algún tipo de interés al tiempo de otorgar la garantía. Como ejemplos citan estos autores la leche que se espera que produzca la vaca o la suma que será pagada como contraprestación de un contrato ya celebrado. La concesión de derechos

de garantía sobre esta *propiedad potencial* es considerada como relativa a una propiedad ya existente aunque la garantía no podrá sujetar los bienes hasta el momento en que estos tengan existencia. En el mismo sentido, GOODE. R.: *Hire-Purchase Law and Practice*, *op. cit.,* p. 73.

[89] GOODE. R.: *Hire-Purchase Law and Practice*, *op. cit.,* p. 73.

[90] *The Act,* 1882 section 6.

[91] BEALE, H: Interests created by debtor who are not companies, *op. cit.*, p. 430; GOODE, R.: *Hire-Purchase Law and Practice, op. cit.,* p. 72 y WORTHINGTON, S.: Adquisition of Equitable Interests by consent, *op. cit.,* p. 432.

[92] Así, en el llamado Informe Crowther de 1971, a la hora de enjuiciar los requisitos de forma y perfección exigidos por ambas leyes se afirmaba que era difícil encontrar una legislación que pusiera más obstáculos a las partes. Sobre esta cuestión, véase SEALY, L. S. AND HOOLY, R. J. A.*, op. cit.,* pp. 1139-1141.

[93] Básicamente los requisitos exigidos son: *1. The date of the bill of sale. 2. The names of the grantor y grantee. 3. The consideration. 4. An acknowledgement of the receipt of that consideration or, where all or part was a previous advance, a statement that the relevant amount only is due and owing. 5. An assignment by one party to the other of chattels specifically described in the schelude. 6. That the assignment is by of security for the payment of a specified sum of money, together with interest at a specific agreed rate. 7. That the grantor agree and declares that she will pay the grantee the principal sum, together with interest, and the dates for payment of whatever instalments are agree. 8 Any other terms as to «insurance, payment of rent or otherwise» that the parties may have agreed to «for the maintenance or defeasance of the security «, and a provision that the chattel assigned by the bill are not liable to seizure or possession by the grantee for any cause other than those specified in section 7 of the 1882, Act. 9. The name and address and description of a witness whose presence the deed was signed by the grantor.*

(Trabajo recibido el 21-7-2015 y aceptado para su publicación el 31-8-2015)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 13-10-2015
(BOE 5-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

HERENCIA: CERTIFICADO DEL REGISTRO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD DE CAUSANTES DE NACIONALIDAD EXTRANJERA.

La apertura de la sucesión intestada se justifica mediante el certificado de fallecimiento y el de últimas voluntades. Si este último no fuese negativo, habrá de acompañarse además el documento auténtico, o la sentencia firme, de los que quepa deducir indubitadamente la invalidez del llamamiento ordenado por el finado, su ineficacia o su inefectividad. Tratándose de causantes extranjeros, obviamente (por su vinculación patrimonial o residencial española) ha de presentarse igualmente el correspondiente certificado del Registro español de actos de última voluntad. Mas cabría plantear si, además, complementariamente, habría o no de exigirse el certificado de algún registro equivalente al país de donde el causante es nacional. Ciertamente no todos los países tienen instaurado un Registro de actos de última voluntad similar al nuestro, en cuanto a sus efectos, y en cuanto a su organización (a pesar del impulso, que sobre este tema, supone el Convenio de Basilea). Nuestro sistema, donde la práctica totalidad de los testamentos son notariales, basado en la obligatoriedad de la comunicación que se impone al notario autorizante (o que protocoliza un testamento ológrafo o que autoriza un acta donde se da noticia de su existencia), procura las más altas cotas de seguridad en la apertura de la sucesión intestada. Sin embargo, dada la prevalencia de la nacionalidad del causante a la hora de regir la sucesión, parece

una medida oportuna y prudente, y casi obligada si lo exigiese la *lex causae,* que el notario español también solicite (en tanto no se establezca la deseada conexión de Registros, como la prevista para una fase final en el citado Convenio de Basilea de 16/V/1972), como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional (a veces, su propio Registro Civil, si fuere en esta institución donde la ley personal del finado establece que se tome nota de los testamentos otorgados), siempre que estuviese prevista alguna forma de publicidad de los títulos sucesorios en ese país extranjero. Esta actuación, al dotar de un mayor rigor al expediente, solo puede redundar en una mayor seguridad de la declaración notarial…». Consecuentemente, si para la formalización del acta de declaración de herederos parece prudente y casi obligado, dice la resolución citada, la aportación del certificado del Registro de Actos de Última Voluntad del país de su nacionalidad, también deberá aportarse, si existiere, por las consecuencias legitimadoras que atribuye la inscripción registral, al Registro de la Propiedad, con ocasión de la inscripción sucesoria. Y, si este Registro de Actos de Última Voluntad no existiere deberá acreditarse esta circunstancia en la forma determinada en el artículo 36 del RH (…). De acuerdo con la resolución esta Dirección General de 18 de enero de 2005 (Servicio Notarial) deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado».

Resolución de 13-10-2015
(BOE 5-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Adeje

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LEY APLICABLE A LOS REQUISITOS PARA EL ACCESO AL REGISTRO DE DOCUMENTOS OTORGADOS ANTE NOTARIO EXTRANJERO. FINCA REGISTRAL: REQUISITOS DE DESCRIPCIÓN.

En la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y aportados al interponer el recurso). La exigencia de acreditación del número de identificación fiscal es predicable de cualquier supuesto de adquisición de bien inmueble que haya de ser inscrito en el Registro de la Propiedad. La exigencia de acreditación del número de identificación fiscal es igualmente predicable de comparecientes de nacionalidad extranjera y debe cumplimentarse mediante su exhibición sin que sea suficiente su mera manifestación al notario autorizante (*vid.* resolución de 9 de diciembre de 2014). La ley del lugar de situación del inmueble *(lex rei sitae),* en el caso a que se refiere el presente recurso la ley española, se aplicará al modo de constitución o adquisición de los derechos reales, a su contenido, a los derechos subjetivos de su titular, a los bienes sujetos al derecho real, a la posibilidad y a las condiciones de inatacabilidad del derecho real, así como a su publicidad. Así, para el Derecho internacional privado español, se aplica la ley española respecto a los requisitos exigibles para producir la inscripción en el Registro de la Propiedad español (art. 10.1 del Código Civil). La regla general sobre la forma *(auctor regit actum, vid.* art. 11.1 del Código Civil) está subordinada a la ley material aplicable al fondo del asunto y a la forma del acto de que se trate. Si, como ha quedado

antes expuesto, se aplica la ley española respecto de los requisitos exigibles para producir la inscripción en el Registro de la Propiedad español, los documentos inscribibles en tal Registro, el modo de practicar la inscripción, la publicidad que ofrece y el acceso a la información registral son cuestiones sujetas a la ley del Estado español y no a las normas de Derecho internacional privado aplicables a las formas y solemnidades de los actos y negocios jurídicos (*vid.* art. 11.1 del Código Civil). Por lo que ahora interesa, el artículo 110 del RH permite que las faltas subsanables se subsanen por instancia de los interesados, pero «siempre que no fuere necesario un documento público u otro medio especialmente adecuado». Y en el presente caso, la norma material exige ese medio específico —la constancia de la subsanación en escritura pública— en atención a los intereses de las Administraciones Públicas. Si bien es cierto que el título presentado hace una descripción ciertamente escueta de la finca transmitida no lo es menos que la presentante del documento, actuando en representación de los otorgantes interesados en la inscripción, la complementa en los términos en que exige el registrador haciendo constar en su instancia (art. 110 del RH), su naturaleza, situación y superficie. Ciertamente no hace constar los linderos de la finca urbana pero tampoco el registrador ha opuesto en ningún momento que dude sobre la identidad de la finca registral sobre la que se le solicita inscripción por lo que de acuerdo a la doctrina expuesta, procede la estimación de este motivo de recurso.

Resolución de 14-10-2015
(BOE 5-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: FORMA DE HACER EL REQUERIMIENTO AL DEUDOR.

El artículo 132 de la LH determina los extremos a que se extiende la calificación registral en relación con las inscripciones y cancelaciones derivadas de los procesos de ejecución hipotecaria. Entre ellos está que haya sido demandado y requerido de pago el deudor, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor que tenga inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse la certificación de cargas en el procedimiento, todos ellos, en el domicilio que resulte vigente en el Registro. Siguiendo la estela marcada por la doctrina del TC, este Centro Directivo en una reciente resolución de 9 de septiembre de 2015, como ya admitiera la STS de 30 de mayo de 1947, ha considerado correcto que, cuando no resulta posible al Juzgado verificar la notificación y el requerimiento en el domicilio que aparece en el Registro, sea válida la efectuada en el domicilio real del deudor, puesto que si bien no ha cumplido estrictamente la previsión legal no cabe duda que el deudor fue requerido en su verdadero domicilio, con todas las garantías para él, resultando indudable que se ha cumplido plenamente la finalidad del requerimiento en su doble aspecto de invitación al pago y de anuncio o notificación del procedimiento judicial. En el presente expediente consta que cuando la registradora emitió su calificación únicamente se había acreditado que la notificación en el domicilio social la recibió una persona que manifestaba ser empleado de la sociedad. Pero solo se ha certificado de manera expresa que el requerimiento lo ha recibido el representante legal de la ejecutada en el informe que la secretaria del Juzgado ha emitido para que se tenga en cuenta en la tramitación de este recurso.

Resolución de 15-10-2015
(BOE 5-11-2015)
Registro de la Propiedad de Escalona

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE EXCESOS DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se ha entendido también reiteradamente, por este Centro Directivo, que las dudas del registrador en lo relativo a la identificación de la finca no pueden impedir, en vía de principios, la inscripción en los supuestos de expediente de dominio (puede verse en varias resoluciones como la resolución de 25 de noviembre de 2013), pues, en este caso, el juicio corresponde exclusivamente al juez, por ser este quien dentro del procedimiento goza de los mayores elementos probatorios para efectuarlo y de los resortes para hacerlo con las mayores garantías. No obstante, ello será así, se ha dicho también, salvo que, en tal momento, y con carácter de excepción a la citada regla general, el registrador no tenga ya dudas, sino la certeza de que el exceso no corresponde a la finca ya inscrita, pues en estos casos, frente al limitado alcance de la calificación de los documentos judiciales, debe primar la superior exigencia institucional de evitar tales indeseables situaciones (cfr. resolución de 25 de noviembre de 2013).

Resolución de 15-10-2015
(BOE 5-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: SUPUESTOS EN LOS QUE ES NECESARIA SU CONSTANCIA.

La cuestión que se plantea en el presente expediente se circunscribe en determinar si en una escritura de adjudicación parcial de herencia (solo sobre los bienes en España), en la que el bien descrito se adjudica en exclusiva a la viuda y se hace constar que la única legitimaria ha recibido ya bienes suficientes que cubren su legítima, consintiendo por tanto la misma la libre adjudicación y disposición de los bienes de la herencia en España a favor de la viuda, debe hacerse constar o no el número de identidad de extranjero (NIE) de la legitimaria a quien no se le adjudican ahora bienes. Hay que señalar que los elementos determinantes de la subsunción en el supuesto de hecho de la norma que desencadena la exigencia impuesta en la misma son dos: o bien tratarse de un acto o contrato por el que «se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles», o bien tratarse de un acto o contrato distinto pero con transcendencia tributaria. Y en cualquiera de tales casos la obligación de acreditación y constancia de los respectivos números de identificación fiscal se extiende a los comparecientes y a las personas o entidades en cuya representación actúen, con independencia de que su posición contractual sea la de transmitentes o constituyentes del respectivo derecho real o como adquirentes del mismo (resolución de 28 de julio de 2014). La relación jurídica con transcendencia tributaria es la sucesión de un causante, sucesión en la que intervienen todos sus herederos o sucesores tanto a título de herederos voluntarios como de legitimarios, sin que la circunstancia de que alguno de ellos no resulte adjudicatario de bien inmueble alguno pueda obviar su participación directa en una relación con transcendencia tributaria.

Resolución de 16-10-2015
(BOE 5-11-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 38

HERENCIA: FACULTADES DEL ALBACEA RESPECTO A LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y LA ENTREGA DE LEGADOS. HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL LEGITIMARIO EN LA PARTICIÓN.

Como cuestión previa, respecto a la declaración de la recurrente sobre la insuficiencia de la nota en lo que se refiere a si los defectos son o no subsanables, la indicación en la calificación de que se suspende el asiento solicitado indica que se puede subsanar, a diferencia de las denegaciones que no admiten esa posibilidad. Sentado que solo hay un albacea con el consejo del abogado de confianza de la familia, hay que determinar si corresponde a doña I. L. M. la función de contar y partir la herencia. La copiosa jurisprudencia y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que alega la recurrente, está referida a las funciones de albaceas universales en los que concurre además la designación expresa como contadores-partidores, lo que no ocurre en este expediente en el que doña I. L. M. tan solo ha sido designada para el cargo de albacea. Con independencia del carácter universal o no del cargo, los artículos 901 y 902 del Código Civil, determinan de forma clara cuáles son las facultades de los albaceas, sin que en las mismas se encuentren las de contar y partir, a menos que el testador las hubiese designado especialmente entre sus funciones, añadidas a las normales del albacea. Estas funciones de contar y partir se recogen en la dicción del artículo 1057 del Código Civil, de la que resulta que puede ser designada cualquiera persona que no sea uno de los coherederos. Respecto a la cuestión de la entrega de los legados —entrega de los bienes a los legatarios— el artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Ocurre que en el testamento de este expediente no está facultada expresamente la albacea para la entrega de los legados. Como afirmó este Centro Directivo en su resolución 1 de marzo de 2006, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos.

Resolución de 16-10-2015
(BOE 5-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8

BIENES INCLUIDOS EN ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL: NATURALEZA DE LA AUTORIZACIÓN EXIGIDA POR LA LEY.

Junto a la auténtica condición, se encuentra la denominada «*conditio iuris*» sobre la que hay cierto consenso en incluir, dentro de esta categoría, a hechos ajenos o extrínsecos al negocio mismo, pero cuya existencia es exigida por el legislador para que el negocio surta efectos. Y dentro de los supuestos englobables en la misma se hallan, precisamente, aquellos en los que el propio legislador exige

ciertas autorizaciones que vincula con la eficacia del negocio mismo. La consecuencia, de la diferencia entre ambas, en lo que aquí interesa, consiste en que la «*condictio iuris*» no puede elevarse a «*condictio facti*». Es decir, que las partes no pueden poner en condición accidental lo que la propia Ley exige para la eficacia del negocio. En el ámbito notarial y registral, especialmente, pues sería una vía fácil de burlar las exigencia legales, que tanto unos como otros deben verificar (imponiéndolo así en este caso expresamente la Ley), y que siempre podría, en caso contrario, erigirse como simples condiciones impuestas por los sujetos intervinientes. Por tanto, y como ya señaló este Centro Directivo en la resolución de 20 de octubre de 1980, la autorización exigida por la Ley 8/1975, de 12 de marzo de 1975, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, debería haberse exigido ya en el mismo momento de la autorización notarial y, por tanto, también a efectos de inscripción registral. No puede pretenderse, como se ha señalado, que la autorización únicamente deba exigirse al transmitirse el dominio, y hacer depender dicho momento, precisamente, de la obtención de la reiterada autorización, en los términos expuestos. Ciertamente, como alega el notario recurrente, no es competencia del Registrador calificador ni de esta Dirección General declarar la nulidad de una escritura pública, lo que competería en su caso a los tribunales de Justicia, sino únicamente su inscribibilidad o no, pero dejando al margen los problemas relativos a la validez y eficacia sustantiva de tal escritura y de los efectos inter partes que pueda producir, es lo cierto que el notario ha contravenido el texto literal del mandato contenido en el artículo 20 de la Ley 8/1975.

Resolución de 16-10-2015
(BOE 5-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2

Anotación preventiva de embargo: Caducidad. Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del RH, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Aunque a la fecha de adjudicación estuviese vigente la anotación, la resolución judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, según resulta de los preceptos citados en los precedentes vistos. En ningún caso, pueden contarse los efectos derivados del principio de prioridad registral, desde la fecha de los documentos, sino desde la de su presentación en el Registro de la Propiedad (arts. 24 y 32 de la LH). No obstante, como tiene declarado este Centro Directivo el actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la LH y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las

correspondientes tercerías de mejor derecho, o por la ausencia de buena fe, sin que en vía registral pueda determinarse la prórroga indefinida de la anotación preventiva de embargo, por el hecho de haber sido expedida la certificación de cargas, por cuanto la prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas viene determinada por Ley y su caducidad implica la pérdida de su prioridad registral.

Resolución de 19-10-2015
(BOE 19-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

TESTAMENTOS: INTERPRETACIÓN. MODO: NATURALEZA E INSCRIPCIÓN.

Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. La jurisprudencia ha empleado como primera norma de interpretación la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, si bien atemperada y matizada por los elementos lógicos, teleológicos y sistemáticos que conforman el sentido espiritual de la voluntad del testador, esto es su voluntad real. Recapitulando, es doctrina de este Centro Directivo que los principios que han de regir la interpretación de las cláusulas testamentarias son (RDGRN de 18 de enero de 2010) son: —Que la voluntad del testador es la ley de la sucesión (cfr. arts. 667 y 675 del Código Civil). —que, en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición. —Ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias. —Que debe prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia del legado, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad. —Que es lógico entender que en un testamento autorizado por Notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del Notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje. El modo se define como aquella disposición agregada por el testador a la institución de heredero o al legatario en virtud de la cual los beneficiados con ella (heredero o legatario) quedan sujetos a su vez al cumplimento de una carga, gravamen o destino (una obligación de dar, hacer o no hacer). El modo se diferencia de la condición suspensiva, ya que los efectos del acto o negocio en que interviene el modo tienen lugar inmediatamente. También debe diferenciarse el modo de los simples ruegos, consejos o recomendaciones, ya que estos son jurídicamente irrelevantes. Sobre el obligado modal no pesa, para el caso de incumplimiento, sino la amenaza de revocación del acto que, a la vez de imponerle el deber modal, le dispensó un beneficio o incremento patrimonial lucrativo. La carga modal debe cumplirse por el gravado y en caso de incumplimiento culpable faculta para resolver la sucesión. Sentado lo anterior también cabe cuestionarse si esta carga modal

en el caso que imponga un uso o destino determinado está sujeto a un plazo máximo de eficacia. La doctrina da una respuesta afirmativa, señalando que tratándose de personas físicas se aplica el límite fijado en el artículo 785.2.º del Código Civil (límite del segundo grado) y tratándose de personas jurídicas será un plazo de treinta años (arts. 515 del Código Civil y 21.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de 2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). En base a estos criterios y ante las dudas interpretativas sobre si estamos ante una condición o un modo, el Código Civil cuenta con una norma que consagra un «*favor modi*»*:* el artículo 797.1 del Código. La doctrina mayoritaria viene manteniendo la accesibilidad de la carga modal al Registro de la Propiedad porque la carga modal es en la mayoría de los casos una afección inmobiliaria de trascendencia real. Por tanto y en base a estas premisas, si el recurrente considera que se ha producido una inexactitud registral provocada por un error debe acudir a los artículos 211 a 220 de la LH y 313 a 331 de su Reglamento. Si por el contrario y como al final del recurso manifiesta el recurrente que no se está discutiendo si la inscripción que se verificó en su día estaba o no correctamente practicada sino si se puede acceder a la cancelación de la carga solicitada en aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, este Centro Directivo, en resolución de 13 de septiembre de 2011, ya como doctrina reiterada, considera que, «tratándose de inscripciones ya efectuadas y encontrándose los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales con arreglo al artículo 1 LH, su modificación o cancelación solo podrá realizarse mediante el consentimiento del o de todos los titulares registrales que se encuentren legítimamente acreditados (art. 3 LH), o bien mediante una resolución judicial recaída en juicio declarativo contra los mismos (*vid.* también arts. 82, 214 y 217 LH). En caso contrario se produciría una situación de indefensión de tal titular, proscrita por el artículo 24 CE». Por tanto, para proceder a la cancelación solicitada es preciso el consentimiento del titular registral o sus herederos o en su defecto resolución judicial. Finalmente, no cabe en el presente caso, como solicita el interesado, que se cancele el asiento por ser la carga de imposible cumplimiento aportando para ello un informe desfavorable sobre el destino del templo de la vivienda pretendida emitido por el servicio de extinción de incendios, ya que no es competencia del registrador valorar dicha circunstancia sino que es preciso lo dicho anteriormente, necesidad del consentimiento del titular registral —en este supuesto, aquellos a favor de quienes se constituyó la carga o quienes tienen derecho a exigir su cumplimiento— o en su caso resolución judicial.

Resolución de 19-10-2015
(BOE 19-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Daimiel

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN DE EMBARGO ADMINISTRATIVO EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

En la fase de liquidación, atribuida la competencia de la ejecución universal al juez del concurso, con la excepción en relación con las garantías reales del artículo 57.3, también le debe ser atribuida la competencia para decretar los correspondientes mandamientos cancelatorios de las anotaciones preventivas de embargo. Por ello, el artículo 149, apartado número 5, de la Ley Concursal determina que

«en el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen». Debe concluirse, por tanto, que abierta la fase de liquidación, con la aprobación de la adjudicación o transmisión, el juez del concurso puede decretar la cancelación de los embargos administrativos toda vez que no se trata de créditos con privilegio especial. De acuerdo con lo expuesto, compete al juez ordenar la cancelación de las anotaciones (cfr. art.149.5 de la Ley Concursal) en el auto de aprobación de la transmisión del bien, lo que no queda suficientemente claro en el mandamiento expedido, por lo que este defecto debe ser confirmado, no obstante lo cual, el defecto será fácilmente subsanable, mediante la aportación de un nuevo mandamiento en el que se inserte el auto del juez ordenando dicha cancelación.

Resolución de 20-10-2015
(BOE 19-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: TRACTO SUCESIVO.

Ha dicho anteriormente este Centro Directivo (resoluciones citadas en los «Vistos»), en nuestro sistema registral, todo título cuyo acceso al Registro se pretenda ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento dirigido contra él (cfr. arts. 20 —especialmente el párrafo último, adicionado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre de 2003— y 40 de la LH), alternativa esta última que no es sino desenvolvimiento del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (art. 1 de la LH). Por ello, en vía de principio, la anotación preventiva de demanda debe practicarse siempre que dicha demanda se interponga frente al titular registral y suspenderse o denegarse —según los casos— cuando la finca esté inscrita a favor de otra persona. En el supuesto de este expediente si bien del propio mandamiento resultan indicios de que el titular registral es causahabiente del demandado no nos encontramos ante un procedimiento criminal por lo que no cumpliéndose los requisitos legales exigidos y por las razones antes expuestas, no procede aplicación analógica alguna. Para proceder a la anotación de la demanda será pues preciso presentar el título del que deriva la titularidad del demandado para, previa calificación por la registradora, extender en su caso a la inscripción de la finca a favor de este y posteriormente la anotación ordenada. En la propia nota se señala en su inicio: «Suspendida la inscripción del precedente documento…», luego claramente se determina el carácter subsanable del defecto. Cuando la registradora hace referencia a que no se toma anotación conforme al artículo 65 de la LH no hace sino ratificar el carácter subsanable de la falta observada. La anotación a que se refiere dicho artículo es la que se extiende por suspensión en sustitución de la anotación de demanda ordenada y esta anotación debe solicitarse de forma expresa por el interesado conforme dispone dicho artículo.

Resolución de 22-10-2015
(BOE 19-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Laguardia

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Como cuestión previa es necesario recordar que constituye reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación. Únicamente se recurre el primer defecto. Se trata nuevamente de dilucidar en este expediente si es inscribible una sentencia recaída en procedimiento ordinario seguido contra desconocidos herederos del titular registral cuando no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. La doctrina de este Centro Directivo, impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones 27 de mayo de 2013 y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y 5 de marzo de 2015). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 20-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Albocásser

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL: FACULTAD DE AUTOCONTRATAR.

Según reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.* por todas, resoluciones 22 de octubre de 2012 y 22 de febrero de 2014), para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Ley 24/2001 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. En el presente caso, el notario autorizante de la escritura de donación emitió un juicio de suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el concreto acto o negocio jurídico pretendido en relación con las facultades que se pretenden ejercitar, pero no hizo constar la posibilidad de salvar el autocontrato o

el conflicto de intereses. Faltando tal concreción, y de conformidad con la doctrina antes reseñada, no puede estimarse correctamente formulado el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas del apoderado de los donantes.

Resolución de 21-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Torrelaguna

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registradora manifiesta una serie de razones por las que considera que existen dudas sobre la identidad de la finca que impiden la inscripción de una rectificación de cabida. Y en este sentido procede confirmar el criterio sostenido en la nota de calificación. El hecho de que en el Registro exista una finca rústica y que ahora se hable de dos parcelas urbanas, que una de ellas se diga que está atravesada por una calle, o que se alteren linderos fijos de la finca, unido a que en el informe técnico no se incorporen planos que pudieran servir de aclaración de la situación física de las parcelas, constituyen un conjunto de circunstancias que justifican sobradamente las dudas que alberga la registradora y que, conforme al artículo 298.3, párrafo quinto, nos conducen a la desestimación del recurso, máxime cuando nuestra normativa ofrece vías alternativas, que no han sido utilizadas en el caso que nos ocupa, con publicidad, mayores garantías procedimentales y expresa citación a colindantes y otros posibles interesados para disipar tales dudas fundadas resultantes de la calificación registral.

Resolución de 21-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Torredembarra

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. COMPETENCIA PARA RESOLVER ESTE RECURSO.

No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno

derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la Propiedad (p. ej. arts. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presento recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. Calificación registral de las cláusulas de los préstamos y créditos hipotecarios. La resolución de 28 de abril de 2015 después de fijar los supuestos de aplicación de la legislación sobre transparencia de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario y de protección de los consumidores, y de aclarar, con base en el referido criterio de interpretación sistemática, el contenido necesario de la inscripción de hipoteca y los efectos jurídicos de la misma, procede a señalar cuál es el alcance de la calificación registral de las estipulaciones contenidas en las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios atendiendo a la aplicabilidad o no de la citada normativa de defensa de los consumidores. Así el registrador podrá, con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Igualmente el registrador podrá rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho. A este respecto debe recordarse que la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (las predispuestas por una de las partes con el objeto de incorporarlas a una pluralidad de contratos) es aplicable aunque el adherente —persona física o jurídica— sea un profesional y actúe en el marco de su actividad (art. 3) y que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1), sin necesidad de que tengan la condición de abusivas. Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (art. 98 de la LH). Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido de-

clarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el Registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la LH, con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013. Deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen. Por último, respecto del controvertido tema de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos: a) que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes; b) que cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate; c) que procede la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. El registrador de la propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato». Esta norma sería aplicable, en tanto no se presente recurso ante el Tribunal Constitucional, la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva. Eso es lo que precisamente ha hecho el registrador, aunque quizá no con toda la claridad argumentativa que sería deseable, por lo que el defecto debe ser confirmado al encontrarse suficientemente fundamentada la nota de calificación y haber actuado el registrador dentro del marco de extensión de sus facultades calificadoras. Por su parte, el artículo 251.6, número 4, letra b), del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «4. En los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: (…) b) Las que fijen un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado y tengan al menos una de las siguientes características: 1.ª Que se haya fijado un límite a la bajada del tipo de interés, pero no a su subida. 2.ª Que el límite establecido a la bajada de los tipos de interés sea superior al 50% del valor del índice de referencia aplicable en el

momento de la contratación que figure en el contrato, con la única excepción de los límites que se establezcan en el 1%, supuesto en que dicha limitación porcentual del 50% no se aplica. 3.ª Que la diferencia entre el límite fijado en el contrato para la subida y la bajada de los tipos de interés sea superior a 5 puntos»; lo que implica no solo una declaración explicita de abusividad, sino también un ámbito de aplicación diferente ya que comprende todos los préstamos o créditos hipotecarios cualesquiera que fuera su finalidad o la naturaleza de la finca hipotecada, con tal de que el prestatario tenga la condición de consumidor —ya sea persona física o jurídica—, siempre que junto con el límite de la variación a la baja del tipo de interés ordinario concurra alguna de las circunstancias expuestas. A este respecto, es indudable que existe un límite máximo a la variación del tipo de interés al alza, que será el que resulte de la negociación colectiva entre el banco y sus empleados a través de los órganos de representación sindical, por lo que aunque el mismo sea, a su vez, variable al alza o a la baja según lo que en cada momento señale el respectivo Convenio Colectivo, la sola presencia de dicho pacto excluye el supuesto de aplicabilidad recogido en el artículo 251.6.4 del Código de consumo de Cataluña para el caso de «no fijación de un límite a la subida del tipo de interés». En cuanto al hecho de que su indeterminación inicial impide valorar la falta o concurrencia de la proporcionalidad a que se refiere tanto la normativa estatal como la catalana, este Centro Directivo entiende que también la previsión contractual a la se refiere este expediente excluye la aplicación de esa normativa porque en tal supuesto —fijación del tipo máximo en una negociación colectiva— no nos encontramos en presencia ni de una condición general de los contratos ni de una cláusula abusiva a la que le sea aplicable la normativa de consumidores.

Resolución de 22-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA: EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL.

En sede de hipoteca el RH exige que las partes hayan pactado con anterioridad, en el momento de la constitución, la posibilidad de su ejercicio extrajudicial y, señaladamente, que se determine la persona que en su día haya de otorgar la escritura pública de transmisión. Si no obstante haberse omitido dicha designación, se hubiera continuado con el procedimiento concluyendo con la venta extrajudicial, el artículo 236.1.1 del RH prevé expresamente que la escritura sea otorgada «por el rematante o el adjudicatario y el dueño de la finca o la persona designada conforme al artículo 234». En el supuesto que motiva el presente expediente, la registradora, ante la falta de designación de quien debiera otorgar la escritura en representación del hipotecante, optó por expedir la certificación, pero no extender la nota marginal, advirtiendo de esta circunstancia y de que a su juicio no debía seguirse con el procedimiento. Podemos concluir que dos son los principales efectos de esta nota marginal: El primero de ellos es el dar a conocer al propio ejecutante y a los posibles licitadores la existencia, alcance e importe de las cargas y derechos que afectan a la finca y en concreto la existencia de cargas anteriores que no desaparecerán con la ejecución y que el

adquirente deberá soportar. El segundo, identificar a los titulares de cargas y derechos inscritos o anotados con posterioridad al del acreedor ejecutante que se verán extinguidos por la realización del bien, para notificarles el inicio del proceso de ejecución para que puedan intervenir en él a los efectos legalmente previstos. No habiéndose extendido la nota marginal de expedición de cargas su función de dar conocimiento al que accede con posterioridad al Registro, de la ejecución de la hipoteca no se produce, por lo que el titular posterior de una carga se ve privado de la oportunidad de intervenir en la subasta o satisfacer el remate del crédito, o simplemente de buscar otras alternativas al embargo de la finca para defender su crédito. En consecuencia no procede la cancelación de la anotación a instancia del titular de la finca sin consentimiento del acreedor, en este caso la Hacienda Pública que fue además la autoridad que decretó la anotación y que deberá así mismo ordenar su cancelación.

Resolución de 23-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Benidorm, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE DEL CONCURSADO PARA INSCRIBIR EL CONCURSO.

En primer lugar hay que señalar que solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación —en este caso el mandamiento expedido por la secretaria del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante solicitando la práctica de anotación preventiva de la declaración de concurso de acreedores—, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma que no pueden ser tomados en consideración en la resolución del presente recurso (*vid.* por todas, las resoluciones de 21 de junio de 2013 y de 28 de agosto de 2013). En segundo lugar, procede señalar que el recurso contra la calificación registral no es la vía adecuada para rectificar los asientos ya practicados, los cuales, están bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. art. 1 de la LH) y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley. Es el artículo 40 de la LH el que regula los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando este es inexacto (*vid.* entre otras muchas, la resolución de 2 de agosto de 2006). El sistema de tutela del cónyuge del deudor común declarado en concurso de acreedores establecido por la citada Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, es el derecho a solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, debiendo el juez del concurso acordar la disolución de la sociedad o comunidad y la liquidación o división del patrimonio ganancial o común (art. 77.2, segundo inciso, de la Ley Concursal). Ese derecho puede ser ejercitado por el cónyuge del concursado en cualquier momento, incluso después de que se hubiera producido la enajenación de uno o varios bienes gananciales. Si se ejercita, el concursado no puede oponerse a la disolución, ni siquiera aunque los bienes privativos fueran suficientes para la satisfacción íntegra de los créditos concursales reconocidos. Como se comprende sin dificultad, este derecho, para ser efectivo, exige que el cónyuge del concursado conozca la declaración de concurso. Y, salvo que el auto de declaración de concurso contenga mención relativa al cónyuge y a decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 de la Ley Concursal en relación con la disolución de la sociedad de gananciales (art. 21.7 de la misma Ley), la única

forma de asegurar ese conocimiento es a través de la notificación de la declaración de concurso. La notificación es, pues, presupuesto para la efectividad del derecho.

Resolución de 23-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Cádiz, número 3

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del TS transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 160.f de la Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resolución de 26-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 5

CANCELACIÓN DE UN ASIENTO SIN CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL: EXTINCIÓN DEL DERECHO INSCRITO POR DISPOSICIÓN DE LA LEY.

La Ley 34/1998, de 7 de octubre de 1998, del sector de hidrocarburos, vino a culminar el proceso de liberalización del sector. Y en lo que ahora nos inte-

resa estableció en su disposición adicional segunda: «Quedan extinguidas definitivamente las concesiones del Monopolio de Petróleos para el suministro de gasolinas y gasóleos de automoción mantenidas al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre de 1992. Las actividades objeto de dichas concesiones se continuarán desarrollando en la forma regulada en el Título II». Ciertamente, es regla general que para la cancelación de un asiento registral se presupone bien el consentimiento del titular del derecho reflejado en dicho asiento, bien la pertinente resolución judicial supletoria. (cfr. arts. 1, 40 y 82 de la LH). Pero, no es menos cierto que dicha regla tiene importantes excepciones y una de ellas es cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título inscrito, o por disposición directa de la ley (art. 82 de la LH). Es esto lo que ocurre precisamente en el caso objeto de este expediente, en tanto, como se ha expuesto, la concesión administrativa y el correlativo derecho de reversión que aparecen inscritos en el Registro han quedado extinguidos por directa disposición de la Ley, siendo en consecuencia suficiente para su cancelación la solicitud realizadas por los titulares registrales del dominio de la finca a través de la instancia con firma legitimada notarialmente.

Resolución de 26-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Rota

CANCELACIÓN DE ASIENTOS POR EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA DICTADA POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: REQUISITOS.

Respecto al primero de los defectos expuestos, la falta de firmeza de la resolución judicial, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo, puesta de manifiesto entre otras en las resoluciones de 18 de diciembre de 2013 y 16 de junio de 2014 y 1 de octubre de 2014, sobre la necesidad de firmeza de las resoluciones judiciales para que puedan dar lugar a la práctica en el Registro de la Propiedad, de asientos de inscripción o cancelación, dado el carácter definitivo de los mismos. El segundo defecto se refiere a la necesidad de presentar los oportunos mandamientos que ordenen la práctica de los asientos registrales a que se refiere el auto judicial dictado en ejecución de sentencia. Defecto que debe ser confirmado. La figura del mandamiento, que se convierte en elemento formal indispensable para ciertas actuaciones registrales —*vid.* artículo 133 de la LH y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, está prevista como acto procesal de comunicación en el artículo 149 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, para cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los registradores de la propiedad. A falta de expresión en el título presentado ante el registrador de la solicitud explícita de los asientos cuya cancelación se pretende no constituye una violación de aquel principio pues la sola presentación en el Registro (art. 6 de la LH), lleva implícita la solicitud de la práctica de todos los asientos que puedan practicarse siendo incumbencia del Registrador la determinación de cuales sean estos (resolución de 20 de julio de 2006). Dicha doctrina general es perfectamente compatible con la que sostiene que tratándose de inscripción de documentos judiciales y más concretamente de sentencias declarativas o constitutivas que afectan a derechos inscritos, debe especificarse qué asientos deben ser objeto

de cancelación. Debe confirmarse igualmente el defecto consistente en que los asientos afectados por la nulidad declarada judicialmente, no pueden ser cancelados por no haber sido parte sus titulares en el procedimiento judicial tramitado ni hallarse afectados los mismos por anotaciones de demanda que, en algunos casos no se han practicado, y en otros se han extinguido. Debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien deba apreciar en cada caso concreto si los titulares registrales afectados por el pronunciamiento judicial han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula, y si concurren o no circunstancias que deban ser dignas de protección, como expresamente ha reconocido la Sala Primera del TS, en su sentencia citada de 16 de abril de 2013.

Resolución de 27-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Valdemoro

PARTICIÓN DE HERENCIA: REPRESENTACIÓN DE HEREDEROS MENORES DE EDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA PARTICIÓN.

El artículo 1060 del Código Civil, cuya reciente redacción por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, no ha modificado el sentido del texto anterior: «Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial…». Pero señala el registrador que la falta de adjudicación supone un incumplimiento de la posible igualdad exigida por el artículo 1061 del Código Civil, porque no se hacen lotes o adjudican cosas a los herederos de la misma naturaleza, calidad o especie. Ciertamente, el artículo 1061 reza «se ha de guardar la posible igualdad», siendo esa posible igualdad un requisito de apreciación relativa, pero tratándose de menores se convierte en una imposición necesaria para sus representantes legales. Este Centro Directivo en resolución de 26 de enero de 1998 determinó en un supuesto semejante al de este expediente, en el que intervienen en la partición de herencia el cónyuge viudo, un hijo y un nieto, este menor, representado por su madre y los dos primeros se adjudican todos los bienes inventariados y parte del dinero y el menor (como en el caso que nos ocupa) solo dinero, que las adjudicaciones son actos que exceden de lo meramente particional y que, por consiguiente, es necesaria la autorización judicial que, para la enajenación de los bienes inmuebles exige el artículo 166 del Código Civil En el presente caso, además debe tenerse en cuenta lo establecido en el testamento cuando dispone que «para el solo caso de que su intervención sea requerida o existan interesados en la herencia menores o incapacitados, nombra albaceas, comisarios, contadores-partidores a (…). Su intervención no será necesaria si todos los herederos son mayores de edad y plenamente capaces y formalizan la partición de mutuo acuerdo», por lo que habiendo en la herencia herederos menores de edad, se deduce la necesaria intervención de los albaceas contadores-partidores y sin que esta Dirección General deba pronunciarse ahora, si una partición realizada en los términos recogidos en la escritura calificada verificada por los contadores-partidores, existiendo legitimarios, implicaría acto de enajenación y no de partición que quedaría excluida de las facultades de los indicados albaceas contadores partidores (cfr. art. 326 de la LH).

Resolución de 27-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5

HIPOTECA: CLAUSULA SUELO A TIPO CERO.

La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte como cláusula suelo «el cero por ciento» o «que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, de tal manera que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor», es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma. Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la resolución de 13 de septiembre de 2013, no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. Así, frente a la opinión del notario recurrente, que defiende una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (*vid.* resolución de 29 de septiembre de 2014). La alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida que señala que «a pesar de que el tipo de interés de esta operación crediticia es variable, la parte deudora nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés aplicable por debajo del cero (0,00), por lo que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor», no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera, este no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse. Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza; esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

Resolución de 27-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Burjassot

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN CONSTANDO NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN.

Dentro de todas las cualidades propias de la nota marginal de expedición de certificación de cargas no se encuentra la de determinar por sí sola, automática y

necesariamente, el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza deba ser satisfecha en su totalidad, presupuesto necesario para el comienzo del cómputo del plazo de prescripción a que refiere el artículo 82, párrafo quinto, de la LH. La resolución de 27 de enero de 2014 estableció que para valorar el alcance de la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en relación con la prescriptibilidad de la inscripción de hipoteca a cuyo margen se practica deben diferenciarse dos hipótesis diferentes, a saber: —Primera, que la nota marginal se expida después de que conste registralmente el vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca, circunstancia que de modo más común se producirá por el transcurso del plazo por el que se constituyó el préstamo. En este caso, la nota marginal de expedición de certificación de cargas interrumpe la prescripción de la acción ya nacida de acuerdo con el artículo 1973 del Código Civil y vuelve a iniciarse el cómputo del plazo legal, de modo que hasta que transcurran veintiún años contados desde la fecha en que la nota se extendió (resoluciones de este Centro Directivo de 4 de junio de 2005 y 24 de septiembre de 2011) sin que medie otro asiento que otra circunstancia acredite, no podrá procederse a cancelar por caducidad el asiento de inscripción de hipoteca a que se refiere la nota marginal. —Segunda, que no habiendo llegado el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza deba ser satisfecha en su totalidad según Registro, esto es, básicamente, durante el periodo contractual de amortización, se extienda en virtud del correspondiente mandamiento la nota al margen de la inscripción de hipoteca acreditativa de haberse expedido certificación de dominio y cargas para procedimiento de ejecución hipotecaria. En este supuesto, nada interrumpe la nota marginal porque ningún plazo de prescripción habrá nacido previamente —al menos desde la perspectiva registral—, y, no determinando la extensión de la nota marginal según lo expuesto ninguna fecha especial en relación con el plazo de prescripción, no podrá cancelarse por caducidad conforme al artículo 82, párrafo quinto, de la LH la inscripción de hipoteca hasta que transcurra el plazo de veinte años que para la prescripción de la acción hipotecaria establecen los artículos 1964 del Código Civil y 128 de la LH más un año más, contados no desde la extensión de la nota marginal sino desde la fecha de amortización final del préstamo.

Resolución de 28-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Saldaña

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: FORMA DE ACREDITARLO.

La determinación del régimen económico matrimonial influye sobre el poder de disposición que cada cónyuge ostenta respecto de los bienes integrantes del patrimonio, bien sea privativo de alguno de ellos o común. Por tanto, será necesario que en la escritura calificada conste determinado el régimen económico matrimonial de modo que el Registrador pueda dar debido cumplimiento a las previsiones establecidas en el citado artículo 18 de la LH. Tratándose de bienes adquiridos por cónyuges extranjeros, la cuestión es determinar el momento en que tal régimen debe ser acreditado por los medios legalmente previstos al registrador, bien en el momento de la adquisición del bien cuando ingresa en su patrimonio o bien en el momento de su disposición. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artí-

culo 36 del RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la resolución 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (*vid.*, entre otras, las SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999, y la resolución de 20 de enero de 2011). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquel no sea invocado por las partes.

Resolución de 28-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS. SEGREGACIÓN DE UNA FINCA RÚSTICA: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. De ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición. Tratándose la finca segregada de una finca rústica, cuestión que no ha sido discutida por la recurrente, lo más relevante, como ya señalaron las resoluciones de 27 de enero de 2012 y 1 de diciembre de 2014, es el respeto a la unidad mínima de cultivo, cuestión que sí ha sido planteada por la registradora al prever la aplicación de los artículos 78 y 80 del Real Decreto 1093/1997 y, por tanto, la necesidad de recabar oficio de la administración agraria competente. Será dicha administración agraria competente, y no la autoridad municipal, la que valore las circunstancias concurrentes en el presente caso (teniendo en cuenta, sin duda, la fecha de otorgamiento de la escritura de segregación) para determinar la validez o nulidad de la segregación por debajo de la unidad mínima de cultivo, y la concurrencia o no de alguna de las excepciones previstas en la normativa agraria.

Resolución de 28-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Falset

PROHIBICIÓN DE DISPONER ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 140 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA: EFECTOS Y ALCANCE.

El rigor de los efectos de las prohibiciones de enajenar ha sido objeto de matización cuando se trata de actos de disposición o enajenación posteriores a

la prohibición pero extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar. La prohibición de disponer establecida en el artículo 170 de la Ley General Tributaria comprende una limitación del poder de disposición de los bienes de una sociedad en el caso de embargo al titular de las acciones o participaciones de la misma que ostente una situación de control efectivo en ella por el elevado porcentaje de participación del que es propietario, con la finalidad de evitar una depreciación de dichas participaciones objeto de la traba de embargo y como medio de asegurar el pago de las obligaciones tributarias contraídas por el titular de los títulos representativos del capital social. La doctrina ya establecida que permite la inscripción o anotación de actos de naturaleza dispositiva sobre los bienes sujetos a una prohibición de disponer o de enajenar cuando aquellos vengan ordenados en cumplimiento de la responsabilidad patrimonial del titular de los bienes, debe ser igualmente aplicada al supuesto contemplado, máxime en el caso presente, en el que el asiento solicitado, consistente en una anotación de embargo, no deja de ser una medida cautelar de garantía de satisfacción de una deuda, cuya realización no se ha verificado aún y que por ello no ha supuesto acto dispositivo alguno, y cuya constancia evita la aparición de terceros en el Registro que pudieran perjudicar al acreedor embargante, pero sin que el titular de la anotación preventiva de prohibición de disponer quede perjudicado, de modo que de producirse la ejecución del embargo, la anotación de prohibición de disponer no deberá cancelarse por tratarse de una carga anterior, y todo ello sin perjuicio de que la registradora notifique a la Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Andalucía, la práctica de la anotación preventiva de embargo, al objeto de que por esta puedan hacerse valer sus derechos en el proceso judicial, si lo considerase oportuno (cfr. art. 15 de la Ley 28/1998, de 13 de julio de 1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles).

Resolución de 29-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Ocaña

INMATRICULACIÓN POR SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO: REQUISITOS.

La firmeza de una resolución judicial puede acreditarse bien porque el secretario, al expedir el testimonio, así lo manifieste, bien porque en la resolución judicial de que se trate se acuerde que solo se expida testimonio cuando sea firme y medien los plazos necesarios entre la emisión de la sentencia y la expedición del testimonio. En el supuesto que nos ocupa en la sentencia no se hace previsión alguna a la expedición del testimonio una vez sea firme y aun cuando, como dice el recurrente, han transcurrido varios meses desde la fecha de esta hasta la expedición del testimonio, de la diligencia extendida por el secretario que se limita a declarar que «lo anteriormente trascrito es copia de su original que me ha sido exhibido y al que me remito…», no resulta la firmeza de la resolución judicial que determina el acto inscribible por lo que procede confirmar el defecto señalado por el registrador en su nota de calificación. Es

doctrina reiterada de este Centro Directivo (véanse resoluciones expresadas en los «Vistos») que en juicio declarativo ordinario es posible la inmatriculación de fincas, sin necesidad de acudir a los procedimientos de inmatriculación específicos previstos en la LH. Lo que la sentencia refleja es que efectivamente no es necesaria una orden expresa para que sea inscrita puesto que en efecto puede obtenerla el interesado, ya que como ha reiterado esta Dirección General, las sentencias firmes declarativas de propiedad son directamente inscribibles, sin necesidad de posteriores actividades ejecutorias las cuales, conforme a los artículos 517 y 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultarían redundantes. Además al tratarse de una inmatriculación tampoco resulta necesario, lógicamente, pronunciamiento alguno relativo a los asientos registrales. En consecuencia este defecto debe decaer, siempre y cuando, como se ha hecho constar anteriormente, quede acreditada la firmeza de la resolución judicial. Este Centro Directivo ha tenido la ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la necesidad de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos coincidentes a la hora de inmatricular una finca (resoluciones de 8 de noviembre de 2012, 6 de septiembre de 2013 y 5 de agosto de 2014, entre otras muchas). Con independencia del medio inmatriculador utilizado, el artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de 1996, no alberga dudas, y exige dicha certificación plenamente coincidente, sin que ello suponga una calificación del examen judicial del título adquisitivo o de sus pronunciamientos. La doctrina de este Centro Directivo ha expresado de manera reiterada que el título formal objeto de inscripción debe incluir, dentro de las limitaciones o condiciones de cada caso, todas las circunstancias descriptivas y delimitadoras de sujetos, objetos y derechos expresadas en los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento. Esta exigencia, no puede ser objeto de relajación o excepción al tratarse de un documento judicial, ya que deviene imprescindible su calificación al amparo del artículo 100 del RH, que impide la inscripción por motivos que resulten del propio Registro, dentro de los cuales se incluye la insuficiencia de los datos mínimos configuradores del asiento en relación a los titulares de los derechos, la finca objeto de la inscripción, y de los derechos, condiciones y limitaciones de los mismos. Queda claro a tenor de los artículos mencionados de la Ley y el RH que en toda inscripción, y máxime en la primera de ellas, deben cumplirse los requisitos exigidos.

Resolución de 30-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Negreira

HERENCIA: LLAMAMIENTO SUJETO A CONDICIÓN.

La idéntica condición impuesta en el testamento de los dos causantes, que a efectos de la resolución se reproduce literalmente la de la última fallecida: «…con la condición de que este cuide al testador y a su esposa, así en salud como en la enfermedad, hasta el fallecimiento del último. Esta obligación es trasmisible, en su caso, a los descendientes del citado nieto, y en caso de incumplimiento pasará el cupo asignado a cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos, con preferencia del mayor sobre el menor y sin distinción de sexo, que la cumpla. Si ninguno la cumpliese, tal cupo se refundiría en la herencia y se distribuiría a partes iguales entre los hijos del testadora».

Ciertamente la demanda fue entablada contra uno de los nietos, pero también es cierto que de los fundamentos de Derecho de la sentencia y a la vista de los mismos, se desprende de forma clara el incumplimiento de la condición por parte de todos los descendientes, de manera que el cupo se refunde en la herencia y se distribuirá por partes iguales entre los hijos de los testadores. No siendo titulares registrales (cfr. arts. 20 y 38 de la LH) demandar a cada uno o todos los nietos de los causantes, que no han hecho reclamación alguna sobre los bienes de la herencia, cuando de la lectura de la sentencia firme reseñada, resulta, que se consideró su incumplimiento y fue aceptado como tal, deviene innecesario. Es evidente, como dice la juez, el incumplimiento de la condición. En consecuencia, debe refundirse ese cupo y repartirse entre los hijos de los causantes.

Resolución de 30-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Padrón

ARRENDAMIENTO: DURACIÓN. FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN.

En este expediente, en el contrato de arrendamiento se pacta literalmente: «El plazo de duración del presente contrato se establece por un periodo de tres años (…) Llegado el plazo máximo de tres años pactados, sin denuncia del arrendador o arrendatario con un plazo máximo de treinta (30) días, el contrato se prorrogará por plazos anuales. Las partes con treinta días de antelación a la fecha de finalización de cada prórroga podrán denunciar la terminación del contrato notificando (…)». Es decir, las sucesivas prórrogas pactadas no quedan a la exclusiva voluntad del arrendatario, lo que supondría su nulidad de acuerdo con la STS de 9 de septiembre de 2009, sino que queda reservada a ambas partes contratantes la posibilidad de denunciar la terminación del contrato con un preaviso de treinta días lo que debe entenderse válido civilmente, pues no supone perpetuidad del contrato que sería nulo, y no genera inseguridad respecto al tercero que consulte el Registro que puede conocer los plazos y formas de determinación de la duración del arrendamiento, por lo que este defecto debe ser revocado. Esta Dirección General ha afirmado en innumerables ocasiones (y muy recientemente, *vid.* resolución de 17 de abril de 2015), que la identidad de la finca registral transmitida con la que consta en el Registro es una de las exigencias impuestas por dos principios básicos hipotecarios, como son el de tracto sucesivo y el principio de especialidad.

Resolución de 30-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Albarracín

DOCUMENTOS JUDICIALES: ACREDITACIÓN DE LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo sobre la necesidad de firmeza de los documentos judiciales para que puedan dar lugar a la práctica en el Registro de la Propiedad, de asientos de inscripción o cancelación, dado el carácter

definitivo de los mismos. En el presente expediente, consta la firmeza de forma manuscrita, único texto que consta de esta forma siendo el resto mecanográfico, en la parte superior del testimonio, por lo que las dudas del registrador son razonables en cuanto a su autenticidad, por lo que el recurso debe ser desestimado, sin perjuicio de que su subsanación sea sencilla mediante la aportación de un nuevo testimonio que no suscite dudas de autenticidad.

Resolución de 3-11-2015
(BOE 24-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 1

USUCAPIÓN: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN. FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN. FINCA REGISTRAL: EXPRESIÓN DE LA SUPERFICIE.

La usucapión reconocida mediante sentencia a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. art. 36 de la LH). En el caso de la usucapión extraordinaria, puesto que el procedimiento seguido para su declaración alterará el contenido de los libros del Registro deberá ser entablado, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión, pero no será necesaria la acreditación de la existencia o la validez de los títulos de hipotéticos adquirentes posteriores pues precisamente dicha modalidad de prescripción adquisitiva no precisa ni de buena fe ni de justo título siendo únicamente necesario acreditar la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y cumplidos los plazos legales nada impide la inscripción o cancelación de asientos. Debe partirse de lo que constituye doctrina reiterada por esta Dirección General, en el sentido de que, siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la LH y 44 y 51.6 del RH), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. En el presente caso la Registradora señala en su nota que «de los documentos presentados no puede apreciarse la identidad de la finca, habida cuenta que la sentencia la identifica como edificio conocido popularmente como «La Salvadora» sito en la calle (…) de Cubelles y el Registro de la Propiedad a nombre de la entidad Cooperativa La Salvadora consta inscrito edificio de dos plantas sito en la calle (…) o calle (…)». Sin embargo, no parece que la mera alteración del número de policía sea motivo suficiente para apreciar esa falta de identidad. Sobre todo si se tiene en cuenta que en la sentencia objeto de calificación se ha identificado la finca, no solo en atención a la calle y número, sino que se han señalado los datos registrales completos de la misma. Sí que debe confirmarse el criterio sostenido por la registradora al exigir que se exprese la superficie de la finca en el título presentado, aunque en el historial registral la misma aparezca sin expresión

de su medida. Una finca que se halla inscrita sin expresión de su superficie no puede decirse que sea plenamente equiparable a una finca no inmatriculada. Lo que ocurre es que no consta correctamente especificada su superficie. Y, dada la trascendencia que el dato de la superficie tiene en la delimitación de la finca registral, podemos decir que la inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en su historial registral, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculador. Aunque como ya se ha dicho, la registración de la superficie de una finca que consta inscrita sin ella, tiene cierto carácter inmatriculador, debe admitirse que se pueda llevar a efecto aplicando analógicamente los procedimientos previstos para la inscripción de los excesos de cabida. Y por supuesto siempre teniendo en cuenta la imprescindible aplicación de lo establecido en el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Resolución de 6-11-2015
(BOE 24-11-2015*)*
Registro de la Propiedad de Villanueva de los Infantes

SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN. FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: ACTOS DE DISPOSICIÓN POR EL FIDUCIARIO.

Aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en el «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala tres plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, a contar desde la notificación de la sentencia: un primero de veinte días, para el caso de que dicha sentencia se hubiera notificado personalmente; un segundo plazo de cuatro meses, para el caso de que la notificación no hubiera sido personal, y un tercer plazo extraordinario máximo de dieciséis meses para el supuesto de que el demandado no hubiera podido ejercitar la acción de rescisión de la sentencia por continuar subsistiendo la causa de fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia. Por otra parte, el transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo complemente. Por tanto, el acceso al Registro de los títulos exige que la descripción que en ellos se contenga de la finca objeto del correspondiente acto o negocio jurídico permita apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el transmitido. Tratándose de fincas formadas por división, la determinación de la superficie deviene imprescindible, sin que pueda tenerse en cuenta en larResolución del presente recurso documentos no aportados en el momento de la calificación (cfr. art. 326 de la LH), como el que se contiene en el escrito de recurso de las descripciones con referencia al suplico de la demanda. Por lo tanto dicho defecto debe confirmarse. Distinta ha de ser la conclusión a que debe llegarse en lo relativo a la constancia del valor. Entiende el registrador imprescindible su constancia a efectos de poder calificar la posible existencia de un exceso de adjudicación no causalizado al no mantener las fincas adjudicadas proporción

con la cuota de participación de cada condómino en la matriz. En el presente caso se trata de una sentencia judicial, resultando por tanto aplicable la doctrina relativa a la calificación registral de los documentos judiciales. Por tanto si se entiende, como así hace el registrador, que el valor afecta a la validez o fondo de la decisión judicial, resulta clara la falta de competencia del registrador para extender la calificación a tal extremo al amparo de lo dispuesto en el artículo 100 del RH. Por todo ello debe revocarse la calificación en cuanto a tal extremo. Para que la enajenación de bienes fideicomitidos, sea enajenación de la plenitud del derecho sobre ellos, puede conseguirse si fiduciario y fideicomisario de común acuerdo conciertan la enajenación con el adquirente de que se trate, ya que entre los dos reúnen el poder pleno y definitivo sobre aquellos, distribuyéndose entre ambos, en la proporción que establezcan, la contraprestación que se dé por el derecho total sobre los bienes. Ahora bien, el hecho de que una porción indivisa de la finca esté afecta al gravamen fideicomisario no puede tener, para toda la comunidad, la consecuencia tan perturbadora de impedir la extinción de la comunidad en tanto no medie el consentimiento no solo de los titulares actuales (herederos fiduciarios) sino también de los futuros (herederos fideicomisarios) algunos de los cuales pueden ni siquiera estar concebidos. Cuando cualquiera de los que tienen su cuota libre ejercita su facultad de exigir la extinción del condominio se plantea el problema de quién está legitimado pasivamente por la parte a que afecta el fideicomiso. Es evidente que lo son en primer término los herederos fiduciarios y respecto de los fideicomisarios determinados, habrá que entender que lo son ellos mismos. Respecto de la parte correspondiente a los fideicomisarios todavía no determinados individualmente será el fiduciario quien tendrá las mismas facultades particionales que tendría el administrador del ausente en cuanto a la cuota a que estuviere llamado el ausente, entre las que están, con la debida intervención del letrado de la Administración de Justicia (cfr. arts. 185 y 186 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio de 2015, y Capítulo IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio de 2015 de Jurisdicción Voluntaria, y art. 804 del Código Civil, y arts. 440 y 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la disposición adicional primera de la Ley 7/2015, de 21 de julio de 2015), la de consentir la extinción del condominio, con plena y definitiva eficacia por cuanto hace a los demás copropietarios. El defecto tal y como ha sido redactado debe ser revocado pues no es preciso en todo caso el consentimiento de los fideicomisarios ratificando la división. Pero la demanda debe interponerse también contra los fideicomisarios en los términos que han quedado expuestos.

Resolución de 10-11-2015
(BOE 3-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de La Seu d'Urgell

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. COMPETENCIA PARA RESOLVER ESTE RECURSO.

No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con

otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la Propiedad (p. ej. arts. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. Calificación registral de las cláusulas de los préstamos y créditos hipotecarios. La resolución de 28 de abril de 2015 después de fijar los supuestos de aplicación de la legislación sobre transparencia de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario y de protección de los consumidores, y de aclarar, con base en el referido criterio de interpretación sistemática, el contenido necesario de la inscripción de hipoteca y los efectos jurídicos de la misma, procede a señalar cuál es el alcance de la calificación registral de las estipulaciones contenidas en las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios atendiendo a la aplicabilidad o no de la citada normativa de defensa de los consumidores. Así el registrador podrá, con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Igualmente el registrador podrá rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho. A este respecto debe recordarse que la ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (las predispuestas por una de las partes con el objeto de incorporarlas a una pluralidad de contratos) es aplicable aunque el adherente —persona física o jurídica— sea un profesional y actúe en el marco de su actividad (art. 3) y que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que

contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1), sin necesidad de que tengan la condición de abusivas. Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (art. 98 de la LH). Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la LH, con base en la doctrina de la nulidad «*apud acta*» recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013. Deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen. Por último, respecto del controvertido tema de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos: a) que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes; b) que cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate; c) que procede la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. El registrador de la propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato». Esta norma sería aplicable, en tanto no se presente recurso ante el TC, contra la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohi-

bitiva. En el supuesto objeto de este recurso la finalidad del préstamo garantizado con la hipoteca no es la adquisición de la vivienda habitual de los prestatarios como expresamente se indica en la parte expositiva; por lo que no resulta aplicable, y no lo hace la Registradora, la legislación estatal, ya que el ámbito de esta limitación, como tiene declarado la DGRN (*vid.* resolución de 25 de abril de 2014), no puede ser extrapolado a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de interpretación extensiva. Sin embargo, como ya se resolvió en las resoluciones de 25 de septiembre de 2015 y 8 y 9 de octubre de 2015, sí sería aplicable, en la medida que en el momento de su otorgamiento no se había presentado recurso ante el TC y que no parecen incompatibles en este extremo, la citada norma autonómica catalana y, en consecuencia, la Registradora deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva; y eso es lo que efectivamente ha hecho la registradora, por lo que el defecto debe ser confirmado al encontrase bien fundamentada la nota de calificación y haber actuado la registradora dentro del marco de extensión de sus facultades calificadoras.

Resolución de 10-11-2015
(BOE 3-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Torredembarra

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. COMPETENCIA PARA RESOLVER ESTE RECURSO.

No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la Propiedad (p. ej. arts. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas

sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. Calificación registral de las cláusulas de los préstamos y créditos hipotecarios. La resolución de 28 de abril de 2015 después de fijar los supuestos de aplicación de la legislación sobre transparencia de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario y de protección de los consumidores, y de aclarar, con base en el referido criterio de interpretación sistemática, el contenido necesario de la inscripción de hipoteca y los efectos jurídicos de la misma, procede a señalar cuál es el alcance de la calificación registral de las estipulaciones contenidas en las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios atendiendo a la aplicabilidad o no de la citada normativa de defensa de los consumidores. Así el registrador podrá, con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Igualmente el Registrador podrá rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho. A este respecto debe recordarse que la ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (las predispuestas por una de las partes con el objeto de incorporarlas a una pluralidad de contratos) es aplicable aunque el adherente —persona física o jurídica— sea un profesional y actúe en el marco de su actividad (art. 3) y que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1), sin necesidad de que tengan la condición de abusivas. Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (art. 98 de la LH). Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la LH, con

base en la doctrina de la nulidad «*apud acta*» recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013. Deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen. Por último, respecto del controvertido tema de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos: a) que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes; b) que cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate; c) que procede la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. El registrador de la propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato». Esta norma sería aplicable, en tanto no se presente recurso ante el TC, la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva. En el supuesto objeto de este recurso la finalidad del préstamo garantizado con la hipoteca es la adquisición de la vivienda habitual de los prestatarios, como expresamente se indica en la escritura; por lo que resulta aplicable la legislación estatal. Sin embargo, como ya se resolvió en las resoluciones de 25 de septiembre de 2015 y 8 y 9 de octubre de 2015, sí sería aplicable, en la medida que en el momento de su otorgamiento no se había presentado recurso ante el TC y que no parecen incompatibles en este extremo, la citada norma autonómica catalana y, en consecuencia, la registradora deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva; y eso es lo que efectivamente ha hecho la registradora, por lo que el defecto debe ser confirmado al encontrarse bien fundamentada la nota de calificación y haber actuado la registradora dentro del marco de extensión de sus facultades calificadoras. La determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios, cuando sea aplicable el artículo 114.3.º de la LH, por destinarse el préstamo o crédito a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario, deberá incluir expresamente la referencia de que el tipo máximo fijado no será aplicable «en caso de exceder de tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del devengo», es decir, que solo se aplicará como un nuevo límite para el supuesto de que el triple del interés legal del dinero fuera superior, y nunca como un límite general a efectos

hipotecarios. Y la garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada periodo de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la LH y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (resoluciones 16 de febrero de 1990 y 20 de septiembre de 1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario. Lo que en ningún caso puede admitirse, so pretexto de que la variabilidad futura de los tipos de interés legal del dinero es imprevisible, es que se pacte un tipo fijo de intereses de demora que ya, a presente en la misma fecha de la constitución de la hipoteca, infrinja el límite legal de los que se pueden devengar en el año de constitución, como ocurre en el supuesto de hecho de esta resolución. Es necesario, por tanto, que de la propia cláusula contractual de la responsabilidad hipotecara por intereses moratorios resulte inequívocamente que el tipo máximo pactado para dicha cobertura del derecho real solo será aplicable si en el momento del devengo de los intereses moratorios dicho tipo es igual o inferior al referido límite legal impuesto en el artículo 114, párrafo tercero, de la LH.

Resolución de 11-11-2015
(BOE 3-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 8

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR.

En este caso, y conforme al tenor literal de los artículos 685.1 y 686.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tercer poseedor deberá ser demandado y requerido de pago. Se plantea la cuestión de si la notificación posterior puede suplir la falta de demanda y requerimiento de pago. La notificación permite al titular de derechos inscritos con posterioridad a la ejecución de la hipoteca y que no ha tenido conocimiento de la ejecución, pagar y subrogarse en la posición del acreedor, pero como ha señalado esta Dirección General aunque, con posterioridad a la demanda se le notificara dicho procedimiento, no consta su consentimiento ni la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra los mismos, como exigen los artículos 1, 40 y 82 de la LH para rectificar o cancelar los asientos registrales, que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales. La consecuencia derivada de la falta de requerimiento de pago es la nulidad del procedimiento sin que pueda suplirse con una providencia de subsanación realizada posteriormente al correspondiente trámite procesal, dado el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria tal y como se regula después de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. En línea con lo anterior, la situación es distinta en el caso de que el tercer poseedor inscriba su derecho con posterioridad a la interposición de la demanda ejecutiva pero antes de la expedición de certificación registral de dominio y cargas, puesto que faltando la acreditación de su derecho frente al acreedor en los términos

antes examinados, no habrá podido ser demandado ni requerido de pago al iniciarse el procedimiento, de tal modo que, para evitar su indefensión, deberá ser notificado de la existencia del proceso de ejecución conforme a lo previsto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el presente caso, como resulta de los hechos, la inscripción a favor del titular registral se llevó a cabo antes de iniciarse el procedimiento de ejecución, circunstancia que se puso de manifiesto en la certificación emitida por la registradora por lo que no cabe sino confirmar la doctrina expuesta.

Resolución de 11-11-2015
(BOE 3-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN. DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

De la doctrina de este Centro Directivo y del juego de los artículos 199 y 201 de la LH, 53.6 de la Ley 13/1996 y 300 y 306 del RH, se puede extraer la siguiente conclusión: partiendo de que el momento oportuno para expresar las dudas sobre la identidad de la finca es la expedición de certificación, esta exigencia no puede llevarse al extremo en aquellos casos en que, como en el presente, las circunstancias reveladoras de la posible coincidencia entre ambas fincas (dirección y referencia catastral) accedieron al historial registral de la finca 77.226 con posterioridad a la expedición de la certificación negativa, y concurriendo además la circunstancia, no menos importante, de no haberse decretado por el juez la práctica de anotación preventiva de incoación del expediente, lo cual era perfectamente posible de acuerdo con el artículo 274, último inciso, del RH. Cabe concluir que la actuación del registrador es correcta, ya que: no pudo apreciar identidad con finca alguna al tiempo de expedir la certificación negativa al no constar todavía en el historial de la finca registral 77.226 las circunstancias reveladoras de la posible coincidencia; y tampoco pudo apreciarlas al expedir las sucesivas notas de calificación en la medida en que nunca se aportó certificación catastral descriptiva y gráfica vigente de la finca (cfr. art. 84.2 del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril). En consecuencia, se estima correcta la actuación del registrador, debiendo confirmarse la calificación registral.

Resolución de 12-11-2015
(BOE 3-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Béjar

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA RECTIFICACIÓN DE CABIDA: ELEMENTOS PRIVATIVOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

La rectificación de cabida de un piso en propiedad horizontal se debe ajustar a las reglas generales previstas para la modificación de cabida de una finca registral y, además, a las normas que regulan la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, cuando la rectificación incurra en una verdadera alteración de dicho título constitutivo. Por tanto, lo que procede esclarecer en el presente

supuesto es si, dadas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la rectificación de la superficie de los locales puede considerarse como una verdadera rectificación de dato descriptivo, por ser la nueva superficie la originariamente contenida en los linderos de las fincas; o bien, si dicha nueva superficie es el resultado de una alteración posterior de la edificación que no ha tenido el oportuno reflejo registral. Alega el registrador en su nota que el aumento de cabida de los locales determinaría una superficie superior que la de la planta baja del edificio que contiene tales locales, circunstancia que por sí sola es reveladora de que, en el presente caso, no se trata de rectificar un erróneo dato registral, sino de alterar la superficie del edificio en su conjunto.

Resolución de 12-11-2015
(BOE 3-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 13

ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Frente al testamento, en las resoluciones judiciales o actas de declaración de herederos abintestato el registrador, si bien debe contar para su calificación e inscripción con todos los particulares necesarios para esta —incluyendo todos los que permitan alcanzar el corolario de la determinación individualizada de los llamamientos hereditarios operados por la ley—, ello no impide que la constatación documental de tales particulares pueda ser realizada por el notario autorizante, bien mediante una trascripción total o parcial de los mismos o bien mediante un testimonio en relación, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la LH (cfr. resolución de 3 de abril de 1995). El procedimiento de declaración herederos abintestato pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que el juez en rigor no realiza funciones de carácter propiamente jurisdiccional, que es el ámbito en el que actúa la estricta interdicción para la revisión del fondo de la resolución judicial, fuera del cauce de los recursos establecidos por la ley, por exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, y por lo tanto el ámbito de calificación registral en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ha de ser similar al de las escrituras públicas, conforme al artículo 18 de la LH, en el sentido indicado, sucesión con la específica y nominativa declaración de herederos abintestato, siendo congruente el acta respecto del grupo de parientes declarados herederos por lo que no puede mantenerse la calificación impugnada en cuanto exige que se aporte, además, el acta previa en que se documentó el inicial requerimiento al notario autorizante. En virtud de lo expuesto, la calificación registral de actas notariales de declaraciones de herederos abintestato abarcará la competencia del notario, la congruencia del resultado del acto con el expediente —incluyendo la congruencia del respecto del grupo de parientes declarados herederos—, las formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del Registro. El acta presentada incorpora todos los datos necesarios para la calificación e inscripción relativos a la apertura de la sucesión, los particulares de la prueba practicada en que se apoya la declaración de notoriedad, la competencia del notario, fecha de nacimiento y de fallecimiento del causante, la ley reguladora de la sucesión, estado civil y cónyuge, número e identificación de los hijos, último domicilio del causante

y la inexistencia de hijos extramatrimoniales, con expresión de los parientes concretos que gozan de la preferencia legal de órdenes y grados de sucesión con la específica y nominativa declaración de herederos abintestato, siendo congruente el acta respecto del grupo de parientes declarados herederos por lo que no puede mantenerse la calificación impugnada en cuanto exige que se aporte, además, el acta previa en que se documentó el inicial requerimiento al notario autorizante.

Resolución de 13-11-2015
(BOE 3-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de El Ejido, número 2

HERENCIA. SUSTITUCIÓN VULGAR.

Es principio básico y unánimemente admitido en Derecho de sucesiones que la interpretación de las cláusulas testamentarias deberá hacerse siempre respetando la voluntad del testador (arts. 675 y 668 del Código Civil, entre otros); voluntad del testador que en el supuesto de este expediente, es la de sustituir vulgarmente a sus hijos instituidos, en caso de que no puedan o no quieran heredar, por sus respectivos descendientes. El Centro Directivo, (resoluciones en «Vistos») ha declarado de forma cristalina y reiterada que el artículo 774 del Código Civil (conforme al cual la sustitución vulgar simple y sin designación de casos comprende tanto la premoriencia como la incapacidad y la renuncia) no deja lugar a dudas: la renuncia de uno de los herederos determina la entrada en juego de la sustitución en favor de sus descendientes, quienes por tanto habrán de intervenir en la partición de la herencia, y solo para el caso de que no existiesen sustitutos podrá entrar en juego el derecho de acrecer y, subsidiariamente, se procederá a la apertura de la sucesión intestada.

Resolución de 13-11-2015
(BOE 3-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 2

Anotación preventiva de embargo: Caducidad. Es doctrina reiterada de esta Dirección General que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera «*ipso iure*», una vez agotado su plazo de vigencia (art. 86 de la LH), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la restricción o limitación que para ellos implicaba aquella anotación, y no pueden ya ser cancelados en virtud del mandamiento al que se refiere el artículo 175 del RH, que solo puede provocar la cancelación respecto de los asientos no preferentes al que se practicó en el propio procedimiento del que dimana. En el supuesto de hecho de este recurso, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro la caducidad de la anotación causada en el procedimiento en el que aquel recayó ya se había producido. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que para que la cancelación de las cargas posteriores ordenadas en el mandamiento hubiera sido posible, debió haberse presentado en el Registro el decreto de la adjudicación y el mandamiento de cancelación, o al menos el decreto de adjudicación, antes de que hubiera caducado la anotación preventiva de embargo que lo motivó; o haber solicitado la prórroga de la anotación preventiva.

Resolución de 16-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

La diferencia entre el testamento o el contrato sucesorio y la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, es sustancial. En estas últimas, lo relevante es la constatación de determinados hechos —fallecimiento, filiación, estado civil, cónyuge, etc.— de los que deriva la atribución legal de los derechos sucesorios. La STS de 11 de diciembre de 1964 señaló que «la declaración judicial de herederos abintestato no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente *"ope legis"*». Por ello, concluía esta Dirección General que, en definitiva, el llamamiento al heredero lo hace la ley (cfr. art. 657 del Código Civil); mientras que la resolución judicial o el acta notarial se limita a concretar una delación ya deferida. La calificación registral de las actas notariales de declaraciones de herederos abintestato abarcará la competencia del notario, la congruencia del resultado del acta con el expediente —incluyendo la congruencia respecto del grupo de parientes declarados herederos—, las formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del Registro. El acta presentada incorpora todos los datos necesarios para la calificación e inscripción relativos a la apertura de la sucesión, los particulares de la prueba practicada en que se apoya la declaración de notoriedad, la competencia del notario, fecha de nacimiento y de fallecimiento del causante, la ley reguladora de la sucesión, estado civil y cónyuge, número e identificación de los hijos, último domicilio del causante, con expresión de los parientes concretos que gozan de la preferencia legal de órdenes y grados de sucesión con la específica y nominativa declaración de herederos abintestato, siendo congruente el acta respecto del grupo de parientes declarados herederos por lo que no puede mantenerse la calificación impugnada en cuanto exige que se aporte, además, el certificado de defunción y el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, pues el notario manifiesta que dichos certificados se encuentran incorporados al acta, constatando de este modo un hecho que queda amparada por la fe pública notarial (cfr. arts. 1 y 17 bis de la Ley del Notariado y 1 y 143 de su Reglamento).

Resolución de 16-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Villaviciosa de Odón

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: REQUISITOS.

De la regulación procesal resulta por tanto que una vez dictada por el juez competente la orden general de ejecución corresponde al secretario judicial (hoy, y desde el 1 de octubre de 2015, letrado de la Administración de Justicia), acordar mediante decreto qué bienes concretos son objeto de embargo quedando desde ese momento los bienes afectos a las resultas del procedimiento por ser su acuerdo directamente ejecutivo aun cuando sea objeto de recurso. El mismo efecto se

predica cuando los bienes embargados son bienes inmuebles sin perjuicio de los efectos protectores del Registro cuando el acto de comunicación del decreto de embargo, el mandamiento, acceda o no a sus libros, no puede ser opuesto a tercero de buena fe (*vid.* art. 587.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En definitiva, el embargo sobre bienes inmuebles existe desde que es acordado por el secretario judicial sin perjuicio de su comunicación mediante mandamiento al Registro de la Propiedad competente para su debida anotación. Dadas las radicales consecuencias que tiene el proceso de ejecución y la posterior inscripción en el Registro de la Propiedad del decreto de adjudicación, que puede determinar que surja un tercero protegido por la fe pública registral (art. 34 de la LH), debe la registradora proceder con suma cautela. Es cierto, como dice el recurrente, que la contradicción existente entre el decreto ordenando el embargo y el mandamiento para la práctica de su anotación preventiva, pueda obedecer a un mero error mecanográfico. Pero no puede descartarse absolutamente que las discrepancias obedezcan a vicisitudes procesales no conocidas por la registradora, por lo que el recurso debe ser desestimado, sin perjuicio de señalar que el eventual error es fácilmente subsanable, mediante la correspondiente rectificación por el letrado de la Administración de Justicia.

Resolución de 17-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Torredembarra

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. COMPETENCIA PARA RESOLVER ESTE RECURSO.

No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la Propiedad (p. ej. arts. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013).

Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. Calificación registral de las cláusulas de los préstamos y créditos hipotecarios. La resolución de 28 de abril de 2015 después de fijar los supuestos de aplicación de la legislación sobre transparencia de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario y de protección de los consumidores, y de aclarar, con base en el referido criterio de interpretación sistemática, el contenido necesario de la inscripción de hipoteca y los efectos jurídicos de la misma, procede a señalar cuál es el alcance de la calificación registral de las estipulaciones contenidas en las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios atendiendo a la aplicabilidad o no de la citada normativa de defensa de los consumidores. Así el registrador podrá, con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Igualmente el registrador podrá rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho. A este respecto debe recordarse que la ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (las predispuestas por una de las partes con el objeto de incorporarlas a una pluralidad de contratos) es aplicable aunque el adherente —persona física o jurídica— sea un profesional y actúe en el marco de su actividad (art. 3) y que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1), sin necesidad de que tengan la condición de abusivas. Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (art. 98 de la LH). Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la LH, con base en la doctrina de la nulidad «*apud acta*» recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013. Deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen. Por último, respecto del controvertido tema de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos: a) que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes; b) que cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate; c) que procede la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. El registrador de la propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato». Esta norma sería aplicable, en tanto no se presente recurso ante el TC, la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva. En el supuesto objeto de este recurso la finalidad del préstamo garantizado con la hipoteca no es la adquisición de la vivienda habitual de los prestatarios, como expresamente se indica en la escritura; por lo que no resulta aplicable la legislación estatal. Sin embargo, como ya se resolvió en las resoluciones de 25 de septiembre de 2015 y 8 y 9 de octubre de 2015, sí sería aplicable, en la medida que en el momento de su otorgamiento no se había presentado recurso ante el TC y que no parecen incompatibles en este extremo, la citada norma autonómica catalana y, en consecuencia, la registradora deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva; y eso es lo que efectivamente ha hecho la registradora, por lo que el defecto debe ser confirmado al encontrase bien fundamentada la nota de calificación y haber actuado la registradora dentro del marco de extensión de sus facultades calificadoras. Y la garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada periodo de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la LH y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (resoluciones de 16 de febrero de 1990 y 20 de

septiembre de 1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario. Lo que en ningún caso puede admitirse, so pretexto de que la variabilidad futura de los tipos de interés legal del dinero es imprevisible, es que se pacte un tipo fijo de intereses de demora que ya, a presente en la misma fecha de la constitución de la hipoteca, infrinja el límite legal de los que se pueden devengar en el año de constitución, como ocurre en el supuesto de hecho de esta resolución. El carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (*vid.* arts. 104 de la LH y 1857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (cfr. arts. 9 y 12 de la LH), de modo que, por ejemplo, no existiendo devengo de intereses moratorios no podrá existir garantía hipotecaria de los mismos o, como ocurre en el supuesto objeto de este recurso, siendo el tipo máximo de interés moratorios a efectos obligacionales del 10,50%, no cabe que su cobertura hipotecaria tenga un tipo máximo del 10,75% porque nunca podrán devengarse intereses de demora a dicho tipo. Téngase en cuenta, además, que ni siquiera la interpretación sistemática de las cláusulas del contrato (cfr. art. 1285 del Código Civil), en el caso que ello fuera posible, podría permitir al registrador entender implícitamente modificada la cobertura hipotecaria ya que explícitamente se ha convenido el mantenimiento de los anteriores límites de dicha cobertura.

Resolución de 17-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Cuevas de Almanzora

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/2015.

En el supuesto que nos ocupa, se produce un exceso en la finca ya titularidad de la sociedad que va a proceder a la agrupación, reflejándose un incremento desde los 89.618,65 m² hasta los 131.062,14 m², siendo el exceso superior al 40% de la superficie original que consta en el Registro, y bajo la circunstancia de que dicha finca proviene de una segregación previa, como resulta del propio título ahora presentado. La certificación catastral incorporada a la escritura identifica la parcela catastral con una superficie de 89.414 m². Ciertamente estas circunstancias de hecho hacen cuestionarse sobre la verdadera extensión del terreno que comprende realmente la finca tal y como resulta tras el exceso de cabida y su correspondencia con la finca tal y como resulta de los libros del Registro —generándose enormes dudas sobre la identidad entre ambas y sobre la existencia de eventuales negocios jurídicos independientes, justificativos del aumento de cabida, y que no han accedido al Registro—, ya que el incremento de superficie es muy elevado, procediendo la finca donde se declara de segregación y no existiendo coincidencia con la superficie reflejada en la certificación catastral. Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, en relación con la rectificación de cabida, se han suprimido la posibilidad de inscribir excesos de cabida inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita mediante un simple certificado o informe sobre su superficie expedido por técnico competente, o la relativa al acta de presencia y notoriedad,

supuestos ambos, ya expresamente derogados, a los que aludía el artículo 298 del RH. Para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas contamos a partir de ahora con tres agrandes grupos de procedimientos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la LH, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, cuando tras aludir al límite máximo del 10%, prevé que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria». Este concreto supuesto tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la LH.

Resolución de 17-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 2

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS DE MINAS: TRANSMISIÓN.

Siendo las concesiones sobre recursos mineros derechos reales de naturaleza inmueble, su transmisión se rige por las reglas previstas para los mismos en el ordenamiento jurídico (art. 609 del Código Civil). Del mismo modo, la legislación especial de Minas (Ley 22/1973, de 21 de julio de 1973), por lo que se refiere a los derechos concesionales sobre recursos de las denominadas Secciones C y D (arts. 97 y 98 de su Ley especial y, en cuanto a estos últimos, artículo 1.3 de la Ley 54/1980, de 5 de noviembre de 1980), remite a la regulación general en materia de transmisión intervivos o *mortis causa.* Si los derechos concesionales de minas constan inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 1 de la LH), puede inscribirse la transferencia de su titularidad o un gravamen, con los requisitos previstos en la LH y en su regulación especial. De acuerdo con lo anterior dispone el artículo 62

del RH: «Los actos de transmisión y gravamen de permisos autorizaciones y concesiones de derechos mineros a favor del que acredite condiciones para su titularidad serán objeto de inscripciones o anotaciones preventivas sucesivas, según los casos, que se practicarán mediante la correspondiente escritura pública, acompañada de autorización administrativa, si la cesión es parcial, y acreditando la notificación de la transmisión *mortis causa* a la Administración competente». Caso de haberse producido una ruptura en el tracto, la inscripción a favor del titular puede llevarse a cabo mediante los mecanismos igualmente previstos en el ordenamiento con tal fin.

Resolución de 18-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de La Pobla de Vallbona

VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: ALCANCE DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 5/2012 DE UNIONES DE HECHO DE LA COMUNITAT VALENCIANA.

Cabe afirmar que debe partirse de la finalidad que persigue el artículo 10 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre de 2012, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana, que no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por uno de los convivientes de hecho sin consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria tengan el no disponente o los componentes de la familia que abandonar una vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente, lo que exige examinar si una cuota pro indiviso del bien dispuesto da derecho a ocuparlo en su totalidad. La resolución de 10 de noviembre de 1987 puso de relieve que no deben exagerarse en la calificación registral las exigencias formales, ni imaginarse hipotéticos derechos individuales de un comunero sobre el uso o goce de la cosa común, los cuales no derivarán naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario, que no consta, y que, por cierto, vendría a entorpecer la extinción de la comunidad; interpretando, además, que el consentimiento o la autorización que prevé el artículo 91 del RH para la inscripción del acto dispositivo exige que el derecho que se transmita sirva de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual. Y, según la resolución de 27 de junio de 1994, si nadie debe permanecer en la indivisión y cualquiera de los comuneros puede obligar por la vía de la acción de división a extinguir la comunidad por medio de la venta de la vivienda, al ser esta indivisible, esta forma de extinguir la comunidad no puede verse condicionada al consentimiento de los cónyuges de los otros titulares, ni a la autorización judicial supletoria, pues ello supondría introducir un condicionamiento o limitación a la acción de división que es de orden público, favorecida y estimulada por el legislador.

Resolución de 18-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Cullera

SENTENCIA DECLARATIVA RECONOCIENDO UNA *FIDUCIA CUM AMICO*: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

El primer defecto se centra en la necesidad de aportar, no solo la Sentencia dictada por la AP en el recurso de apelación, sino también la que en su momento dictó el Juzgado de Primera Instancia y que ha sido revocada por aquella. Es

cierto que la resolución de 15 de julio de 2010 exigió que para inscribir una sentencia declarativa se aportase al Registro, no solo la recaída en la resolución del recurso de apelación, sino también la de Instancia. Sin embargo, la diferencia entre dicho caso y el que ahora se discute es evidente. En el supuesto que fue objeto de la resolución de 15 de julio de 2010 de la sentencia de la Audiencia no resulta el pronunciamiento que se haya de tener en cuenta para la inscripción, mientras que en el supuesto objeto del presente expediente aparece claramente especificado en el fallo de la sentencia que, al estimarse el recurso, queda revocada la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y, en su lugar, se dicta otra en los términos que antes se han transcrito. Por tanto, carece de sentido en este caso exigir que se aporte testimonio de una resolución judicial que ha sido totalmente revocada en vía de recurso. Distinta suerte ha de correr el segundo de los defectos señalado en la nota de calificación. Constituye una regla esencial de nuestro Derecho hipotecario (*vid.* arts. 3, 9, 18 y 21 de la LH y 51 de su Reglamento) la necesidad de que del título presentado a inscripción resulten todas las circunstancias que son precisas para practicar el asiento solicitado. Y de entre esas circunstancias tienen especial importancia las personales de aquellos a cuyo favor ha de verificarse la inscripción. Como tercer defecto señala el registrador la necesidad de que la sentencia determine el título material por el que los interesados a los que se declara propietarios adquirieron las fincas y su carácter oneroso o gratuito, ya que no es suficiente con que se declare que las fincas son propiedad de los demandantes. Ha reiterado este Centro Directivo (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos») que no basta, para obtener la inscripción de una sentencia, con que se haga constar en ella que procede estimar la demanda, declarar el dominio, practicar la inscripción y cancelar la inscripción contradictoria, sino que debe concretarse, además cual es el título por el que se adquirió su derecho. En el Registro se inscriben actos o contratos de transcendencia real (cfr. arts. 1 y 2 de la LH), y así lo exige la distinta protección del derecho, según que la adquisición se haya realizado a título oneroso o gratuito. En este supuesto sin embargo no cabe sostener que la sentencia no haya especificado el título de adquisición.

Resolución de 19-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Álora

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: INTERPRETACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 205 DE LA LH

La inmatriculación de fincas por la vía del doble título exige el encadenamiento de dos adquisiciones sucesivas o directamente coordinadas con la finalidad de lograr cierta certidumbre de que el inmatriculante es su verdadero dueño. Se busca así que sean dos transmisiones efectivas y reales. Por ello, y aun cuando la función registral no pueda equipararse a la judicial, no se excluye que el Registrador pueda apreciar el fraude cuando de la documentación presentada resulte objetivamente un resultado antijurídico, cuando el contexto resulta de lo declarado por el presentante y de los libros del Registro pues la tarea de calificación no se limita a una pura operación mecánica de aplicación formal de determinados preceptos, ni al registrador le está vedado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual. De este modo se ha reiterado por este Centro Directivo que el registrador puede detener la inmatriculación cuando estime la instrumentalidad de los títulos, si

bien esta no puede derivar de simples sospechas, debiendo estar suficientemente fundadas. Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015 la nueva redacción legal exige que se trate de «títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». La diferencia esencial entre ambas redacciones legales no se encuentra tanto en la necesidad de que el título público inmatriculador sea «traslativo», pues tal exigencia, aunque no viniera expresamente formulada en la anterior dicción legal sí que resultaba implícita en ella, como reiteradamente ha venido considerando la doctrina jurídica, la jurisprudencia y la propia doctrina consolidada de este Centro Directivo, sino que tal diferencia esencial radica en los dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad. No se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior. Surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior. Y parece razonable considerar que tal posibilidad resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal, de modo que, por ejemplo, cuando tal adquisición anterior se acredite mediante una sentencia declarativa del dominio en la que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, la fecha declarada probada de esa adquisición anterior puede ser tomada como momento inicial del cómputo del año a que se refiere el artículo 205. Respecto a la posibilidad de que se acredite mediante acta de notoriedad, ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 del RH, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la LH, y a la regulación del artículo 209 del Reglamento Notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso».

Resolución de 19-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: TRACTO SUCESIVO.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para

inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la LH). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la LH. La presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la denegación de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral. En nada *obsta* esta conclusión la eventual emisión de determinadas notas simples en el mes de mayo de 2015, en las que, siempre bajo la responsabilidad de la registradora (*vid.* art. 222.5 de la LH), se informaba sobre la titularidad vigente en ese momento. La expedición de las notas en ningún caso supone un cierre registral ni por lo tanto impide el acceso al registro de títulos que puedan modificar la titularidad de las fincas.

Resolución de 19-11-2015
(BOE 9-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Lora del Río

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure,* una vez agotado su plazo de vigencia (art. 86 de la LH), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la restricción o limitación que para ellos implicaba aquella anotación, y no pueden ya ser cancelados en virtud del mandamiento al que se refiere el artículo 175 del RH, que solo puede provocar la cancelación respecto de los asientos no preferentes al que se practicó en el propio procedimiento del que dimana. El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones solo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la LH. No obstante, como tiene declarado este Centro Directivo el actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la LH y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías, o por la ausencia de buena fe, sin que en vía registral pueda determinarse la prórroga indefinida de la anotación preventiva de embargo, por el hecho de haber sido expedida la certificación de cargas, por cuanto la prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas viene determinada por Ley y su caducidad implica la pérdida de su prioridad registral.

Resolución de 23-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Alcoy

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. El contenido necesario del convenio regulador lo restringe el Código Civil a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos. Fuera de este ámbito, en vía de principios, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. Tratándose de la vivienda familiar adquirida por los cónyuges en estado de solteros, esta Dirección General ha considerado (cfr. resoluciones de 8 de mayo de 2014, 26 de junio de 2014, 26 de junio de 2014 y 29 de septiembre de 2014, y 19 y 30 de junio de 2015 y 27 de julio de 2015), la existencia de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus resoluciones de 7 de julio de 2012 y 5 de septiembre de 2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos. Ciertamente el criterio general de esta Dirección General es que el convenio regulador aprobado judicialmente no es el documento idóneo para verificar atribuciones de ganancialidad, incorporando nuevos bienes en el patrimonio ganancial (cfr. resolución de 13 de marzo de 2015). Sin embargo, esta misma Dirección General ha admitido que en el convenio regulador puedan los cónyuges, respecto de la vivienda familiar de que ambos cónyuges eran cotitulares en virtud de compra anterior al matrimonio, explicitar ante la autoridad judicial, con carácter previo a la liquidación de gananciales, la voluntad de atribuir carácter ganancial (cfr. resolución de 11 de abril de 2012) y este mismo criterio debe aplicarse respecto de la plaza de garaje ubicada en el mismo edificio que la vivienda familiar, dado el carácter complementario a la vivienda que puede atribuirse a la plaza de garaje.

Resolución de 24-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Torrent, número 1

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de

relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. El contenido necesario del convenio regulador lo restringe el Código Civil a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos. Fuera de este ámbito, en vía de principios, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. Tratándose de la vivienda familiar adquirida por los cónyuges en estado de solteros, esta Dirección General ha considerado (cfr. resoluciones de 8 de mayo de 2014, 26 de junio de 2014, 26 de julio de 2014 y 29 de septiembre de 2014, y 19 y 30 de junio de 2015 y 27 de julio de 2015), la existencia de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus resoluciones de 7 de julio de 2012 y 5 de septiembre de 2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos. Ciertamente el criterio general de esta Dirección General es que el convenio regulador aprobado judicialmente no es el documento idóneo para verificar atribuciones de ganancialidad, incorporando nuevos bienes en el patrimonio ganancial (cfr. resolución de 13 de marzo de 2015). Sin embargo, en el presente expediente, se trata de la vivienda familiar que pertenece con carácter privativo en exclusiva a don D. P. M. por haber sido adquirida en estado de soltero en el año 2000, habiéndose celebrado el matrimonio en 2001. Del expediente y del propio Registro resulta que la vivienda se ha financiado con sendos préstamos hipotecarios, satisfechos prácticamente de forma íntegra durante el matrimonio y por tanto a expensas de la sociedad de gananciales. Se adjudica la vivienda a la esposa, doña R. M. G.

Resolución de 24-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESCRIPCIÓN DE CADA PISO.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (por todas, resolución de 17 de julio de 2015), que siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la LH y 44 y 51.6 del RH), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el titulo presentado y la que figura inscrita en el Registro. Por ello, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 2 de septiembre de 1991; 29 de diciembre de 1992; 21 de junio de 2004, y 10 y 14 de junio de

2010, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados (arts. 9 y 10 de la LH y 51, reglas 1.ª a 4.ª, del RH). Bien es cierto que cuando dichos títulos hacen referencia a inmuebles ya inscritos, la omisión o discrepancia en ellos de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción. Por tanto, el acceso al Registro de los títulos exige que la descripción que en ellos se contenga de la finca objeto del correspondiente acto o negocio jurídico permita apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el transmitido (cfr. resoluciones de 29 de diciembre de 1992, y 11 de octubre de 2005). En el supuesto que da lugar a la presente el registrador, ante la falta en el título inscribible, en cuanto a la cuota del elemento independiente, de la expresión «a excepción de los derechos de vuelo en que no tiene participación alguna, …», objeta que ya se trate de un error del título ya de la existencia de un título de modificación del régimen de propiedad no inscrito, la inscripción no puede practicarse. La objeción no puede mantenerse por ninguno de dichos motivos. En primer lugar porque la omisión de la expresión referida en la cuota del elemento, en cuanto elemento descriptivo, no ha impedido la debida identificación de la finca, del objeto del negocio de cuya transferencia de titularidad se solicita inscripción. Tampoco es aceptable la objeción de que puede existir una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal no inscrita. Nada hay en el título presentado que permita llevar a cabo semejante afirmación, siendo doctrina reiterada de esta Dirección General que la calificación registral no puede fundamentarse en eventuales circunstancias de hecho o de derecho meramente conjeturales (resoluciones de 23 de mayo de 2012, y 28 de abril de 2015, entre otras).

Resolución de 26-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Zafra

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: JUICIO DE SUFICIENCIA DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

Conforme al criterio sostenido por el TS (sentencia de 23 de septiembre de 2011) y por la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la

existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. El efecto meramente modificativo y no extintivo de la ampliación del préstamo hipotecario ha tenido expreso reconocimiento legal en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de 2007, que, al modificar el artículo 4 de la Ley 2/1994, determinó en su apartado tercero que las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por ese incremento o ampliación. Por lo que se refiere a la escritura objeto de la calificación recurrida en este caso en el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas se hace expresa referencia al negocio jurídico formalizado en unos términos amparados por la propia tipificación legal —según la cual, la ampliación del capital del préstamo es novación del mismo—, de modo que, aunque no exista una reseña de facultades, sí hay un pronunciamiento sobre la suficiencia de las facultades acreditadas para el negocio objeto del título calificado, de forma que permite al registrador ejercer su función calificadora respecto de la congruencia de ese juicio notarial con el acto o negocio jurídico de que se trata.

Resolución de 26-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Zafra

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: JUICIO DE SUFICIENCIA DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

Conforme al criterio sostenido por el Tribunal Supremo (sentencia de 23 de septiembre de 2011) y por la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. El efecto meramente modificativo y no extintivo de la ampliación del préstamo hipotecario ha tenido expreso reconocimiento legal en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de 2007, que, al modificar el artículo 4 de la Ley 2/1994, determinó en su apartado tercero que las modificaciones previstas en

los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por ese incremento o ampliación. Por lo que se refiere a la escritura objeto de la calificación recurrida en este caso en el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas se hace expresa referencia al negocio jurídico formalizado en unos términos amparados por la propia tipificación legal —según la cual, la ampliación del capital del préstamo es novación del mismo—, de modo que, aunque no exista una reseña de facultades, sí hay un pronunciamiento sobre la suficiencia de las facultades acreditadas para el negocio objeto del título calificado, de forma que permite al registrador ejercer su función calificadora respecto de la congruencia de ese juicio notarial con el acto o negocio jurídico de que se trata.

Resolución de 30-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 4

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DISPOSICIÓN TRANSITORIA DE LA LEY 1/2013.

Se trata de dilucidar si la limitación establecida en el artículo 575.1 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil es aplicable a un decreto de adjudicación de fecha 28 de febrero de 2014 dictado en sede de un procedimiento iniciado en 2009, anterior por lo tanto a la citada Ley. La disposición transitoria primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, establece: «Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran incoado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiera ejecutado el lanzamiento». Bien es cierto que la recurrente alega que mediante decreto de fecha de 11 de abril de 2013, por tanto anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se aprobaron las costas, tratándose pues de una actuación procesal ya realizada cuando dicha ley entró en vigor, a la que no sería aplicable la limitación del artículo 575.1bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero dicho decreto se ha aportado mediante fotocopia, sin firma y junto al escrito de recurso, por lo que no puede tenerse en cuenta para la resolución de este expediente, ya que además de no cumplir los requisitos que en cuanto a la documentación que accede al Registro señala el artículo 3 de la LH, es doctrina constante de este Centro Directivo que, conforme al artículo 326 de la LH, no pueden admitirse documentos que el registrador no haya tenido a la vista a la hora de emitir su calificación y que de haberse presentado en forma y plazo podrían haber ocasionado otra decisión.

Resolución de 30-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Cádiz, número 1

SUBROGACIÓN EN LA TITULARIDAD DE UNA HIPOTECA: REQUISITOS PARA EL CASO DE PAGO HECHO POR UN TERCERO.

Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los terceros interesados en el cumplimiento de la obligación e incluso a los terceros no interesados si

media el consentimiento expreso o tácito del deudor, la posibilidad de subrogase por pago en los derechos del acreedor (cfr. art. 1210.2 del Código Civil), tanto en el crédito —novación subjetiva— como en los derechos accesorios al mismo, entre ellos la hipoteca que lo garantiza. En el supuesto recogido en el artículo 1211 del Código Civil de subrogación por voluntad deudor «sin el consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada», debe tenerse en cuenta que para facilitar su tramitación y reflejo registral, soslayando la falta de cooperación del antiguo acreedor, se tuvo que arbitrar en el artículo 2 de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, un procedimiento especial de formalización de la subrogación, cuya utilización fue limitada a las entidades financieras a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, de regulación del mercado hipotecario. Cuando, como el supuesto presente, todavía no ha vencido la deuda cuyo pago se realiza y, además, no se puede acudir al citado procedimiento de la Ley 2/1994 porque ni el nuevo acreedor es una entidad de crédito ni el supuesto encaja en el artículo 1211 del Código Civil, el procedimiento adecuado para formalizar la subrogación del tercero viene constituido por el procedimiento general de ofrecimiento de pago y consignación regulado en los artículos 1176 a 1181 del Código Civil y 98 y 99 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de 2015, de la Jurisdicción Voluntaria, debidamente adaptado al supuesto concreto. Esta solución es congruente con el carácter indisponible del procedimiento registral y con el principio de legitimación que impone el consentimiento de la persona a cuyo favor aparezcan inscrito el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, o la resolución judicial dictada alternativa dictada en procedimiento en que la misma haya sido parte, para poder inscribir los títulos por los que se transmitan, modifiquen, graven o extingan tales derechos reales. Igualmente es congruente con la norma general según la cual el simple cobro o consignación del precio o de la deuda, no es suficiente por sí solo para generar una mutación jurídico real inmobiliaria inscribible, ya se trate esta de la cancelación de hipoteca o de una novación modificativa de la misma.

Resolución de 1-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5

OBRA NUEVA: CERTIFICACIÓN DE TÉCNICO COMPETENTE Y VISADO COLEGIAL.

El artículo 50 del Real Decreto 1.093/1997 determina quiénes están cualificados como técnico competente: el que hubiera firmado el proyecto (núm. 1), el que tuviera encomendada la dirección de la obra (núm. 2), el técnico municipal del Ayuntamiento (núm. 4) o cualquier otro técnico que tuviera facultades suficientes acreditadas mediante certificación de su colegio profesional (núm. 3). En el presente caso, al tratarse de certificación expedida por un técnico que no firmó el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación ni tuvo encomendada la dirección de la obra, es aplicable la norma del apartado 3 del artículo 50 del Real Decreto 1.093/1997, según el cual podrá certificar como técnico competente «cualquier otro técnico, que mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes». Y, como ha admitido este

Centro Directivo (*vid.*, por todas, la resolución de 16 de diciembre de 2013), la forma de acreditación de la competencia del técnico que haya expedido dicha certificación será el visado del colegio profesional correspondiente. Por ello, al constar en este caso en el certificado del arquitecto técnico el visado de su colegio profesional, el defecto impugnado no puede ser mantenido.

Resolución de 1-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Cebreros

CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA. EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Debe este Centro Directivo recordar la inexcusable obligación del Registrador de calificar los documentos presentados al amparo del artículo 18 de la LH, función calificadora que necesariamente deberá desembocar o bien en la práctica de los correspondientes asientos registrales, bien en la emisión de una nota de calificación en que, previa fundamentación jurídica y con expresión de los medios de subsanación, se suspenda o deniegue tal práctica. En ningún caso prevé la legislación hipotecaria una solicitud de información adicional que no implique una calificación formal, calificación que garantizará los correspondientes derechos del presentante o interesado mediante la oportuna prórroga del asiento de presentación así como la posibilidad de entablar los correspondientes recursos contra la misma. Tratándose de un auto recaído en expediente de dominio, por el que se ordena reanudar el tracto registral sobre determinada finca a favor del promotor, auto que es, por sí solo, título hábil para tal inscripción (cfr. art. 201.6 de la LH), sin que pueda extenderse la calificación al estudio de los títulos de adquisición justificativos del dominio y si efectivamente recaen sobre la totalidad del bien o sobre una cuota indivisa del mismo, ateniéndose al sentido literal de las manifestaciones expresadas en el mencionado mandamiento. Debe recordarse que el artículo 285.2 *in fine* del RH, determina que «…sin que se pueda exigir al que promueva el expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho». Consecuentemente este defecto debe ser revocado. Del testimonio del auto presentado no resulta si los titulares de derechos derivados de asientos de menos de treinta años fueron oídos o si fueron citados, al menos, una vez personalmente. Por lo que el documento no puede inscribirse, pues, si bien es cierto, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones citadas en el «Vistos»), que el Registrador debe respetar y cumplir las resoluciones judiciales, no lo es menos que tiene obligación de calificar si las personas que aparecen como titulares en el Registro han tenido en el procedimiento las garantías necesarias para evitar su indefensión (cfr. art. 100 del RH).

Resolución de 2-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1

CONDICIÓN RESOLUTORIA EN GARANTÍA DE UNA PERMUTA POR OBRA FUTURA: CANCELACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 210.8 VERSUS 82.5 DE LA LH

La naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denomina-

ción que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación. La naturaleza de los contratos y su calificación no dependen de la que las partes, e incluso los terceros, le atribuyan, aunque se consigne en el documento, sino que será la que intrínsecamente resulte del negocio. Como tiene declarado este Centro Directivo en los supuestos de permuta de finca por obra futura el derecho del cedente puede configurarse como real, si se constituye una comunidad especial sobre el objeto cedido, o como un mero derecho personal en cuyo caso su reflejo registral solo tendrá eficacia frente a terceros si se garantiza en alguna de las formas previstas en el artículo 11 de la LH (resolución de 13 de julio de 2005). En este segundo supuesto, si la opción elegida es el pacto de condición resolutoria explícita y el objeto de la prestación lo constituyen entidades determinadas de un edificio a construir, deberán ser individualizadas de forma que sea indubitado el contenido de la prestación. La interpretación teleológica de las disposiciones legales, unida al carácter ciertamente excepcional del sistema de cancelación previsto en el artículo 82.5.º de la LH, reiterado por esta Dirección General en distintas resoluciones, entre ellas la de 26 de abril de 2006, que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, permiten concluir que dicho artículo, no es aplicable a la cancelación de condición resolutoria pactada para garantizar el cumplimiento de la contraprestación en la permuta de finca por obra futura. El artículo 210 de la LH (en la redacción dada por la Ley 13/2015) no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral, con lo que más bien está regulando un auténtico régimen de caducidad de los asientos, al exigir que «hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía». En un supuesto como el del presente expediente que no tiene encaje en el artículo 82.5.º de la LH, conforme a la resolución de 25 de marzo de 2014, ni tampoco en la literalidad del artículo 210.8, por cuanto este precepto está previsto para aquellos supuestos en los que no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, mientras que en este caso el cumplimiento debió verificarse en el plazo de tres años desde la fecha de formalización del contrato, 27 de junio de 1990, podrá, no obstante solicitarse la cancelación cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía, sin perjuicio, todo ello, de poder acudir a los procedimientos generales de los expedientes de liberación de cargas que regula el mismo artículo 210 de la LH en sus apartados anteriores.

Resolución de 3-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: TRACTO SUCESIVO.

Es doctrina consolidada de esta Dirección General (cfr. resoluciones citadas en «Vistos»), que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscrip-

ción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. art. 36 de la LH). El principio de tracto sucesivo, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos, incluidos aquellos en los que se pretenda la declaración de haberse adquirido por usucapión en los términos antes expresados, deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del RH. Partiendo de esta premisa básica, en el presente caso, el procedimiento se dirige de manera directa contra uno de los titulares registrales (al cual pertenece de manera ganancial). Respecto del emplazamiento del otro titular, su cónyuge, expresamente se recoge en el fundamento de Derecho segundo de la sentencia, que había fallecido hacía más de treinta años, y su herencia ha sido debidamente representada en el procedimiento mediante la intervención de doña F. D. T. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del RH, la registradora debe calificar el cumplimiento del tracto sucesivo, pero no puede cuestionar el fondo de la resolución judicial, que ha valorado expresamente esta circunstancia con el debido emplazamiento del titular registral.

Resolución de 4-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE CÓNYUGES EXTRANJEROS: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 92 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

La práctica y la doctrina de este Centro Directivo primero, y el artículo 92 del RH desde la reforma de 1982, después, entendieron que lo más práctico, en el caso de adquirentes casados cuyo régimen económico-matrimonial estuviera sometido a una legislación extranjera, era no entender necesario expresar el régimen en la inscripción («con indicación de este, si constare», expresa la disposición *in fine* de ese precepto reglamentario), difiriendo el problema para el momento de la enajenación posterior, pues dicha expresión de régimen podía obviarse si después la enajenación o el gravamen se hacía contando con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa). Por ello, el artículo 92 del RH, se limita a exigir, en este caso, que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere «con sujeción a su régimen matrimonial». Sin embargo, como así mismo se señaló en la resolución de 5 de marzo de 2007 y otras posteriores, esa norma, que no necesita de mayor aclaración en el caso de tratarse de dos cónyuges extranjeros de la misma nacionalidad, pues su régimen económico-matrimonial, a falta de pacto, será el régimen legal correspondiente a su ley nacional común, necesita, en el caso de tratarse de dos esposos de distinta nacionalidad, la determinación de cuál sea la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español contenidas en el artículo 9.2 del Código Civil.

Resolución de 9-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: DEMANDA FRENTE A LA HERENCIA YACENTE.

Es doctrina consolidada de esta Dirección General (cfr. resoluciones citadas en «Vistos»), que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. art. 36 de la LH). El principio de tracto sucesivo, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos, incluidos aquellos en los que se pretenda la declaración de haberse adquirido por usucapión en los términos antes expresados, deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el Registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del RH En el caso de este expediente se da la circunstancia además de que los demandados son, al menos en parte, los herederos y causahabientes desconocidos del titular registral. En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y 5 de marzo de 2015). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 9-12—2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 4

CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE LA INSCRIPCIÓN: DATOS DEL TRANSMITENTE.

De la letra del artículo 51,9.ª del RH, resulta que los requisitos de identificación de los titulares que deben constar en la nueva inscripción se predican no solo de quien va a ser el nuevo titular sino también de quien trae causa. Las circunstancias de domicilio y documento de identidad, así como las demás exigidas por el precepto citado, son por tanto exigibles para llevar a cabo la práctica del nuevo asiento encontrando su fundamento en el más perfecto enlace entre la titularidad publicada hasta ahora y la que va a serlo en el futuro, propiciando así la más perfecta identificación tanto del transmitente del derecho como del transmisario

y nuevo titular. Ahora bien, como ha declarado este Centro Directivo en diversas resoluciones la falta de dichos datos puede suplirse mediante instancia suscrita por el interesado cuya firma conste legitimada notarialmente o ante el registrador.

Resolución de 9-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5

PLUSVALÍA: ACREDITACIÓN EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 254 DE LA LH.

Como pusiera de relieve la resolución de este Centro Directivo de 6 de mayo de 2015, en los supuestos de transmisión de bienes inmuebles (*vid.* resolución de 28 de agosto de 2013 y posteriores citadas en los «Vistos»), desde la modificación del artículo 254 de la LH llevada a cabo por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, para poder practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad se precisará la justificación de haber presentado la autoliquidación del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana o la declaración del mismo o la comunicación que el adquirente debe hacer al Ayuntamiento, aun no siendo sujeto pasivo (art. 110 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales). No basta sin embargo acreditar la mera remisión de un documento de autoliquidación o de declaración sino que es preciso, como resulta de la dicción del propio artículo 254.5, que la acreditación comprenda el hecho de la recepción por la Administración Tributaria competente (*vid.* resolución de 3 de marzo de 2012, entre otras, en relación con los artículos 119 y 120 de la Ley General Tributaria). Como resulta de los hechos no consta acreditado el pago de la cuota tributaria por lo que no puede considerarse acreditada la presentación de la autoliquidación a los efectos del artículo 254 de la LH. Nada hay en el expediente que acredite que el obligado tributario ha llevado a cabo la declaración a que se refiere el artículo 110 de la Ley de Haciendas Locales ni nada hay que acredite que dicha declaración ha sido recibida por la administración competente (*vid.* resoluciones de 28 de agosto, 15 de noviembre y 7 de diciembre de 2013), ni nada que acredite que la Administración ha llevado a cabo un acto de liquidación como nada hay que acredite que la Administración haya notificado al sujeto pasivo la liquidación consecuencia de la declaración. El único documento aportado a los efectos del artículo 254 de la LH es un documento de autoliquidación cuya cuota no resulta pagada por ninguno de los medios que el propio documento establece. Consecuentemente el documento no acredita, a los efectos del artículo 110.4 de la Ley de Haciendas Locales en relación al artículo 254.4 de la LH, que se hayan cumplido los trámites precisos para considerar que existe autoliquidación como no acredita la existencia de una previa declaración tributaria.

Resolución de 10-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Marbella, número 3

DERECHO DE USO Y HABITACIÓN: HIPOTECA.

La doctrina mayoritaria admite la transmisibilidad del derecho de uso si así se ha dispuesto en el título constitutivo, sobre la base de que el artículo 525 del

Código Civil no es *ius cogens*. En consecuencia la prohibición establecida en el artículo 108.3 de la LH que impide su hipoteca, como proyección de la prohibición de su enajenación, no se aplicará a los derechos de uso y habitación que sean transmisibles por título constitutivo. Por tanto para transmitir estos derechos será necesario que se haya previsto así en el título constitutivo o que posteriormente se establezca en un nuevo convenio. Mismo planteamiento cabe aplicarse a la posibilidad de hipotecar el derecho de uso y habitación. En este sentido el artículo 108.3 de la LH señala que no se podrán hipotecar el uso y la habitación. En cambio la doctrina moderna señala que los derechos de uso y habitación se pueden hipotecar, no en todo caso, pues la prohibición del artículo 108 de la LH es clara, sino solo cuando, en los mismos términos que para su transmisión, el título permita su enajenación y aunque no se diga expresamente, el título constitutivo está también autorizado su sujeción a hipoteca. En el presente caso, en el propio título constitutivo no se menciona expresamente la posibilidad del usuario de trasmitir o hipotecar el derecho de uso, pero posteriormente comparecen el propietario de la finca-cedente del uso y el titular del derecho de uso y habitación para constituir una hipoteca sobre la finca. El criterio de que si los titulares de los derechos de uso y habitación consintieron la constitución de una hipoteca, lleva consigo la extinción de tales derechos en caso de ejecución de la hipoteca está recogido en algunas de las legislaciones civiles especiales y en la doctrina del TS.

Resolución de 10-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 2

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO.

Ha indicado este Centro Directivo en multitud de ocasiones que la reinscripción a favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes. Tiene declarado que: 1.º Debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 del RH; 2.º La notificación judicial o Notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma; 3.º El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.ª del RH). A la vista de esta doctrina, en el presente caso se trata de decidir, si existiendo acuerdo entre las partes que hace, por tanto, innecesario tanto la práctica de requerimiento como la valoración del incumplimiento y no existiendo cantidad alguna que entregar al comprador al ser retenido todo lo ya entregado al vendedor en base a la cláusula penal pactada, sigue siendo precisa la consignación prevista en el artículo 175.6.ª del RH. La doctrina jurisprudencial ha señalado que si bien la existencia de terceros adquirentes del dominio o de otros derechos reales limitados sobre la finca no constituye, en sentido técnico procesal, una situación de litisconsorcio pasivo necesario (*vid.* STS 18 de septiembre de 1996), estos terceros, por ser afectados de forma refleja o mediata, deben tener la posibilidad de intervenir en el proceso (intervención adhesiva y voluntaria), para lo que es necesario que, al menos, se les haya notificado la existencia del procedi-

miento cuando, con carácter previo a la inscripción o anotación de su derecho, no se hubiere dado publicidad a la pendencia del procedimiento mediante la oportuna anotación preventiva de la demanda (cfr. art. 42, núm. 1, de la LH). El artículo 175.6.ª del RH impone la consignación o depósito del precio íntegro de la compraventa a favor de los titulares de derechos posteriores, aunque no haya entrega de dinerario, en cuanto tal precio pasará a ocupar, por subrogación real, la posición jurídica que tenía el inmueble de modo que los derechos que antes recaían sobre el inmueble, recaigan ahora sobre el precio. No obstante, a solicitud del interesado de inscripción parcial, como ya dijera esta Dirección General (cfr. resolución 20 de diciembre de 1999), nada se opone a que, sin perjuicio de la subsistencia de la referida carga, pueda reinscribirse a favor del vendedor, pues la voluntad de ambas partes a la resolución del inicial contrato de compraventa, tiene virtualidad suficiente para provocar la resolución.

Resolución de 10-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3

HIPOTECA: CLÁUSULA SUELO A TIPO CERO.

La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si en un préstamo hipotecario a interés variable en que se pacte como cláusula: «Dada la naturaleza jurídica de esta operación y de acuerdo con los artículos 1740 del Código Civil y 315 del Código de Comercio, el interés es la retribución a Bankinter por el préstamo concedido y por tanto solo puede devengarse a favor de Bankinter como prestamista. Por tanto, si en algún momento la suma del tipo de referencia y diferencial personalizado generara un resultado negativo, ello no podría nunca entenderse como un derecho del prestatario a percibir ningún importe como retribución o por cualquier otro concepto». Es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma. Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2013, no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. Así, frente a la opinión del notario recurrente, que defiende una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (*vid.* resolución de 29 de septiembre de 2014). La alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida, no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera, este no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse. Por todo

lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza; esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

Resoluciones de 11-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Elche, número 3

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

Debe reiterarse una vez más por este Centro Directivo que la calificación registral del «juicio notarial de suficiencia de la representación» se encuentra regulada por la dicción del artículo 98 de la Ley 24/2001, y el alcance dado al mismo por la STS de 23 de septiembre de 2011, a la existencia del juicio notarial, de la reseña identificativa del documento del que nacen las facultades representativas, de la expresión de que al notario le ha sido exhibida copia auténtica de dicho documento, y a la congruencia del juicio con el contenido de la escritura. Se entiende que hay falta de congruencia del juicio notarial si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, así como cuando usa fórmulas de estilo que se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente para el acto o negocio documentado o para la ratificación que se realiza, en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de negocio que en la escritura se formaliza o al que se refiere la ratificación (*vid.*, entre otras, las resoluciones de 4 de junio de 2012 y 22-2 y 9 de julio de 2014); o si el notario realiza un juicio incompleto o si el juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la propiedad pueden consultar. En el presente caso, sin embargo, el notario emite su juicio de suficiencia utilizando una fórmula inconcreta («suficiente para otorgar la presente escritura», escritura que por lo demás no califica limitándose a designarla en el encabezamiento como de «elevación a público de documento privado»). Dado que existen dos actos distintos, uno el contrato propiamente dicho de cesión y otro de elevación a documento público de tal contrato, debería el notario fundamentar con claridad el juicio de suficiencia emitido.

Resolución de 14-12-2015
(BOE 30-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Madrid, número 32

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES. CALIFICACIÓN REGISTRAL: OBJETO.

En el presente caso, lo que se presenta en el Registro después de la escritura calificada son dos actas (de notificación y requerimiento), a instancia de uno

de los dos administradores solidarios de la sociedad vendedora, con objeto de poner en conocimiento de la registradora que el bien enajenado constituye activo esencial de la sociedad, al ser el único inmueble que forma parte del patrimonio social. Tales documentos no constituyen en modo alguno títulos inscribibles, circunstancia que por sí sola lo excluye de presentación en el Libro Diario, sin que por tanto puedan ser tenidos en cuenta por la registradora en el ejercicio de su función calificadora, pues conforme al artículo 18 de la LH, los registradores calificarán las escrituras públicas, «por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 160.f Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resolución de 14-12-2015
(BOE 30-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: FORMA DE HACER EL REQUERIMIENTO AL DEUDOR.

La resolución de 9 de julio de 2015 en un supuesto en que la notificación se realizó en la sede social y en la persona del representante legal de la entidad deudora, ha considerado correcto que, cuando no resulta posible al Juzgado verificar la notificación y el requerimiento en el domicilio que aparece en el Registro, sea válida la efectuada en el domicilio real del deudor, puesto que

si bien no ha cumplido estrictamente la previsión legal no cabe duda que el deudor fue requerido en su verdadero domicilio, con todas las garantías para él, resultando indudable que se ha cumplido plenamente la finalidad del requerimiento en su doble aspecto de invitación al pago y de anuncio o notificación del procedimiento judicial. También ha señalado en la más reciente de 14 de octubre de 2015, que, dada la trascendencia que tiene la correcta realización de esta notificación en el domicilio real del deudor cuando no resulta posible al Juzgado verificar la notificación y el requerimiento en el domicilio que aparece en el Registro, deben adoptarse las garantías necesarias para asegurar que la misma se realiza personalmente con el ejecutado, a fin de evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución. En este supuesto en que la notificación se está realizando en un domicilio diferente al consignado en la escritura, tratándose de sociedades mercantiles exige que la diligencia de notificación se lleve a efecto con los administradores de la sociedad, que son quienes ostentan la representación de la misma, o, en su defecto, con un apoderado que tenga facultades suficientes al respecto (*vid.* resolución de 5 de marzo de 2014) o persona que actúe como autorizada por la persona jurídica para recibir requerimientos o notificaciones en su interés (cfr. por analogía el art. 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio).

Resolución de 14-12-2015
(BOE 30-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO.

Instado procedimiento ejecutivo ordinario contra determinados deudores a consecuencia del impago de una obligación garantizada con hipoteca se acuerda por el Juzgado, a instancia del actor, llevar a cabo la ejecución de la hipoteca dentro del mismo procedimiento a cuyo efecto se ordena la expedición de dominio y cargas prevista en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así como la práctica al margen del asiento de hipoteca de nota marginal. El Registrador suspende porque entiende que de conformidad con el artículo 143 del RH es preceptiva la previa práctica de anotación preventiva de embargo. El recurrente entiende lo contrario. En nuestro ordenamiento jurídico, el embargo es un acto procesal mediante el que se afecta un bien concreto a las resultas del procedimiento en que se decreta con la finalidad de garantizar su resultado. No tiene como finalidad constituir una garantía directa y exclusiva a favor del crédito que lo motiva por lo que no altera su naturaleza personal (*vid.* resoluciones de 23 y 24 de abril de 1996 y 23 de septiembre de 2008). Ni el crédito muda su naturaleza convirtiéndose en real por el hecho del embargo ni este recibe de aquel preferencia alguna (resolución de 15 de diciembre de 1994). Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la LH cuando en relación a los terceros poseedores se establece que «cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos

bienes…». Este mismo criterio ha sido defendido por esta Dirección General en resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999. Para evitar estos efectos distorsionadores, como dijera la misma resolución, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. A la luz de las consideraciones anteriores el recurso debe ser desestimado pues como ha quedado suficientemente motivado, ejercitada la acción de ejecución de la hipoteca inscrita por la vía del procedimiento ejecutivo ordinario debe exigirse, para poder extender la nota marginal prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la previa anotación de embargo sobre el bien ejecutado. Así lo impone el artículo 143 del RH, cuando determina que «…no procederá la extensión de esta nota si antes no se ha hecho la anotación preventiva del embargo correspondiente».

Resolución de 15-12-2015
(BOE 30-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Zafra

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: CONSTANCIA EN LA ESCRITURA.

La exigencia de constancia en la escritura calificada (cfr. resolución de 28 de julio de 2014) del número de identificación fiscal, impuesta por el artículo 23 de la Ley del Notariado, y lo defectuoso de la misma, determinado por el artículo 254 de la LH, para el caso de omisión, imponen la suspensión de la inscripción hasta que se presente en el Registro una escritura en la que consten todos los números de identificación fiscal.

Resolución de 15-12-2015
(BOE 30-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de León, número 4

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: CONSTANCIA EN LA ESCRITURA.

Es doctrina de este Centro Directivo que la claridad con que se expresa el párrafo tercero del artículo 202 de la LH no deja duda acerca de la imposibilidad de inscribir el testimonio de un auto de expediente de dominio para la reanudación del tracto interrumpido cuando, como ocurre en este caso, la última inscripción de dominio tiene menos de treinta años y no consta que el titular o sus causahabientes hayan sido notificados tres veces, una de ellas al menos personalmente, sin que sea suficiente para tener por cumplido este requisito la mera mención genérica realizada en el auto a la observancia de lo dispuesto en la regla 3.ª del artículo 201 y a lo previsto en el artículo 202 de la LH. Se impone una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. De ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que

en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición.

Resolución de 16-12-2015
(BOE 30-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 1

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

Debe reiterarse una vez más por este Centro Directivo que la calificación registral del «juicio notarial de suficiencia de la representación» se encuentra regulada por la dicción del artículo 98 de la Ley 24/2001, y el alcance dado al mismo por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2011, a la existencia del juicio notarial, de la reseña identificativa del documento del que nacen las facultades representativas, de la expresión de que al Notario le ha sido exhibida copia auténtica de dicho documento, y a la congruencia del juicio con el contenido de la escritura. Se entiende que hay falta de congruencia del juicio notarial si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, así como cuando usa fórmulas de estilo que se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente para el acto o negocio documentado o para la ratificación que se realiza, en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de negocio que en la escritura se formaliza o al que se refiere la ratificación (*vid.*, entre otras, las resoluciones 4 de junio de 2012 y 22 de febrero y 9 de julio de 2014); o si el Notario realiza un juicio incompleto o si el juicio Notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el Notario y el Registrador de la Propiedad pueden consultar. En el presente expediente lo que ocurre es que en el momento de practicarse la calificación por la Registradora y valorar la congruencia de la reseña y del juicio de suficiencia emitido por la Notaria, con el negocio jurídico celebrado (compraventa) se ha incorporado a la escritura una diligencia que desvirtúa lo dicho en la intervención de la escritura.

Resolución de 16-12-2015
(BOE 30-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Sant Boi de Llobregat

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES: FORMA. ARRENDAMIENTOS URBANOS: INSCRIPCIÓN SOBRE PARTE DE FINCA.

Ante la alegación de la recurrente, de que se trata de un arrendamiento sujeto al IVA y no a transmisiones patrimoniales, hay que afirmar que, conforme la reiterada doctrina de este Centro Directivo («Vistos»), no corresponde al registrador calificar si el acto inscribible está sujeto a transmisiones patrimoniales o actos jurídicos documentados, por ser competencia del órgano liquidador competente. Y aun así, falta la acreditación de la no sujeción del derecho al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, lo que llevaría consigo en este caso, a la sujeción

al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por cumplirse los requisitos del artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados —primera copia de escritura pública, objeto valuable y acto o contrato inscribible—. En consecuencia no se puede más que confirmar este defecto señalado en la calificación. Hemos de recordar que el apartado 1 del artículo 3 del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, relativos a la inscripción de arrendamientos urbanos en el Registro de la Propiedad, señala que «cuando la finca arrendada conste inscrita bajo folio registral independiente, se consignarán por el notario, incluso si no aparecen reflejados en el documento privado del contrato, todos los datos sobre la población, calle, número y situación dentro del edificio de la finca arrendada, superficie y linderos de esta». Y en el apartado 2 del mismo artículo 3, se dice que «si la finca arrendada no coincide con la que tiene abierto folio registral y es una parte de esta, se describirá aquella con las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, pero no será necesario describir el resto del edificio o vivienda». Por su parte, el apartado 2 del artículo 6 del mismo Real Decreto establece que «no será obstáculo que suspenda la inscripción del contrato la circunstancia de que la finca arrendada no forme folio registral independiente en el Registro, siempre que el edificio en su conjunto o la totalidad de la finca figuren inscritos a nombre del arrendador. Bastará en este caso, sin necesidad de segregación o de constitución previa de la propiedad horizontal, que la finca arrendada haya quedado suficientemente delimitada con expresión de su superficie, situación y linderos».

Resolución de 16-12-2015
(BOE 30-12-2015*)*
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 2

OPCIÓN DE COMPRA: EJERCICIO.

El primero de los defectos impugnados, relativo a las facultades de la representante de la entidad acreedora para expedir la certificación acreditativa de la cantidad pendiente del préstamo hipotecario, no puede mantenerse. Adviértase que la certificación incorporada no es sino un mero elemento auxiliar, o complementario si se prefiere, con finalidad de determinar el precio que ha de satisfacer el optante caso de ejercitar la opción, y precisamente la forma de pago convenida precisa, para que no pueda haber dudas de su exacta determinación, la colaboración de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria certificando su importe, algo que ya se había realizado y acreditado de manera suficiente en la segunda escritura. Por ello tiene razón el recurrente cuando afirma que, a la vista de la primera certificación, el registrador tiene a su disposición, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, un medio adicional de calificación, cual es la consulta telemática de los asientos del Registro Mercantil (cfr. la resolución 23 de abril de 2014), por lo que es incongruente la afirmación que realiza el registrador en el sentido de que el juicio de suficiencia de tal representación le corresponde hacerlo a él dado que el notario no es autorizante del documento (y si el poder con el que actúa no está inscrito en el Registro Mercantil aportar copia autorizada del mismo); precisamente porque podría haber consultado el Registro Mercantil, aunque no sería necesario, toda vez que lo único relevante es si el certificante tiene facultades para certificar lo que aparece en un mero documento complementario del título, y eso ya lo había

aseverado bajo su fe el notario, con lo que de este modo quedaba perfectamente clarificado un aspecto determinante y esencial del negocio jurídico cual era el importe de la prestación que debía satisfacer el optante. La subrogación en la obligación personal garantizada con la hipoteca (cfr. art. 118 de la LH), para que surta efecto liberatorio para el primer deudor, ha de contar con el consentimiento del acreedor, consentimiento que puede ser expreso o tácito y operar así plenamente al margen del Registro. No obstante, la virtualidad de ese consentimiento no afecta a la operativa propia que conlleva el ejercicio de la opción respecto de los asientos posteriores, toda vez que no es decisivo que, en supuestos como el presente, haya subrogación en sentido estricto o simple descuento o retención de la carga hipotecaria. Repárese, en segundo lugar, en que lo decisivo es que el adquirente-optante ha de hacer efectivo el pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca, la cual es de rango preferente respecto del derecho de opción ejercitado, con las consecuencias que de ello se derivan para los derechos reflejados tabularmente, como posteriormente se indicará. Por ello, que se esté ante una subrogación, ante una retención, o ante un descuento, deviene irrelevante para la dinámica de la opción y sus consecuencias respecto de derechos posteriores, de modo que carecen igualmente de fundamento las objeciones expresadas por el registrador en el defecto segundo de la nota de calificación. Una vez ejercitado un derecho de opción de compra puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. Como ha reiterado este Centro Directivo, para que no sea necesaria la consignación a favor de acreedores posteriores, la subrogación o descuento en la hipoteca anterior no puede superar a las correspondientes coberturas hipotecarias. En caso contrario, descuento o subrogación en cantidades superiores, debe consignarse la diferencia. Cabe concluir, *a sensu contrario,* que sí que puede practicarse la cancelación de las cargas posteriores sin consignación a favor de sus titulares si las cantidades descontadas, al ser indubitadas, pueden considerarse acreditadas.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 13-10-2015
(BOE 5-11-2015*)*
Registro Mercantil de Cádiz

ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍA.

La presunción de exactitud y validez de los asientos registrales, en cuanto se basa en la previa calificación que de la regularidad y validez que del acto a inscribir ha de realizar el registrador, obliga a que un dato esencial para apreciarla, en los acuerdos de las juntas, cual es la concreta mayoría por la que se adoptaron, se refleje en la certificación del acta, o, en su caso, en el acta notarial, correspondiente (arts. 97.1.7.a, 102.4.a, 112.2, 107.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el caso debatido, en el acta solo consta la escueta expresión de que los acuerdos se adoptaron por «mayoría», sin ninguna otra especificación ni concreción. Aunque en la lista de asistentes consta el porcentaje de capital ostenta cada uno de los socio, teniendo en cuenta que no pueden computarse los votos en blanco, la simple expresión por «mayoría» no permite ni suponer razonablemente, ni calcular de modo aritmético, que los votos a favor fueran los de todos los demás socios inicialmente reseñados en la lista de asistentes.

Por otra parte, tratándose, como se trata, de acuerdos de separación de unos administradores y nombramiento de otros, exige el artículo 197.bis de la Ley de Sociedades de Capital, que las votaciones (y, por ende, su constancia en el acta y en la certificación que sobre ella se expida), se realicen separadamente por cada uno de ellos.

Resolución de 19-10-2015
(BOE 19-11-2015*)*
Registro Mercantil de Barcelona XIII

OBJETO SOCIAL.

Para inscribir la constitución de una sociedad cuyo objeto social esté relacionado con la producción, tráfico, uso, comercialización etc. de cannabis u otros estupefacientes y sustancias psicotrópicas es preciso acreditar la preceptiva autorización administrativa para realizar las actividades cuestionadas. Así resulta de la Ley 17/1967 de 8 de abril de 1967 y de la I. 2/2013, de 5 de agosto de 2013, de la Fiscalía General del Estado.

Resolución de 20-10-2015
(BOE 19-11-2015*)*
Registro Mercantil de Madrid X

CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITORÍA. OPINIÓN DESFAVORABLE. OPINIÓN DENEGADA.

No puede equipararse la opinión técnica denegada a la opinión técnica desfavorable puesto que las limitaciones al alcance o las incertidumbres, no impiden necesariamente que las cuentas puedan reflejar la imagen fiel de la sociedad, pero si es cierto que ambas pueden contener información especialmente relevante para los socios y terceros. No debe denegarse el depósito de las cuentas anuales con un informe de auditoría desfavorable que señala que las cuentas no expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad, si contiene información detallada y cuantificada sobre los extremos que llevan a emitir dicha opinión, pues ello significaría no dar publicidad a una información relevante para socios y terceros que es una de las finalidades básicas del depósito de cuentas en el Registro Mercantil, determinando al mismo tiempo un cierre registral por falta de depósito de las cuentas con las importantes consecuencias que ello conlleva.

En cuanto a los informes con opinión denegada, no debe admitirse el depósito de cuentas cuando los motivos que impiden al auditor expresar su opinión, pueda ser imputada a la actitud de la propia sociedad, por haberse comprometido la objetividad o independencia del auditor o por no haberse realizado por la sociedad

la entrega de la documentación correspondiente. Pero no toda opinión denegada tiene porqué implicar necesariamente el rechazo del depósito de cuentas. Este criterio obliga a realizar un análisis del informe del auditor presentado junto con las cuentas y, especialmente, de las salvedades que en el mismo se realizan a fin de concluir si, con independencia del hecho de que impidan formular al auditor una opinión de acuerdo a las normas técnicas de actuación, las mismas impiden o frustran el interés del socio a la revisión de las cuentas anuales y de los eventuales terceros, de modo que solamente cuando así ocurra deba rechazarse su depósito en el Registro Mercantil».

Resolución de 21-10-2015
(BOE 19-11-2015*)*
Registro Mercantil de Madrid V

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA. FUSIÓN. BALANCE. INFORME DE AUDITORIA.

La forma de convocatoria establecida en los estatutos ha de ser cumplida incluso en el caso de convocatoria por los liquidadores, de convocatoria judicial o registral. No es obstáculo para ello el hecho de que existan herencias yacentes o participaciones en litigio. Solo en defecto de forma de convocatoria estatutaria puede acudirse al sistema legal de publicidad. Ni siquiera los estatutos pueden amparar sistemas alternativos de convocatoria.

En el supuesto contemplado se ha utilizado como balance de fusión el del último ejercicio que fue aprobado pero no auditado cuando existía solicitud de verificación a petición de la minoría. El balance que sirva de base a los acuerdos de fusión debe ser auditado cuando la verificación sea legalmente exigible. Y lo es no solo cuando la sociedad deba de nombrar auditor por concurrir los parámetros o circunstancias establecidos en la Ley (arts. 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital) o por venir impuesta en virtud de la clase o tipo de sociedad (véase la Ley de Auditoría), sino también cuando se haya nombrado auditor a petición de la minoría. El informe de auditoría debe además aportarse o incorporarse a la escritura que documente los acuerdos, salvo que dicho balance e informe estén ya integrados en las cuentas anuales cuyo depósito se haya realizado con anterioridad.

Resolución de 27-10-2015
(BOE 25-11-2015*)*
Registro Mercantil Central III

DENOMINACIÓN SOCIAL.

La identidad de denominaciones no se constriñe al caso de coincidencia total y absoluta entre ellas, sino también a lo que se conoce como «identidad sustancial» o «*cuasi identidad*», cuando —aun en ausencia de coincidencia absoluta o textual—, una fuerte aproximación objetiva, fonética, conceptual, o semántica, o bien la integración de una denominación preexistente con términos o variantes de escasa entidad, mermen la virtualidad diferenciadora de un nombre social respecto de otro ya existente, no desvirtuando la impresión de tratarse de la misma denominación. Es correcta la denegación de la denominación solicitada

EDP España SA dado que el único elemento diferenciador respecto de una denominación preexistente es la adición del término «España».

Resolución de 29-10-2015
(BOE 23-11-2015*)*
Registro Mercantil de Madrid, número XVIII

ESTATUTOS. DEMANDAS CONTRA LA SOCIEDAD.

Se debate la admisibilidad de la siguiente cláusula estatutaria: «No podrán los accionistas incoar demanda alguna contra la Sociedad sin antes haber sometido la cuestión a la Junta General de Accionistas y haber resuelto esta sobre el asunto planteado». Se da la circunstancia de que esta redacción coincide con la anterior salvo en que se ha suprimido la palabra «extraordinaria» tras la expresión «Junta General», por lo que la denegación de la redacción actual dejaría incólume el primitivo precepto estatutario. Y en este sentido señala la resolución que enjuiciar esta cuestión es ajena a las competencias del Centro Directivo, pues corresponde a tribunales, tanto a la hora de determinar —a la vista del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales— si se contradice el principio consagrado en el artículo 24 de la Constitución; o si, por el contrario y se diera el caso de un ejercicio directo de acciones ante los tribunales, obviando el trámite estatutario hoy inscrito, tal aparente trámite previo sería una mera instancia facultativa en aras de lograr una avenencia que evitara el recurso a los tribunales (lo que no es sino un ejercicio intelectual en pro de la operatividad de la cláusula, interpretándola en un sentido favorable a que produzca determinados efectos no contra *legem*, *ex* art. 1284 del Código Civil), pero sin efectos interruptivos de una posible prescripción y sin que desencadenara una posible suspensión en sede judicial. Señala también la resolución que no se trata de supuestos de arbitraje o mediación societarios, en el sentido técnico, pero sin embargo se extiende en el examen del derecho a la tutela judicial efectiva y de la posible arbitrabilidad, o mediación, de ciertas controversias en el seno societario, a través de las leyes de Arbitraje, Mediación y Jurisdicción Voluntaria y de anteriores resoluciones sobre esta materia.

Resolución de 4-11-2015
(BOE 24-11-2015*)*
Registro Mercantil de Madrid IX

FUSIÓN. PUBLICIDAD. DERECHO DE OPOSICIÓN.

Se trata de una escisión parcial con traspaso de parte del patrimonio social, que constituye una unidad económica, a una sociedad de responsabilidad limitada de nueva creación, con reducción del capital de la sociedad escindida. En la misma escritura los administradores de la sociedad escindida manifiestan que determinada entidad de crédito se ha opuesto a la escisión por ostentar un crédito hipotecario frente a aquella sociedad y que, no obstante, dicho crédito se encuentra suficientemente garantizado.

Tanto la normativa comunitaria como la española imponen, cualquiera que sea la complejidad del caso en concreto, la salvaguarda de los derechos de los socios, de los trabajadores y de aquellos eventuales acreedores a quienes pueda afectar el proceso.

La reforma operada por la Ley 1/2012, que modifica el artículo 44 de la Ley 3/2009 para adecuarlo a normativa comunitaria, a la vez que evita que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad en caso de legítima oposición pueda afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión, amplía las posibilidades de acción de los acreedores. A falta de un acuerdo entre los interesados sobre la concurrencia de las circunstancias que hacen nacer el derecho de oposición, y a pesar de la oposición del acreedor, la fusión o escisión es plenamente eficaz de concurrir los requisitos previstos en la Ley y debe procederse a la inscripción, sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el juez competente en los términos previstos en el inciso final del artículo 44 de la Ley 3/2009. Además, al tratarse de un caso de escisión parcial con traspaso patrimonial a una sociedad beneficiaria de nueva creación, esta no puede tener deudas anteriores que puedan afectar a los acreedores de la sociedad escindida al carecer de patrimonio preexistente.

Aunque la reducción del capital social de la sociedad escindida no es imprescindible si el traspaso se realiza con cargo a reservas, Con la publicidad prevenida para el acuerdo de escisión o fusión en garantía de los derechos de socios y terceros deben entenderse satisfechos los intereses de los mismos respecto de la natural reducción del capital social.

Resolución de 5-11-2015
(BOE 24-11-2015*)*
Registro Mercantil de Madrid XIII

ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN. CONSEJERO DELEGADO.

Se trata de una cláusula de los estatutos por la que se previene que, aun cuando el cargo de administrador será gratuito, el cargo de consejero delegado será retribuido por determinados conceptos que se detallan. De la literalidad del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración y que debe ser conforme con la política de retribuciones aprobada en su caso por la Junta. Es en este específico contrato en el que deberá detallarse la retribución del administrador ejecutivo, pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos.

Resolución de 11-11-2015
(BOE 3-12-2015*)*
Registro Mercantil Central II.

DENOMINACIÓN SOCIAL.

Por mucho que una compañía se halle en patente incumplimiento de sus obligaciones fiscales y mercantiles, (dada de baja provisional en Hacienda, sin órgano de administración, sin haber depositado cuentas anuales, sin libros contables…) cabe siempre la posibilidad de que siga realizando actividades comerciales o empresariales. Incluso aunque pudiera considerarse absolutamente cierta

la suposición del recurrente de hallarse la sociedad totalmente inoperativa, tal falta de actividad constituye, efectivamente causa de disolución, pero ni es causa de disolución de pleno derecho, ni aunque lo fuera provocaría una cancelación automática de los asientos de la sociedad (*vid.* art. 238 del Reglamento del Registro Mercantil) que provocase, a su vez, transcurrido un año, la caducidad y consiguiente cancelación de oficio en la Sección de Denominaciones, de la denominación social de la sociedad cuyos asientos hubieran sido cancelados (*vid.* art. 419 del Reglamento del Registro Mercantil).

El hecho de que resulte concedida por el organismo competente una determinada marca en favor de una sociedad, existiendo con anterioridad otra sociedad cuya denominación, vigente en la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central, es idéntica a la marca concedida, no otorga a la sociedad titular de la marca un derecho a obtener para sí la denominación social coincidente con aquel signo distintivo.

Resolución de 16-11-15
(BOE 9-12-2015*)*
Registro Mercantil de Puerto del Rosario

REDUCCIÓN DE CAPITAL. MIXTA: POR PÉRDIDAS, PARA CONSTITUIR RESERVA LEGAL Y VOLUNTARIA.

Se trata de un acuerdo de una operación de reducción del capital de una sociedad limitada de carácter mixto: por pérdidas, para dotar la reserva legal y para constituir reservas voluntarias. La resolución hace un interesante recorrido por su doctrina anterior sobre este tema.

La reducción por pérdidas exige que la sociedad carezca de cualquier tipo de reservas pues, si bien en este caso el activo social no varía, sí que posibilita que se puedan distribuir los beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas. Por su parte, la reducción del capital con creación de reserva legal, por su indisponibilidad constituye un complemento del capital social como cifra de retención de elementos patrimoniales y, a la vez, sirve de protección de este frente a pérdidas en tanto en cuanto se deben imputar antes a las reservas que al capital. En cuanto a la reducción para constituir reserva voluntaria, en el caso ahora contemplado a la reserva voluntaria constituida no se le ha atribuido carácter indisponible, por lo que es evidente que la posición de los acreedores sociales queda menoscabada. Por ello, a falta de la vinculación que se derivaría de la indisponibilidad de la reserva constituida (al menos en términos análogos a los establecidos en el artículo 332.1 de la Ley de Sociedades de Capital), solo cabe admitir la inscripción solicitada cuando voluntariamente se dispongan medidas tuitivas como el reconocimiento estatutario a los acreedores de un derecho de oposición o la garantía que para los mismos constituya la responsabilidad de los socios, bien establecida estatutariamente o bien asumida por estos.

Resolución de 18-11-15
(BOE 9-12-2015*)*
Registro Mercantil de Alicante IV

CUENTAS ANUALES. SOLICITUD DE MINORITARIO. REVOCACIÓN DE NOMBRAMIENTO DE AUDITOR VOLUNTARIO.

Como tiene declarado reiteradamente el Centro Directivo, para que la designación voluntaria de auditoría pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable se deben cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, y b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación.

En el supuesto analizado, el registrador rechazó la solicitud del socio minoritario de que se procediese al nombramiento de auditor al existir inscripción de auditor voluntario por acuerdo social. Posteriormente la sociedad revoca el nombramiento de auditor voluntario y el registrador cancela el asiento en el folio correspondiente. Por ello concluye la resolución que, si calificó positivamente la cancelación del nombramiento del auditor, sin cuestionar la revocación de ese nombramiento ni plantear entonces si el interés protegible del socio minoritario quedaba salvaguardado, no puede ahora actuar como si dicha cancelación no se hubiese producido. No existe ya obstáculo registral alguno para el depósito de las cuentas, sin acompañar informe de auditor.

Resolución de 23-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro Mercantil de Alicante II

AUMENTO DE CAPITAL. RECTIFICACIÓN.

Inscrita la sociedad con una determinada cifra de capital, las alteraciones, al alza o a la baja, cualquiera que sea la causa, solo pueden hacerse valer frente a terceros cuando exista el correspondiente acuerdo social adoptado con los requisitos previstos en la Ley para el aumento o reducción de capital social, según el caso.

La legislación vigente no contempla la rectificación de la cifra de capital social fijada en los estatutos inscritos por causa de la revisión de las valoraciones efectuadas de las aportaciones no dinerarias.

Desde el punto de vista contable, si como consecuencia de una revisión posterior el valor razonable de las aportaciones resulta inferior al que se estableció, el saldo de la rectificación en la valoración será imputado al neto, mediante el apunte compensatorio en una cuenta de reservas que se carga o abona según proceda y de acuerdo con el sentido de la revisión al alza o a la baja de los valores.

Desde una perspectiva societaria, existe una situación irregular en que el capital social no está totalmente desembolsado. Sin perjuicio de la posibilidad de realizar nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias para cubrir el déficit y sin perjuicio, también y en todo caso, de la aplicación del régimen de respon-

sabilidad solidaria por la realidad de las aportaciones *ex* artículo 77 de la Ley de Sociedades de Capital; la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar requisitos previstos en la Ley para la reducción del capital: ya sea una reducción por pérdidas *ex* artículos 320 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (entre ellas, las que se afloran en esa «reserva negativa» derivada de la subsanación de errores; el auditor verifica el balance que sirve de base a la reducción *ex* artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital); ya sea una reducción por restitución de aportaciones *ex* artículos 329 a 331 de la Ley de Sociedades de Capital (el socio aportante responde de la diferencia como si se tratara de una devolución) o por amortización acordada de las consiguientes participaciones y con dotación de la reserva de capital amortizado *ex* artículos 140.1.b y 141.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Resolución de 24-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro Mercantil de Sevilla III

CUENTAS. JUNTA. CONVOCATORIA. AUDITOR A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

En los supuestos de convocatoria por medios privados, como ocurre en este caso en que los estatutos establecen que se realice mediante comunicación individual y escrita remitida por carta certificada con aviso de recibo o por conducto notarial, debe acreditarse la fecha y el modo en que ha sido realizada la convocatoria para que el registrador pueda calificar su regularidad.

No puede accederse al depósito de las cuentas si no se acompaña el preceptivo informe de auditoría realizado por el auditor nombrado e inscrito en el Registro Mercantil a solicitud de la minoría. Mientras esa inscripción siga vigente, el registrador debe calificar en función de su contenido.

Resolución de 25-11-2105
(BOE 17-12-2015*)*
Registro Mercantil de Madrid VI

CUENTAS. CONSOLIDADAS. AUDITOR. INFORME.

En el caso de que se formulen cuentas consolidadas aunque sea de forma voluntaria por sociedad que no está legalmente obligada a ello, debe designarse auditor y acompañar su informe de auditoría al depositar las cuentas.

Resolución de 26-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro Mercantil de Murcia I

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

Como ya tiene declarado la DGRN, el régimen legal de la convocatoria tiene carácter imperativo y los estatutos solo pueden modificarlo dentro de los límites que la propia Ley establece. Si existe cambio normativo que afecte en todo o en

parte a los estatutos sociales la nueva norma se impone sobre su contenido por la simple fuerza de la Ley. Por, si no existe previsión estatutaria o esa previsión es contraria a la previsión de la Ley tras su reforma, prevalece en cualquier caso el sistema de convocatoria legalmente previsto.

La resolución describe las sucesivas modificaciones del artículo 173 y atiende a la redacción existente al tiempo de realizar la convocatoria. Termina estimando el recurso puesto que en aquel momento el artículo 173 solo exigía publicación en el BORME y en la web de la sociedad sin más precisiones, y las posteriores Instrucciones que establecían el modo en que había de ser interpretada fueron publicadas con posterioridad al anuncio de la convocatoria.

Resolución de 27-11-2015
(BOE 17-12-2015*)*
Registro Mercantil de Murcia I

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

Como ya tiene declarado la DGRN, el régimen legal de la convocatoria tiene carácter imperativo y los estatutos solo pueden modificarlo dentro de los límites que la propia Ley establece. Si existe cambio normativo que afecte en todo o en parte a los estatutos sociales la nueva norma, se impone sobre su contenido por la simple fuerza de la Ley. Por ello si no existe previsión estatutaria o esa previsión es contraria a la previsión de la Ley tras su reforma, prevalece en cualquier caso el sistema de convocatoria legalmente previsto.

La resolución describe las sucesivas modificaciones del artículo 173 y atiende a la redacción existente al tiempo de realizar la convocatoria que impone, a falta de previsión estatutaria, la publicación de la convocatoria en el BORME junto con la publicación en la página web de la sociedad siempre que la misma estuviese creada por acuerdo de la junta general, inscrita en el folio correspondiente y publicado el acuerdo en aquel Boletín. A falta de página web creada, inscrita y publicada el anuncio debía haberse publicado también en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, por lo que desestima el recurso.

Pueden conservarse aquellos acuerdos adoptados aun cuando existan defectos no sustanciales en la convocatoria o adopción cuando no lesionan ningún interés legítimo, para facilitar la fluidez del tráfico jurídico y evitar la reiteración de trámites y costes innecesarios que no proporcionen garantías adicionales. Pero la falta de convocatoria en la forma legalmente establecida conlleva indefectiblemente su nulidad al afectar a los derechos individuales de los socios de asistencia y voto. La valoración de la alegación del recurrente de que no ha existido perjuicio ni impugnación de los acuerdos corresponde a los Tribunales de Justicia.

Resolución de 1-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro Mercantil de Madrid XIV

ACUERDOS SOCIALES. DECLARACIÓN DE NULIDAD. CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES.

Si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes, debe especificarse en el mismo qué asiento o asientos han de

ser objeto de cancelación, porque no incumbe al Registrador sino al juzgador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la Sentencia presentada. Si bien, no debe de caerse en un rigorismo formalista injustificado si del documento se infiere indubitadamente cuáles son los asientos a que se refiere el mandamiento cancelatorio. Por ello, una instancia privada, señalando los asientos que —en opinión del interesado y según su individual interpretación del fallo judicial—, han de cancelarse como contradictorios, adolece de absoluta falta de viabilidad para suplir la competencia del Juzgado sobre cuál sea el alcance concreto que sobre los asientos del Registro deba tener la resolución firme cuyo cumplimiento se demanda.

Resolución de 10-12-2015
(BOE 28-12-2015*)*
Registro Mercantil de Madrid XI

LEGALIZACIÓN. LIBROS.

El recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador.

La Instrucción de 12 de febrero de 2015, establece determinadas especialidades con la evidente intención de facilitar al máximo la transición hacia el nuevo sistema. La Instrucción distingue entre la situación de los libros cuyo contenido está ligado al ejercicio social por reflejar los acuerdos que durante el mismo han adoptado los órganos sociales (libros de actas de órganos colegiados, instrucciones séptima y octava) de aquellos otros cuyo contenido no está ligado al ejercicio social de la sociedad (libros registro de socios o de acciones nominativas cuyo contenido puede no verse alterado por el mero transcurso del tiempo, instrucción décima).

La legalización electrónica de libros no es un mero sellado de tiempo sino que fija determinados hechos cuya apreciación como prueba dependerá en última instancia de las circunstancias en que se haya desenvuelto.

Aunque la obligación legal es que la legalización se lleve a cabo anualmente, en su caso, dentro de los cuatro primeros meses siguientes al cierre del ejercicio, nada obsta a que se lleve parcialmente de forma anticipada (art. 18.2 de la misma Ley e instrucción novena), a que se lleve a cabo sin que se haya producido la legalización de libros de ejercicios anteriores (instrucción undécima), o sin que, en el caso del libro registro de socios o de acciones nominativas, se haya llevado a cabo la legalización del libro inicial (instrucción décima); en cualquier caso, corresponde a los tribunales de Justicia determinar el valor que en cada supuesto haya que atribuir a las circunstancias anteriores (instrucción decimoquinta), para lo que es determinante que las mismas queden debidamente reflejadas en la certificación de legalización que ha de llevar a cabo el Registrador Mercantil (instrucción vigésimo primera), en función de la solicitud que le haya realizado la parte interesada (instrucción decimonovena).

Por estos motivos aunque la pretensión de solicitar una legalización parcial anticipada de asientos del libro registro de socios debe tener acogida en nuestro sistema, es fundamental que la solicitud así lo haga constar (art. 330 del mismo Reglamento), para que el registrador, previa su calificación, haga oportuno reflejo en la diligencia de despacho (art. 334) y en los asientos que practique en el libro de legalizaciones (art. 336).

Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución 2.904/2015 de 26-11-2015
(*DOGC* 21-12-2015)
Registro de la Propiedad de La Seu d'Urgell

INEFICACIA DE TESTAMENTO OTORGADO POR TITULAR INCAPACITADA SEGÚN LOS ASIENTOS DEL REGISTRO.

Por lo que respecta a cuestiones de trámite, en relación con el plazo de interposición del recurso (art. 326 de la LH), la resolución de 21 de abril de 2015, en el fundamento de Derecho primero y con cita de la resolución de 23 de junio de 2014 muestra una posición flexible en esta materia, de modo que entiende el derecho de los ciudadanos a recurrir debe prevalecer cuando existan dudas y no resulte acreditado, en la forma legalmente determinada, que el ejercicio de su derecho es extemporáneo. Por otra parte, la Dirección argumenta que la apreciación de extemporaneidad no podía hacerse de oficio y que, de haberse apreciado, hubiera motivado la inadmisibilidad del recurso (así se pronuncia la resolución de 2 de febrero de 2012, entre otras, de la DGRN.).

En cuanto al fondo, el artículo 422, con una redacción más clara que el artículo 116 del Código de Sucesiones aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre de 1991, distingue dos supuestos cuando, en sede de forma de los testamentos notariales (Sección Segunda del Capítulo I del Título II), exige la intervención de dos facultativos en el otorgamiento de testamento notarial, cuya manifestación específica o informe ha de incluirse en el testamento como formalidad, diferente del juicio de capacidad, que se contempla en el artículo 422.7 del Libro IV. Así, en el caso de que el testador no esté incapacitado, su intervención es potestativa, pero si lo está, es obligatoria, incluso para testamentos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor y abierta después (Disposición Transitoria Segunda, que hace referencia a los requisitos formales de los testamentos).

En materia de capacidad del testador y el valor del juicio de capacidad natural, la Direcció invoca genéricamente la jurisprudencia del TS y ya con referencia a sentencias concretas, a la del TSJ de Cataluña. Respecto de las primeras, el TS, en cuanto a la *testamentifactio* activa ha declarado que el juicio de capacidad del otorgante de un testamento notarial, formulado por el notario autorizante, puede ser desvirtuado mediante pruebas contrarias a lo manifestado por dicho fedatario. Así, declara que la circunstancia de haberse cumplido todas las formalidades legales no impide que pueda declararse nulo el testamento, si se prueba que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva. Las pautas en esta materia seguidas por el TS, al interpretar los artículos 662 y 665 del Código Civil, son: a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) Que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial revista

especial relevancia de certidumbre (…). Por lo que respecta a la jurisprudencia del TSJ de Cataluña, la Dirección invoca las sentencias de 21 de junio de 1990, 1 de octubre de 1991, 3 de enero de 1994, 4 de febrero de 2002, 24 de mayo de 2004, 4 de septiembre de 2006, 27 de septiembre de 2007 y 17 de octubre de 2011. Estas se pronuncian en idéntico sentido a la orientación del TS, con cita del artículo 167 del Reglamento Notarial, de modo que si bien en virtud del principio del *favor testamentii,* se presume la capacidad del testador en tanto no se demuestre lo contrario, por lo que la carga de la prueba incumbe al que impugna el testamento por incapacidad, porque toda persona debe reputarse en su cabal juicio, pero el juicio notarial de capacidad natural goza de una presunción, rebatible mediante prueba en contrario, intervengan o no los facultativos. La sentencia de 7 de abril de 2014 señala sobre esta materia que se parte de la presunción general de capacidad, que se califica de presunción *iuris tantum,* y al principio del *favor testamentii* (actual art. 421.3 del Libro IV); que se precisa que la expresión «capacidad natural» que aparece en el artículo 104 del Código de Sucesiones se refiere tanto a la persona incapacitada por resolución judicial como a la persona no incapacitada, puesto que los incapacitados para testar son una excepción a la regla general, y que la aseveración notarial respecto a la capacidad para testar constituye una presunción *iuris tantum* de capacidad que puede destruirse mediante una enérgica prueba en contra. En este caso, la prueba en contrario vendría constituida por los asientos del Registro, uno de los elementos de la calificación del registrador (art. 18 de la LH).

En todo caso, si bien el registrador ha de calificar como uno de los extremos comprendidos en dicho ámbito la legalidad de las formas extrínsecas (de que adolecía el testamento), la capacidad del otorgante, y la validez de las cláusulas testamentarias, la declaración de nulidad del testamento competería a la autoridad judicial (art. 422.1.1), como puso de manifiesto la resolución 23 de septiembre de 2001 de la DGRN para un caso de preterición no intencional (fundamento de Derecho tercero) y reiteró en resolución de fecha 21 de noviembre de 2014, para un supuesto de desheredación, y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. art. 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. art. 658 del Código Civil), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (fundamento de Derecho segundo).

En definitiva, cabe calificar la capacidad del testador si de los asientos del Registro resulta la incapacitación, no se han cumplido las formalidades del artículo 421.9 del Libro IV.

Resolución 2.941/2015 de 26-11-2015
(*DOGC* 28-12-2015)
Registro de la Propiedad de Balaguer

UNIONES DE PAREJA. ESCRITURA DE ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONVENIO REGULADOR. NECESIDAD DE APROBACIÓN JUDICIAL EN INTERÉS DEL MENOR. IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE TERRENOS DE NATURALEZA URBANA.

En primer lugar, teniendo en cuenta las diferencias entre la legislación sustantiva estatal en la materia, que no contiene equiparación en sede de regulación

de crisis de uniones estables de pareja con la de los matrimonios, la resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de junio de 2010 entendió que no era inscribible un convenio de pareja estable por el que se extinguía el condominio sobre una finca pues era necesaria la escritura pública, de conformidad con el artículo 3 de la LH. Según este precepto, para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible. En supuestos de hecho de inscripción de convenios reguladores de matrimonios sí que se observa una progresiva evolución tendente a la expansión de su ámbito, sin necesidad por tanto de exigir el otorgamiento de escritura pública, que ha ido desde la admisibilidad de disoluciones de condominio relativas a la vivienda habitual adquirida antes de matrimonio (no a otros bienes como entendió la resolución de 26 de junio de 2013, para un caso de Derecho civil catalán, si bien luego rectificó esta postura en resolución de 27 de febrero de 2015), a incluso la adjudicación de una plaza de aparcamiento privativa accesoria a la vivienda habitual (resolución de 23 de noviembre de 2015) o de un bien reconociendo que se sufragó con fondos gananciales de uno a otro cónyuge (resolución 24 de noviembre de 2015). La postura de la Dirección General para supuestos de matrimonio se ha mostrado favorable a la admisibilidad de convenios que incluyeran bienes de todo tipo, de conformidad con los amplios términos en que se pronuncia el artículo 552.11.6 del Libro V y 233.2.3 letra d) del Libro II (así, resolución *JUS* 2011, 2612 de 7 de octubre). En el caso de las uniones estables de pareja, la equiparación legal en lo que respecta a la regulación de crisis y extinción es total dada la remisión legal ya citada de los artículos 234.7 y 8. Ahora bien, dada la existencia de descendencia común menor de edad y como indicó el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para un caso en que se debatía sobre guardia y custodia en la extinción de una pareja de hecho, en sentencia número 48/2012 de 26 julio *(RJ* 2012, 1003), es el interés superior del menor el que ha de prevalecer (Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia), de ahí que en el supuesto resuelto por esta resolución se exija este requisito.

Una vez calificado el negocio jurídico como disolución de condominio y por lo que respecta a la necesidad de acreditar el pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, es preciso matizar que se considera sujeto al mismo la adjudicación a uno de los comuneros que compensa económicamente al resto, supuesto de hecho como el resuelto; ya que no existe una extinción del condominio, sino una transmisión patrimonial por el exceso de adjudicación a uno de los partícipes. No afecta a este supuesto el que el bien objeto de la comunidad sea divisible o indivisible (Consulta de la Dirección General de Tributos de V1591-08), por lo que es el Ayuntamiento el que ha de efectuar la oportuna verificación de si se está o no en este supuesto, al existir compensación en metálico. La Dirección General en cambio, aunque parte de esa Consulta y de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 443/2013 de 18 de abril, afirma que no está sujeto y que el registrador no debe exigir la acreditación relativa al pago, exención o no sujeción del mismo. Pero cabe en este punto traer a colación que, aunque jurídico-fiscalmente sea así, la competencia del registrador es limitada (art. 254.5 de la LH) y que el artículo 104.3

del Real Decreto Legislativo 2/2004 en que se ampara solo hace referencia a las adjudicaciones de bienes derivadas de procesos matrimoniales, no a las uniones de pareja. Así pues, se infiere de los artículos 8 y 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que no cabe extender más allá de sus términos las normas relativas a beneficios o exenciones fiscales, por lo que en todo caso no compete al registrador apreciar la no sujeción. En este sentido, para un caso de disolución de condominio, la resolución de 27 de noviembre de 2014, en el fundamento de Derecho segundo, realiza un resumen sobre la actuación registral en materia de calificación de cuestiones fiscales. El Centro Directivo entiende que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; pero que la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable, de modo que el registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral. Por el contrario, si como en el caso planteado no resulta del texto de la norma, no parece que quepa exigir al registrador su apreciación conforme a esta doctrina de la que diverge la Dirección General de Derecho.

En definitiva, en caso de convenios reguladores de parejas de hecho, la existencia de pactos que afectan a un menor de edad exigen aprobación judicial, pero no necesitan la acreditación del pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Acogimiento residencial, suspensión del régimen de visitas del menor y su interés supremo

Residential foster care of the minor, suspension of visitation, and its supreme interest

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada.

ABSTRACT: The Public Entity is entitled to decide upon the suspension of visitation and contact agreements in the case of minors under their legal guardianship and in residential foster care with respect to their biological parents, in order to ensure that the protection measures agreed upon are met, without prejudice to the supervisory role of the Public Prosecutor's Office and the mandatory judicial review of the administrative resolution adopted. These will be notified of the measure adopted immediately.

PALABRAS CLAVE: Suspensión del régimen de visitas. Acogimiento residencial.

KEY WORDS: Suspension of visitation and contact agreements. Residential foster care of the minor.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FINALIDAD DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITAS Y SU RELACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.—III. DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITA CUANDO EL MENOR ESTÁ EN RÉGIMEN DE ACOGIMIENTO RESIDENCIAL.—IV. PRIMACÍA DE LA VIGILANCIA DE LA TUTELA DEL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL DEL MINISTERIO FISCAL.—V. LA ACTUACIÓN DE CONTROL DEL ÓRGANO JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DE MENORES.—VI. EL DERECHO DE VISITA EN LOS CENTROS ESPECÍFICOS DE MENORES CON CONDUCTA PROBLEMÁTICA QUE ESTÁN BAJO PATRIA POTESTAD.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La STS, Sala Primera, de lo Civil, 321/2015 de 18 de junio de 2015[1], fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada»[2].

La sentencia objeto de comentario se refiere al expediente de jurisdicción voluntaria iniciado por la Delegación Provincial de Granada de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, en el que se solicitaba la suspensión judicial del régimen de visitas de la menor, respecto de sus padres biológicos, y que había sido adoptada de manera cautelar por el citado ente administrativo.

La entidad pública alegó que tras la intervención realizada con la unidad familiar, la Comisión Provincial de Medidas de Protección acordó en fecha 26 de octubre de 2011, y en beneficio de la menor, el inicio del procedimiento de acogimiento familiar permanente en familia ajena, con el que se pudiera atender a sus necesidades y evitar el alargamiento de la institucionalización.

El Centro de Protección en el que estaba acogida la niña emitió una nota informativa donde exponía que «la profesora nos cuenta que ha tenido una regresión desde que la menor está acudiendo a las visitas con su madre. Muestra menos interés a la hora de realizar las tareas escolares y se distrae con facilidad…».

La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que ocurre en este caso, en el que la medida se adopta para garantizar la protección e integridad física y psicológica de la menor, a partir de un análisis detallado de todas las pruebas que se han practicado, en beneficio e interés de la menor.

En razón a todo ello, la Comisión Provincial de Medidas de Protección acordó la suspensión cautelar de las relaciones personales de la menor con sus padres

biológicos, instando expediente de jurisdicción voluntaria para que, con fundamento en los artículos 94, 160 y 161 del Código Civil, y atendiendo al interés prioritario de la menor, se dictara auto «acordando suspender todo régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con sus padres biológicos». La madre de la niña se opuso al expediente por lo que se declaró contencioso el procedimiento, siguiendo por sus trámites (art. 753 LEC).

II. FINALIDAD DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITAS Y SU RELACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Ha sido la Jurisprudencia la que se ha encargado de establecer nítidamente cual es la finalidad del derecho de comunicación y/o visitas. El Tribunal Constitucional, en la STC de 22 diciembre de 2008[3], determinó que según el artículo 94 del Código Civil se configura el mismo como un derecho del que el progenitor no custodio podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

Realmente es un derecho bidireccional, pues es tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que les une, y cuya finalidad estriba en contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos.

Además según los instrumentos internacionales sobre protección de menores, es un derecho básico de este, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. Así lo establecen la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989[4], la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992[5], y, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea[6].

De manera que hay que atender al primordial interés superior del menor cuando tras establecer el artículo 94 del Código Civil el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el juez lo «…podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen…».

Este criterio formulado ya en la STS de 11 de febrero de 2011, es tomado como ejemplo en diversas leyes autonómicas. Así el artículo 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que establece que «1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija».

Sin olvidar el Código Civil de Cataluña, que en su artículo 233-8.3, establece que «la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor».

Recordemos que el interés del menor, ha sido recientemente definido y concretado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[7], en cuyo artículo 2 apartado c) se indica cómo en base a ese interés supremo se priorizará la permanencia del menor en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones

familiares, siempre que sea posible y positivo para él. Pero, como ocurre en el presente caso, si se acordara una medida de protección, se priorizará el acogimiento residencial frente al familiar. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

Y esto es precisamente lo que se hace en el supuesto de hecho objeto de análisis, comprobar la regresión de la menor simplemente por las visitas de la madre, y más aún, el inicio del procedimiento de acogimiento familiar permanente en familia ajena a fin de evitar el alargamiento de la institucionalización.

Es cierto que las relaciones paternofiliales engloban derechos bidireccionales, de manera que hay que tener en cuenta la posición de la madre, que tiene también un interés legítimo junto al interés superior del menor, no obstante no debe olvidarse que hay que priorizar las medidas que, respondiendo a este interés, respeten los otros intereses legítimos presentes.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

III. DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITA CUANDO EL MENOR ESTÁ EN RÉGIMEN DE ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

El artículo 94 del Código Civil instaura el derecho de comunicación y visita del progenitor no custodio, pero será el juez el que determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

En nuestro supuesto surge un nuevo elemento que es la Entidad pública que tiene en régimen de acogimiento el menor, por lo que los dos progenitores son no custodios y tienen el derecho de comunicación y visita. Menores que aunque estén en este régimen específico porque sus progenitores no ejerzan sobre ellos la patria potestad tienen derecho, en principio, a relacionarse con sus progenitores, (art. 160 del Código Civil)[8].

Es más, incluso en el caso de que uno de los progenitores esté privado de libertad, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

El mismo derecho tienen los menores cuando son adoptados por otra persona, que solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4 del Código Civil[9].

Derecho que solo podrá impedirse cuando exista justa causa. Y no solo en relación con los progenitores sino también con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre

hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[10], en su apartado once del artículo segundo, modifica el artículo 161 del Código Civil indicando que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo.

Insiste en que, además, la Entidad Pública podrá acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las visitas y comunicaciones previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

El Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados serán los que informen a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor[11].

El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV. PRIMACÍA DE LA VIGILANCIA DE LA TUTELA DEL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL DEL MINISTERIO FISCAL

En la sentencia objeto de comentario, el Juez de Primera Instancia resolvió fundando su criterio en las pruebas aportadas, en este caso por la Entidad Pública, a partir de la valoración de los informes y notas derivados de los incidentes y motivos en base a los cuales la Administración entiende que se produce una situación grave para la estabilidad de la menor, lo cual justifica la suspensión propuesta del régimen de relaciones familiares y visitas de la menor con su madre biológica.

Previamente, la Audiencia Provincial contrariamente y basándose en el artículo 3 del Decreto autonómico 42/2002 de 12 de febrero, en su apartado c) señala que la administración andaluza podrá adoptar para la protección de los menores, entre otras medidas, la de «determinar el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres o tutores parientes y allegados». La Audiencia entiende que regularlo o suspenderlo, significa configurar sus límites o privar, aunque sea temporalmente, de un derecho conferido por norma de rango superior como es el artículo 161 del Código Civil y que reservar a la autoridad judicial las facultades de suspender y regular tal régimen, dejaría vacío de contenido la previsión del Decreto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los criterios alegados y que desencadenan la estimación de la apelación es la forma de actuar por la Administración, que por su cuenta procedió a la suspensión de las visitas. Sin olvidar que hay que tener en cuenta el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) en base al cual la norma autonómica debe respetar el contenido de la norma superior que es el Código Civil.

La Administración podrá adoptar otro tipo de medidas de protección en este ámbito que no colisionen con las atribuciones judiciales, o promover el cambio (art. 43 del Decreto) directamente o por medio del Ministerio Fiscal, que ejerce la vigilancia de la tutela (art. 232 del Código Civil).

La Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía formula recurso de casación contra la citada sentencia fundado en un único motivo en el que se citan como infringidos los artículos 162 y 172.4 del Código Civil y se invoca para acreditar el interés casacional la sentencia de esta Sala 663/13 de 4 de noviembre de 2013 que, en un caso similar, mantuvo la medida de suspensión del régimen de visitas adoptada por el órgano administrativo, por considerarla *adecuada al interés del menor*[12].

Y además, el Ministerio Fiscal se adhiere al recurso de casación con apoyo en la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre «criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores», solicitando que la Sala revise o matice su doctrina para que pueda la Administración, en base al supremo interés del menor, suspender el régimen de visitas cuando ese interés lo haga necesario, pero cuya decisión estará sujeta al debido control judicial.

No olvidemos que el artículo 174 del Código Civil, de forma expresa, dice: «incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores». Asimismo, en sede de tutela, el artículo 232, indica que «La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela». El Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y la normativa autonómica también se refieren a esta función de control sobre los poderes públicos tanto con su intervención en los procesos civiles, como con la incoación de diligencias preprocesales y mediante requerimientos, visitas e inspección a centros.

El Ministerio Fiscal actúa extraprocesalmente como superior vigilante de la actividad administrativa de protección, lo cual no implica invadir las competencias de las Entidades Públicas ni llegar a suplantarlas, sin que tampoco las exima de su responsabilidad, tal como recoge el apartado 3 del artículo 174 del Código Civil.

La función de Fiscal se ejerce en varios ámbitos. Por un lado, impulsando la actividad protectora de las Entidades Públicas, posteriormente valorando la medida acordada, y, por último, realizando el seguimiento de la evolución de la situación que dio lugar a la medida protectora (examinando los informes de seguimiento, visitando los centros… comprobando la situación del menor). Sin olvidar que en su actividad supervisora el Fiscal cuenta con las posibilidades de oposición a la actuación de las Entidades Públicas ante los Tribunales, a través del artículo 780 LEC.

V. LA ACTUACIÓN DE CONTROL DEL ÓRGANO JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DE MENORES

La STS de 4 de noviembre de 2013 reitera lo que dice el artículo 161 del Código Civil «la competencia para suspender el derecho que a los padres corresponde de visitar y relacionarse con un menor acogido es exclusiva competencia de los órganos judiciales, sin que dicho precepto haya sido expresa o tácitamente derogado por ningún otro de igual o superior rango, y sin que prevea la suspensión de este derecho por decisión administrativa».

Pero lo importante de dicha sentencia, fue que en aquel momento 2011 ya se indicó la importancia del *principio del interés superior del menor*, existente en

nuestro ordenamiento por la necesaria integración de los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores que determinan que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa[13], y ya recogido en la LOPJM de 1996.

Principio general de Derecho que, tal vez, era un poco difuso y fue aclarado doctrinalmente y utilizado por la propia Jurisprudencia, siendo definido en la reciente Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En su artículo primero modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la rúbrica del capítulo I del título I, pasando a denominarse «Ámbito e interés superior del menor», y que en su artículo dos, modifica el artículo 2 de la LOPJM definiéndole y recogiendo el criterio creado por la doctrina jurisprudencial como reconoce su propia Exposición de Motivos[14].

Así el artículo 2 citado insiste en que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Y en el artículo 2,2 apartado c) indica la prioridad en la permanencia de su familia de origen y el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia, como ya hemos indicado anteriormente.

Pero volviendo a la doctrina de la STS de 4 de noviembre de 2013, se insiste en que «la suspensión de las visitas por el órgano administrativo, no es preceptivo dar cuenta a la autoridad judicial de tal medida, por lo que la medida cautelar, en sí misma, no es nula y lo que podía haberse atacado es la falta de notificación al tribunal, lo que no se hizo, no se corresponde ni con el artículo 161 ni con lo dispuesto en la Convención. Si conforme al artículo 160 del Código Civil los progenitores tienen derecho a relacionase con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del artículo 172,1 del Código Civil.

Recordemos que el artículo 161 del Código Civil, recientemente modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dice que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. Pudiendo el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Precepto que según indicó la STS de 4 de noviembre de 2013, tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas, pero «la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores —STS 11 de febrero de 2011—, determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa…».

De no hacerse así la medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica, añade, «es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada».

En resumen, dice la propia STS de 18 de junio de 2015, objeto de análisis, que la doctrina de esta Sala debe entenderse en el sentido de que la entidad pública, amparada en una norma autonómica de cobertura, que autoriza a la administración andaluza a determinar el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres o tutores o parientes y allegados, tiene competencia para suspender las visitas y las relaciones del menor con la familia biológica.

Con ello de forma cautelar, se garantiza inmediatamente el buen fin de la medida de protección adoptada, atendiendo a las circunstancias y al interés superior del menor, por parte la Entidad que está facultada para adoptar la medida de separar a los hijos de sus progenitores, (acogimiento del art. 172,1 del Código Civil), de donde se deriva la posibilidad de la suspensión del régimen de visitas es una simple consecuencia.

Sin olvidar la importante y necesaria función supervisora del Ministerio Fiscal y el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada por ser competencia del Juez la ratificación o no de la medida mediante resolución fundada, como ha ocurrido en este caso en el que se instó el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria interesando judicialmente la suspensión de todo régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con sus padres, como así lo acordó el Juzgado.

Por ello, y con apoyo del informe del Ministerio Fiscal, mantiene la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones del menor con sus padres biológicos.

Si conforme al artículo 160 del Código Civil los progenitores tienen derecho a relacionase con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del artículo 172,1 del Código Civil.

En eso consiste la precisión de la doctrina jurisprudencial al respecto, en afirmar que la Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la misma.

VI. EL DERECHO DE VISITA EN LOS CENTROS ESPECÍFICOS DE MENORES CON CONDUCTA PROBLEMÁTICA QUE ESTÁN BAJO PATRIA POTESTAD

Diferente al tema de estudio objeto de esta sentencia, debemos tener en cuenta el rumbo de los problemas sociales con respecto a menores, y no hay mejor

forma de hacerlo que teniendo en cuenta el artículo primero de la Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha modificado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Regulación que introduce en la reforma un capítulo IV, en el título II, comprensivo de los artículos 25 a 35, ambos inclusive, varias cuestiones sustantivas y procedimentales relativas al *internamiento o ingreso en centros específicos de menores de edad con conducta problemática que están bajo patria potestad*.

Como consecuencia de la evolución producida en los últimos años en Derecho de Familia pero sobre todo en la sociedad, ha surgido la aparición de un nuevo perfil de usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias, que es el de los *menores que ingresan en los centros de protección, en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias*. Ingreso cuya consecuencia tiene su origen en situaciones conductuales conflictivas derivadas de comportamientos agresivos, inadaptación familiar, situaciones de violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental.

El objetivo de estos centros educacionales específicos consiste en proporcionar a los menores con problemas de conducta un entorno educativo que logre la normalización de su conducta y consigan el libre desarrollo de su personalidad.

Evidentemente el supuesto es totalmente diferente en cuanto a la naturaleza de ambas instituciones. El acogimiento de los menores se centra en que la Entidad Pública tiene a los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos consecuencia de la ausencia de protección de los padres hacia los menores. Es una medida de protección acordada en beneficio del menor. Por otro lado, el ingreso de los menores en estos centros educacionales suele encauzarse o por los propios padres, sobre hijos protegidos que no están en desamparo y que preocupados, por ellos y considerando la necesidad de una atención especial, buscan alcanzar su reeducación y reintegración en la sociedad. Sin olvidar la posibilidad de que también sean menores declarados en situación de desamparo por la entidad pública que busque la misma finalidad. Hay que ser conscientes de que las limitaciones educativas de conducta hacen precisa una atención especial que ha de concretarse en medidas asistenciales, educativas, sanitarias tendentes a su rehabilitación e integración social (arts. 43 y 49 CE).

El legislador impone que los menores deben estar diagnosticados de problemas de conductas, y expresamente señala como tales *conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros*. El ingreso debe estar justificado por las necesidades de protección del menor. Y también impone que tal valoración debe realizarse por expertos en el tratamiento de estas conductas, lo que se deduce de los términos «valoración psicosocial especializada».

Y, por último recoge la posibilidad de que la guarda del menor esté en manos de la entidad pública (art. 172 del Código Civil) cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

Hay que tener en cuenta que se trata de supuestos de guarda voluntaria donde será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional, y por ello según el artículo 26, 5 de la LO los menores no permanecerán en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas. El cese será acordado por el órgano judicial que esté

conociendo del ingreso, de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicosocial. No obstante nos interesa la posibilidad establecida del derecho a comunicarse libremente con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a disfrutar de salidas y permisos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000 y sus normas de desarrollo.

Pues bien, en este caso, el artículo 34 de la ley indica que «las visitas de familiares y otras personas allegadas solo podrán ser restringidas o suspendidas en interés del menor por el Director del centro, de manera motivada, cuando su tratamiento educativo lo aconseje y conforme a los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso. El derecho de visitas no podrá ser restringido por la aplicación de medidas disciplinarias».

Se establece pues un procedimiento igual al supuesto objeto de análisis donde es totalmente aplicable la doctrina de esta sentencia, que de hecho es lo mismo que la nueva LO establece en su articulado*: La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores con conducta problemática que están bajo patria potestad a fin de conseguir sus objetivos, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada*[15].

VII. CONCLUSIONES

I. El artículo 94 del Código Civil instaura el derecho de comunicación y visita del progenitor no custodio, pero será el Juez el que determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

II. La medida de impedir la relación de un menor en régimen de acogimiento residencial con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada.

III. La Jurisprudencia ha sido la que se ha encargado de establecer nítidamente cual es la finalidad del derecho de comunicación y/o visitas. En concreto la STC de 22 de diciembre de 2008 configuró como un derecho del que el progenitor no custodio podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

IV. El interés del menor, ha sido recientemente definido y concretado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuyo artículo 2 apartado c) se indica cómo en base a ese interés supremo cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

V. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su apartado once del artículo segundo, modifica el artículo 161 del Código Civil indicando que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las

visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo.

VI. Insiste en que, además, la Entidad Pública podrá acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las visitas y comunicaciones previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

VII. El ingreso de menores en centros educacionales se encauza por los propios padres, sobre hijos bajo patria potestad que preocupados, por ellos y considerando la necesidad de una atención especial, buscan alcanzar su reeducación y reintegración en la sociedad, a través de una atención concretada en medidas asistenciales, educativas, sanitarias tendentes a su rehabilitación e integración social (arts. 43 y 49 CE). Centros regulados por la LO de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que en su articulado recoge con claridad la línea argumental de la sentencia objeto de análisis, esto es que la Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores con conducta problemática que están bajo patria potestad a fin de conseguir sus objetivos, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la misma.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 321/2015 de 18 de junio de 2015, Rec. 722/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. *La Ley* 2015, 79678.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 663/2013 de 4 de noviembre de 2013, Rec. 2646/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. *La Ley* 2013, 164433.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 54/2011 de 11 de febrero de 2011, Rec. 500/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. *La Ley* 2011, 2156.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (arts. 3, 10 y 18)
- Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 (art. 14)
- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 24.3)
- Código Civil (arts. 94, 160, 161, 172)
- Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015)
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» 29 de julio). Vigencia: 18 de agosto de 2015
- Decreto Autonómico 42/2002, de 12 de febrero, de la Consejería de Asuntos Sociales, del régimen de desamparo, tutela y guardia administrativa (art. 3)

- Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre «criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores»

NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de lo Civil, 321/2015 de 18 de junio de 2015, Rec. 722/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 321/2015. Núm. de Recurso: 722/2014. Diario La Ley, Núm. 8577, Sección La Sentencia del día, 7 de julio de 2015, Editorial La Ley. (LA LEY 2015, 79678).

[2] El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por la Administración y ratificó la suspensión del régimen de visitas de una menor con sus padres biológicos. La AP Granada revocó la sentencia del Juzgado y dejó sin efecto la suspensión del régimen de visitas acordada por la Administración. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por la Administración, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

[3] STC 176/2008 de 22 de diciembre. (LA LEY 2008, 198334).

[4] Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (art. 9.3).

[5] En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño (art. 14).

[6] Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses (art. 24.3).

[7] Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

[8] Artículo 160 redactado por el apartado diez del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» 29 de julio). Vigencia: 18 de agosto de 2015.

[9] Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos el juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del juez.

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen. (Redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

[10] Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» 29 de julio). Vigencia: 18 de agosto de 2015.

[11] No podemos olvidar la publicación de la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015) que en su Exposición de Motivos reconoce como, la jurisdicción voluntaria se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifiquen. O también, con la imposibilidad de contar con el concurso de las voluntades individuales precisas para constituir o dar eficacia a un determinado derecho.

En su parte articulada, el artículo 4 se refiere a la intervención del Ministerio Fiscal «en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare».

[12] STS, Sala Primera, de lo Civil, 663/2013 de 4 de noviembre de 2013, Rec. 2646/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (*La Ley* 2013, 164433).

En esta sentencia es la madre biológica la que impugna la resolución administrativa que acordó la suspensión del régimen de visitas con su hija menor en acogida. La competencia para suspender el derecho de visitas de los padres con un menor acogido corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, sin que sea posible la suspensión de este derecho por decisión administrativa.

No obstante el TS mantiene la medida en vía judicial en atención al interés superior de la menor.

[13] La Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

[14] Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

[15] Artículo 32 LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Con independencia de las inspecciones de los centros que puedan efectuar el Defensor del Pueblo, las instituciones autonómicas equivalentes y el Ministerio Fiscal, la medida de ingreso del menor en el centro de protección específico deberá revisarse al menos trimestralmente por la Entidad Pública, debiendo remitir al órgano judicial competente que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal, con esa periodicidad, el

oportuno informe motivado de seguimiento que incluya las entradas del Libro de Registro de Incidencias.

A los efectos de las inspecciones e informes a los que se refiere el párrafo anterior, el Libro de Registro de Incidencias deberá respetar, respecto a los cesionarios de datos, la adopción de las medidas de seguridad de nivel medio establecidas en la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

1.2. Familia

La contribución a las cargas del matrimonio y la compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*

Contribution to charges of marriage and compensation for domestic work in the system of separation of property

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN. La contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio constituye un deber que ha de ser asumido por ambos cónyuges cualquiera que sea el régimen económico matrimonial pactado. En el régimen de separación de bienes, el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges tiene solo posibilidad de contribuir de esta manera y también el trabajo para la casa es considerado un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen, tal como dispone el artículo 1438 del Código Civil. Sobre el alcance de tal precepto en los ámbitos de aplicación indicados y la problemática que genera, se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: The contribution to the raising of the loads of the marriage constitutes a duty that has to be assumed by booth spouses anyone that is the economic matrimonial agreed regime. In the regime of separate propeerty, work to the house is considered to be a form of contribution to the common expenses, when one spouse is only able to contribution in this way and also work for the house is considered a title obtain compensation in the moment of ending of the regime, as provided for in article 1438 of the Code Civil. The scope of that rule in the application indicated and the problematics that it generates, is going to centre on the present study.

PALABRAS CLAVES: Compensación por trabajo doméstico. Cargas del matrimonio. Deuda doméstica. Separación de bienes. Reembolso o reintegro.

KEY WORDS: Compensation housework. Loads of marriage. Domestic debt. Division of property. Redemption or refund.

---

* Este trabajo forma parte de los resultados del Grupo de Investigación consolidado UCM «Nuevas perspectivas del Derecho Civil» (931083), dirigido por el profesor Dr. D. Joaquín RAMS ALBESA, del que formo parte como miembro investigador.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO: 1. Concepto de cargas del matrimonio. 2. El cumplimiento del deber de contribución a las cargas del matrimonio. Criterios. —III. LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DOMÉSTICO.—IV. BIBLIOGRAFÍA. —V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El matrimonio, como *consortium omnis vitae* de los cónyuges para la consecución de fines específicos de carácter esencialmente extrapatrimonial, se configura como «una comunidad formalmente establecida de convivencia de vida en la que la actividad sexual marca la diferencia respecto de otro tipo de agrupaciones familiares o cuasifamiliares sin distinción entre uniones estables hetero u homosexuales»[1]. Ahora bien, el matrimonio constituye entre las personas que lo contraen una relación de contenido complejo, que determina un conjunto de derechos y deberes atinentes a la vida común de los casados y al mismo tiempo otro cómputo de derechos y deberes de contenido y de proyección económica. El primer conjunto es usual denominarlo como «efectos personales del matrimonio», mientras que los segundos «efectos patrimoniales o económicos del matrimonio»[2]. Los deberes de los cónyuges en la esfera personal son recíprocos en el sentido que obligan indistintamente a ambos cónyuges. El contenido personal, asimismo, está consagrado en los artículos 32 de la Constitución española y artículo 66 del Código Civil y constituido básicamente por los deberes de los cónyuges contemplados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, tales como respetarse, ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia (art. 67), vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente, y tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio por la que modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo» (art. 68). Los deberes conyugales son indisponibles por los cónyuges, aunque si pueden de común acuerdo, concretar o modular su contenido, siempre que esa modulación no afecte al contenido esencial de ese deber[3].

Ahora bien, junto a los efectos personales están los llamados efectos patrimoniales, pues, para el cumplimiento de sus fines, el matrimonio requiere un soporte económico; necesita un estatuto regulador de la economía familiar[4]. Al conjunto de reglas que disciplinan la economía del matrimonio se denomina régimen económico matrimonial que define MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011, 195) como «al conjunto de reglas dirigidas a ordenar jurídicamente las relaciones económicas y patrimoniales de los cónyuges entre sí y respecto de terceros»[5]. LASARTE ÁLVAREZ (2008, 140), por su parte, lo conceptúa como «el conjunto de reglas que pretendan afrontar, favoreciendo su resolución, los problemas de índole patrimonial que origine la convivencia matrimonial o la disolución del matrimonio»[6]. Los regímenes económicos pueden ser muy diversos y como señala LACRUZ BERDEJO (2010, 115-116) no es viable efectuar una clasificación científica de los mismos, en nuestro entorno jurídico (derecho común y derechos forales o especiales), pues, los elementos que han de servir de índice para esa labor son diversos y se pueden mezclar de modo indefinido y arbitrario, por lo que los regímenes económicos son reconducibles básicamente a tres: a) Los llamados regímenes de comunidad, caracterizados por la existencia de una masa de bienes que, es común a los cónyuges y que son, normalmente, empleados para hacer frente a los gastos de la familia; b) Los regímenes de separación se caracterizan

porque los cónyuges conservan la propiedad de sus bienes; de modo que no hay masa común; y todo ello sin perjuicio de la obligación de los cónyuges de contribuir a los gastos de la familia; y, c) Como sistema intermedio, se sitúan los regímenes de participación caracterizados porque funcionan como un régimen de separación —no hay, por tanto, una masa de bienes común a los cónyuges—, pero se liquidan como un régimen de comunidad; de manera que los cónyuges o sus herederos, a la extinción del régimen, tienen derecho a participar en los bienes del otro (o en su valor), en la forma legalmente establecida[7].

Ahora bien, señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (2013, 134) la dificultad para encontrar las líneas tendenciales o los principios de inspiración de los diferentes regímenes económicos matrimoniales que, el Código Civil contempla. No obstante, como todo el riesgo que ello supone, destacan como principios básicos los siguientes. 1. El principio de libertad de estipulación (arts. 1315 y 1325 del Código Civil); 2. El principio de igualdad de los cónyuges (art. 32 de la Constitución española y lo reitera el artículo 66 del Código Civil), y, 3. El principio de flexibilidad o mutabilidad del régimen económico-conyugal (art. 1325 del Código Civil)[8]. Por tanto, los cónyuges no solo pueden acordar su régimen económico matrimonial sino que también pueden modificarlo en cualquier momento, bien pactando uno diferente, bien introduciendo cambios en el régimen al que están sujetos (art. 1325 del Código Civil) en capitulaciones matrimoniales. No obstante, tales cambios no pueden perjudicar los derechos adquiridos por terceros (art. 1317 del Código Civil).

En este contexto, la regulación concreta de los regímenes económicos conyugales aparece precedida en el Código Civil de unas disposiciones generales —normas de carácter imperativo— que son aplicables a todo matrimonio cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado en cuanto pretende garantizar el principio de igualdad conyugal consagrado constitucionalmente en el artículo 32.1 de la Constitución española. Si bien, tales disposiciones, aunque son de índole patrimonial, necesitan coordinarse con el régimen económico específico del matrimonio (arts. 1315 a 1324 del Código Civil). Para LACRUZ BERDEJO (2010, 123) se puede definir este régimen primario, como se conoce en la doctrina y por influencia francesa, como «el conjunto de aquellas normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los celebrados bajo la disciplina del Código Civil y con independencia de si se rigen por un estatuto de comunidad o por uno de separación de bienes»[9]. A los efectos que nos interesan, los cónyuges quedan obligados a atender las cargas del matrimonio que, comprende «el conjunto de pactos relativos al sostenimiento de la familia en el sentido nuclear, empezando por la educación e instrucción de los hijos, asistencia sanitaria de los cónyuges e hijos, y terminando con la atención del hogar familiar con todo lo que de ello se derive, adecuado a las circunstancias familiares concretas de cada caso» (LASARTE ÁLVAREZ, 2008, 145)[10]. Para determinar la forma de contribución de cada cónyuge al levantamiento de tales cargas, habrá de estarse a lo pactado y en defecto de pacto, a las reglas propias del régimen al que está sujeto el matrimonio (en concreto el artículo 1362 del Código Civil para el régimen de gananciales y el artículo 1438 del citado cuerpo legal para los regímenes de separación y participación —en este último caso en virtud de la remisión del art. 1413 del Código Civil—). Así el artículo 1318 del Código Civil establece el deber de ambos cónyuges para contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y a tal fin, establece un procedimiento cautelar para asegurar el cumplimiento de tal deber para cuando uno solo de los cónyuges lo incumple; de forma que, el cónyuge, cumplidor puede solicitar al juez que dicte

las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras. Por su parte el artículo 1319 del Código Civil se refiere a la responsabilidad por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica; de manera que, cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendada a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, y, con tal finalidad protectora de terceros acreedores, vincula el patrimonio del cónyuge deudor y los comunes (en caso de existir) y subsidiariamente los del otro cónyuge.

Centrándonos en el régimen de separación de bienes que, tiene lugar como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (2013, 215) cuando «cada uno de los consortes tiene sus propios bienes y su propio patrimonio, de manera que no existe ningún tipo de unión o confusión y tampoco por el mero hecho del matrimonio ningún tipo de comunidad»[11]. En la separación de bienes hay un patrimonio privativo de cada cónyuge separados entre sí. De forma que, a cada uno de los cónyuges le corresponde la propiedad, disfrute, la administración y disposición de sus propios bienes. Si bien, este régimen no excluye la existencia de bienes comunes en régimen de comunidad ordinaria; y asimismo, esa libertad de gestión, administración y disposición de los cónyuges tiene excepciones y limitaciones en aras del interés familiar —*v. gr.* la regulación de la vivienda familiar—. Así para los matrimonios cuyo régimen económico esté sometido al Código Civil, el artículo 1435 establece que existirá separación de bienes entre los cónyuges: 1. Cuando así lo hubieran convenido; 2. Cuando los cónyuges hubieran pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por la que hayan de regirse sus bienes. Se trata del régimen legal supletorio de segundo grado; y 3. Cuando se extinga constante matrimonio la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que la voluntad de los interesados fuese sustituida por otro régimen. En este contexto, ni la titularidad separada de los bienes ni la completa autonomía de cada cónyuge en su administración y disposición, puede ser obstáculo para el cumplimiento de la obligación que a ambos consortes impone el artículo 1318 del Código Civil sea cual sea el régimen económico del matrimonio y el artículo 1438, en concreto, para el de separación de bienes. De forma que, ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio y a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Asimismo, añade el citado precepto que, el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas, esto es, las labores domésticas no retribuidas, han de valorarse como un recurso económico del cónyuge que efectivamente las realiza —sea uno de ellos, sean los dos (art. 68 del Código Civil)—, al efecto de calcular el montante de su contribución proporcional al levantamiento de las cargas del matrimonio. Pero, además, tales tareas dan derecho a una compensación que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la fijará el juez al concluir el régimen de separación. Sobre tal artículo 1438 del Código Civil, y la problemática que plantea en los dos ámbitos expuestos, teniendo en cuenta, los últimos pronunciamientos jurisprudenciales y la posición de la doctrina, se va a centrar el presente estudio.

II. LA CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

El artículo 1438 del Código Civil identifica cuatro reglas distintas pero coordinadas entre sí: 1) Que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación

de bienes; 2) La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir; 3) Puede contribuirse a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 de la Constitución Española; 4) El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (RIBERA BLANES, 2005, 875)[12]. A estas cuatro reglas añade GUILARTE MARTÍN-CALERO (2015, 59) una más como es que, el trabajo doméstico sirva para determinar la procedencia y el *quantum* de la pensión compensatoria en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. En estos casos resulta decisiva la dedicación pasada y futura a la familia para la obtención de esta pensión[13].

Sobre tales bases, la regla general cualquiera que sea el régimen matrimonial elegido, es que cada cónyuge responda de las deudas por él contraídas, pero cuando se trata de cargas del matrimonio, los dos cónyuges deben contribuir a su sostenimiento, con independencia del cónyuge que ha asumido la deuda (CUENA CASAS, 2013, 10109)[14]. En sede de separación de bienes la regulación legal de este deber se contiene en el citado artículo 1438 del Código Civil en el que se impone a los cónyuges tal deber de contribución, disponiendo cómo y en qué medida han de contribuir y soportar esas cargas o gastos familiares. Se completa con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1440 del Código Civil relativo a la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros en relación con una modalidad de cargas del matrimonio como son las deudas derivadas de la potestad doméstica, indicando cuando se puede dirigir contra el patrimonio del cónyuge contratante o también puede dirigirse en determinadas condiciones contra el patrimonio del consorte que no contrató (MONTÉS PENADES, 1991, 865)[15]; y, finalmente, con el artículo 1318 del Código Civil que, declara la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio —aunque no exista patrimonio común—, afección de carácter obligacional que, no significa en modo alguno una limitación de las facultades dispositivas del principio de responsabilidad patrimonial universal (DE LOS MOZOS 1985, 367-368)[16].

El artículo 1438 del Código Civil, pues, constituye una concreción en el régimen de separación de bienes de las normas establecidas en los artículos 1318 y 1319 del Código Civil aplicables a todo matrimonio al margen de cuál sea el régimen matrimonial elegido (CUENA CASAS 2013, 10109)[17].

Para ÁLVAREZ OLALLA (2009, 1672) se trata de un deber que no deriva del régimen económico matrimonial sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges; de tal manera que, el régimen económico matrimonial solo fija el modo en que el deber debe cumplirse[18]. Es una manifestación de los deberes de mutua ayuda y mutuo socorro que imponen los artículos 67 y 68 del Código Civil a los esposos. Se trata, en definitiva, de una plasmación de la comunidad de vida, material y espiritual, de esa unión y solidaridad de los miembros del grupo familiar[19]. Para DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2009, 241) debe interpretarse como una regla específica del régimen de separación de bienes relacionada evidentemente con el deber de socorro mutuo entre los esposos, pero no como una norma que directamente se refiera a la forma de cumplimiento del mencionado deber de asistencia[20].

La contribución a las cargas supone que ambos cónyuges se encuentran obligados a proporcionar los medios económicos necesarios para el sostenimiento de la familia; y, esencialmente, corresponde a ambos, sin que se pueda distinguir en defecto de pacto, qué gasto debe abonar cada uno. Ello no solo tiene efecto en la esfera interna, sino que se manifiesta también en la esfera externa, frente a terceros, cuando las obligaciones contraídas para satisfacerlos se traduce en deuda y responsabilidad para el cónyuge contratante (DE LOS MOZOS 1985, 368)[21]. Ahora bien, tal proyección externa en el régimen de separación de bienes opera en relación con las cargas del matrimonio que forman parte de la potestad doméstica, esto es, que tengan la consideración de deuda doméstica y dirigida a atender las necesidades ordinarias de la familia. De forma que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1319 del Código Civil, se posibilite frente a terceros acreedores la vinculación del patrimonio privativo del cónyuge deudor y subsidiariamente, el patrimonio del cónyuge no contratante; lo que representa una importante quiebra del principio de separación de responsabilidades que, constituye el pilar sobre el que se sustenta el régimen de separación de bienes[22]. Ahora bien, como precisa MARTÍNEZ CORTÉS (2002, 363), si la colaboración, ayuda y solidaridad familiar fundamentan esa obligación de contribuir y el régimen económico solo fija la forma en que ha de cumplirse, haciéndose efectiva cualquiera que, sea el régimen de ese concreto matrimonio, la naturaleza de tal deber descansa sobre las siguientes notas: «1. Se trata de una auténtica relación jurídico obligacional; 2. Es una obligación de contenido económico; 3. Se trata de una obligación recíproca. Se trata de una obligación consustancial con el matrimonio basada en la relación personal que media entre las partes y la finalidad última perseguida, no es otra que, asegurar el bienestar de la familia; 4. Obligación de carácter personalísimo e indisponible en cuanto que viene atribuida al sujeto pasivo como consecuencia de su vínculo personal subjetivo de miembro del grupo familiar»[23].

1. Concepto de cargas del matrimonio

Ni en el artículo 1438 del Código Civil ni en el artículo 1318 del mismo cuerpo legal se da una definición de cargas del matrimonio. Se entiende por cargas del matrimonio «todos los gastos necesarios, ordinarios y extraordinarios para el sostenimiento de la familia no atribuible a ninguno de sus miembros». Concepto que se deduce del artículo 1362 del Código Civil referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales y del artículo 142 del Código Civil relativo al derecho de alimentos[24]. Para MONTÉS PENADES (1991, 864) «el concepto de cargas del matrimonio debe ser referidos tanto a lo que en la sociedad de gananciales son gastos a cargo del patrimonio ganancial descontando lo que deriva de su mera existencia y necesidad de sostenimiento interno, cuanto los que pueden obtenerse pensando que socialmente se entiende por gastos familiares los provocados por consumo del grupo familiar no atribuibles especialmente a ninguno de sus miembros, así como los específicos de cada uno de ellos que entrarían en el concepto de alimentos». Por lo que de ello resulta para el citado autor que cargas del matrimonio «son sustento, habitación, vestido, y asistencia médica de todo el grupo familiar, educación y alimentación de los hijos comunes, gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo y atenciones de previsión acomodadas a los usos y, a las circunstancias de la familia»[25]. Por su parte, para ÁLVAREZ OLALLA (2009, 1672) el concepto de cargas del matrimonio incluye «los gastos destinados a satisfacer necesidades

primarias de la familia (art. 142 del Código Civil), conforme al nivel de vida de la misma, determinado por sus medios económicos, salvo que los cónyuges acuerden la elevación o disminución del nivel de vida, acuerdo que podrá ser denunciado por cualquiera de ellos, en todo momento. Asimismo, son cargas del matrimonio los gastos destinados a satisfacer necesidades secundarias —hobbies, vacaciones, concertación de seguros— en tanto exista acuerdo de los cónyuges al respecto»[26]. Ahora bien, el concepto de cargas del matrimonio es más amplio que el de potestad doméstica —deuda doméstica que se identifica con «necesidades ordinarias de la familia»—; por lo que no toda carga del matrimonio tiene la consideración de deuda doméstica al existir gastos extraordinarios necesarios para el sostenimiento de la familia que, no entrarían en el marco del artículo 1319 del Código Civil (CUENA CASAS, 2013, 10100; MORALEJO IMBERNÓN 2013, 9309)[27].

Por lo que, estaríamos como señala MONTÉS PENADES (1991, 865) dentro del concepto de carga ante dos círculos concéntricos: «uno general que comprendería la de los gastos que son de cargo del matrimonio y dentro de él, un círculo más restringido «de necesidades ordinarias de la familia» (art. 1319 del Código Civil) dentro del cual se produce la responsabilidad subsidiaria de los bienes del otro cónyuge»[28]. De ahí que, entre las cargas que han de soportar los cónyuges, unas podrán ser exigidas por el otro cónyuge pero no directamente por terceros acreedores, mientras que, el círculo relativo a las necesidades ordinarias de la familia podrá ser también solicitado por los terceros acreedores al cónyuge que no haya contraído la deuda[29]. Con ello se pone el acento en el carácter «ordinario o no» de las necesidades. Ahora bien, en la relación entre cargas del matrimonio y necesidades ordinarias de la familia al tratar de la potestad doméstica del artículo 1319 del Código Civil, un sector minoritario de la doctrina destaca que en la relación entre ambos conceptos ha de imperar más el carácter de «necesidad» que, la condición de ordinaria o extraordinaria de las cargas, pues, lo importante no será tanto el carácter usual y periódico, sino la cuantía del gasto, es decir, su adecuación al nivel de vida familiar y a los recursos económicos[30].

En este contexto, de forma mayoritaria se asimila carga matrimonial al de carga familiar, considerándose ambos términos como sinónimos[31]. Si bien, cada cónyuge puede tener cargas familiares que no coinciden exactamente con las cargas matrimoniales, como sucede si se tienen hijos de un anterior matrimonio. Por lo que, el concepto de cargas familiares puede ser más amplio que el de cargas matrimoniales, al estar aquellas basadas en la relación o vínculo paterno-filial, con independencia de si existe o no vínculo matrimonial[32]. A tales efectos, hay que entender que, los miembros de la familia cuyos gastos de mantenimiento tienen la condición de carga matrimonial o familiar son los relativos a los cónyuges e hijos comunes[33]. Por tanto, hemos de referirnos en relación con la condición de carga matrimonial o familiar a la familia nuclear que, debe encontrarse en situación de normal convivencia; pues, «solo así se puede hablar de familia y solo así se dará esa unidad y esa solidaridad que, fundamentan este tratamiento legal diferenciado respecto de las necesidades que genera»[34]. Respecto a los hijos no comunes que, conviven en la vivienda familia, en principio, sus gastos no cabe considerarlos como cargas matrimoniales; de manera que, no deben ser atendidos por el cónyuge no progenitor[35]. Por lo que, aunque tales gastos en un régimen de gananciales se abonen con recursos comunes de ambos cónyuges como son los gananciales (art. 1362.1 del Código Civil) al considerarse deudas de la sociedad de gananciales los gastos de sostenimiento del hijo que vive en el hogar familiar; no sucede lo mismo en un régimen de separación de bienes en

el que no hay patrimonio común y tampoco los frutos del patrimonio privativo son comunes (art. 1347 del Código Civil; de forma que, no se puede exigir al cónyuge no progenitor que, tenga que atender dichos gastos proporcionalmente con su patrimonio privativo. Supuesto distinto es que exista un eventual acuerdo entre los cónyuges, aunque sea tácito; pero a falta del mismo, no puede exigirse jurídicamente al cónyuge no progenitor el abono de los gastos del hijo no común y que para evitarlo la solución sea como señala ASÚA GONZÁLEZ (2011, 71) la separación o el divorcio[36]. Cuestión distinta, pero estrechamente relacionada con ella, pone de manifiesto la citada autora, es el grado de vinculación hacia el futuro derivada del propio consentimiento siquiera tácito y en concreto, si el mismo puede ser revocado[37]. Por tanto, considerarlo carga del matrimonio supondría que, las necesidades de un hijo tras la ruptura matrimonial serían atendidas por los progenitores —tengan o no atribuida la guarda y custodia— y, además por el cónyuge de su progenitor; lo que no parece razonable en un régimen de separación de patrimonios (ÁLVAREZ OLALLA 1996,58)[38]. Sin embargo, tanto el artículo 237.5 del Código Civil catalán como el artículo 9.1 y 2 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo del régimen económico matrimonial valenciano, si los consideran gastos familiares.

En todo caso, a la misma conclusión se debe llegar en el caso de gastos generados por otros miembros de la familia de uno de los cónyuges —ascendientes, hermanos, hijos mayores de edad— que conviven en el hogar familiar, no teniendo la consideración de carga matrimonial y ello pese a la modificación del artículo 68 del Código Civil[39].

En cuanto a los gastos familiares que objetivamente tienen la consideración de cargas del matrimonio son los necesarios, ya serán ordinarios o extraordinarios para el sostenimiento de la familia, teniendo en cuenta el nivel de vida y las circunstancias de la familia (art. 1319 del Código Civil)[40]. Así el gasto del alquiler de la vivienda familiar tiene la consideración de carga matrimonial; y también los de consumo (gas, teléfono, luz, etc.)[41]. En cuanto a la adquisición de bienes muebles, cuando el gasto es realizado para atender las necesidades ordinarias de la familia, la responsabilidad por la deuda contraída también alcanza al otro cónyuge, aunque sea subsidiariamente[42]. Respecto al pago del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda privativa de uno de los cónyuges, este corresponde a su titular, pues, en el régimen de separación la regla es la separación de patrimonios y responsabilidades y dado que no juega el principio de subrogación real, es propietario el cónyuge adquirente. El hecho que el otro cónyuge aporte fondos para el abono del préstamo que, le permita la adquisición del bien inmueble por su cónyuge, no le otorga ningún derecho dominical sobre el bien; por lo que si se configurase como carga del matrimonio supondría que el cónyuge no titular contribuiría a la adquisición de un bien propiedad del otro cónyuge, sin ostentar derecho alguno de reembolso. Por lo tanto, quedan excluidos del concepto de cargas del matrimonio en un régimen de separación de bienes aquellos gastos que tienen por objeto la adquisición de bienes de inversión, como por ejemplo la adquisición de vivienda con préstamo hipotecario[43]. Otra cosa es que, la adquisición de la vivienda familiar se haga conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de comunidad de bienes o copropiedad por cuotas; de forma que, cada uno de los cónyuges deberá abonar el préstamo o crédito hipotecario en función de su cuota de participación, si no se ha pactado otra cosa (art. 393 del Código Civil) en proporción a los ingresos de cada uno[44].

En el supuesto de adquisición por uno de los cónyuges de la vivienda, como estamos ante una carga de la propiedad y no del matrimonio, en el supuesto que

un cónyuge contribuyera más que el otro, tal exceso sería compensado por medio de un derecho de reembolso[45]. Por tanto, la posible inversión económica de uno de los cónyuges en el patrimonio privativo del otro, tan solo podrá determinar la existencia de un crédito reintegrable, pero en ningún caso dará derecho al inversor a participar en el aumento de valor del bien. Si serán cargas del matrimonio los gastos de reparaciones o conservación ocasionados por el uso familiar, no los gastos de adquisición o mejora al quedar el bien en el patrimonio de uno de los cónyuges sin participación alguna del otro[46]. En relación con la responsabilidad extracontractual debe considerarse que es carga del matrimonio el abono de las indemnizaciones debidas a daños causados por hechos propios de ambos cónyuges o por hecho ajeno —*v. gr.* los hijos comunes—. Ambos deben responder en tales casos, como también por los daños causados por las cosas propiedad de ambos; y los gastos necesarios para defender intereses relacionados con el grupo familiar, pues, son también cargas del matrimonio[47].

Ahora bien, esta obligación de contribuir a las cargas del matrimonio subsiste en tanto exista régimen económico matrimonial (art. 95 del Código Civil). Producida la crisis matrimonial, el concepto de cargas del matrimonio se disocia en el de alimentos a favor del cónyuge e hijos comunes —en caso de separación—; y pensión compensatoria (art. 97 del Código Civil) cuya finalidad es corregir el desequilibrio económico entre los cónyuges y no cubrir una necesidad alimenticia[48]. Tras la disolución del matrimonio no cabe hablar técnicamente de «carga matrimonial» ni de criterio de proporcionalidad. En este contexto, el artículo 1438 del Código Civil se refiere de manera expresa a la forma de contribuir a las cargas del matrimonio que tienen los cónyuges en su ámbito interno. Como tal norma de distribución el citado precepto establece dos criterios fundamentales a la hora de dar cumplimiento a ese deber: uno, dando entrada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges; y otro, en defecto de pacto, al establecer como criterio de contribución el de la proporcionalidad a sus respectivos recursos económicos.

2. El cumplimiento del deber de contribución a las cargas del matrimonio. Criterios

Como hemos reseñado, el artículo 1438 del Código Civil fija dos criterios para el cumplimiento del deber de contribuir a las cargas del matrimonio: el pactado por las partes y subsidiariamente, el deber de contribución proporcional a los recursos económicos. Ambos operan en la esfera interna al concretar de forma expresa como los cónyuges han de contribuir al pago de los gastos que, tienen la consideración de cargas del matrimonio. Por lo que, no es oponible frente a terceros (MONTÉS PENADES 1991, 865; REBOLLEDO VARELA 1983, 395)[49]. Lo importante es como precisa LACRUZ BERDEJO (2010, 261) no es quién se obliga y quién responde, sino en cuanto y en cómo se contribuye[50]. Por tanto, en la esfera externa es donde se determina la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros; de forma que, cuando se trata de un gasto necesario extraordinario que, no es subsumible en el concepto de deuda doméstica aunque si en el de cargas del matrimonio, responden frente a terceros el cónyuge deudor, quien luego podrá exigir el reembolso al otro cónyuge de las cantidades abonadas que, excedan de lo que proporcionalmente a sus recursos económicos les corresponde[51].

Tal como hemos precisado, en el esquema económico de contribución a las cargas familiares con carácter preferencial se opta por el acuerdo de los cónyuges, pues, ellos son los que mejor conocen las circunstancias concretas y específicas de su matrimonio. La admisión de estos pactos ha quedado consagrado con la

reforma por Ley de 13 de mayo de 1981; si bien, con anterioridad la doctrina venía admitiendo con gran amplitud tales pactos, amparándose en el principio de libertad de estipulación[52]. Igualmente, en la doctrina actual se admiten estos convenios o pactos considerando la regulación del Código Civil como de derecho dispositivo y no de *ius cogens*[53]. En todo caso, los acuerdos llevados a cabo por los cónyuges en este ámbito deben respetar los límites generales del artículo 1328 del Código Civil. De forma que, en aquellos casos en que esta libertad de pactos encubre o contribuye a una desigualdad entre cónyuges; tal cláusula debe ser considerada nula por ilícita[54].

Así tales acuerdos respetando los límites legales, resultan válidos en las relaciones *inter partes*; siendo inoponibles frente a terceros en lo referente a las cargas del matrimonio que tengan la consideración de deuda doméstica al tener el artículo 1319 del Código Civil naturaleza imperativa[55].

Admitida la posibilidad de pactos y por tanto, la concreción de los cónyuges de cómo han de subvenir a las cargas del matrimonio, hemos de plantearnos si se exige una determinada forma para estos pactos o acuerdos. Frente a un sector minoritario de la doctrina que, se inclina por exigir la forma pública y más, en concreto, en capitulaciones matrimoniales al suponer una manifestación del régimen económico y como tal debe constar en capitulaciones[56]. Sin embargo, la opinión mayoritaria de la doctrina parece inclinarse por defender la tesis contraria y entender que no es necesario que dichos pactos o convenios reguladores consten en capitulaciones matrimoniales[57]. Aunque nuestra opinión se identifica con este criterio dominante, hemos de precisar que, si el pacto consta en capitulaciones matrimoniales no estamos ante exactamente una estipulación capitular, sino más bien ante un pacto capitular. Como el principio de libertad de forma debe imperar en este campo, tampoco resulta necesario que tales pactos consten en documento público distinto de las capitulaciones matrimoniales ni siquiera en documento privado, incluso pueden no constar de forma expresa, sino deducirse del comportamiento cotidiano de los cónyuges —acuerdos tácitos—[58].

En este contexto, corresponde ahora preguntarse sobre la validez de aquellos pactos que exoneran a uno de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, fijen la realización de tal contribución de una manera no proporcional; o, en fin, un pacto por el que se establece que uno de los cónyuges aporte todos sus recursos económicos en el levantamiento de las cargas del matrimonio. En el primer caso, solo uno de los cónyuges se responsabiliza y se hace cargo en exclusiva de las cargas del matrimonio. Se trata de aquellos acuerdos por los que uno de los cónyuges queda completamente exonerado de la obligación de satisfacer las cargas del matrimonio; de modo que, su consorte soporte en exclusiva todas las cargas. Sobre esta cuestión, se advierten posiciones doctrinales muy diversas. Así para un sector doctrinal se considera nulo tal pacto por contrariar los principios fundamentales e imperativos como es el de igualdad de los cónyuges proclamado en el artículo 32 de la Constitución española y en el artículo 1328 del Código Civil[59]; o simplemente se duda de su validez[60]. Al respecto señala DE PABLO CONTRERAS (2011, 272) que «es muy dudosa la validez del pacto en que uno de los cónyuges no contribuya al levantamiento de las cargas del matrimonio, que algunos autores admiten, al menos, si se realiza en capítulos, bien con meros efectos *inter partes*, pues, aun no considerando obstáculo el tenor del artículo 1328, sí que lo parece el del artículo 1318 que, puesto en relación con los artículos 66 a 68, ha de tenerse como norma imperativa aplicable cual sea el régimen económico del matrimonio»[61]. Sin embargo, otro sector doctrinal se inclina por admitir la validez de estos pactos de exoneración en la

esfera interna de las relaciones conyugales sin perjuicio de su eficacia limitada en sus relaciones con terceros[62]. Así, algunos autores aceptan la viabilidad del acto sin mayores exigencias, entendiendo que los cónyuges tienen libertad para distribuirse responsabilidades conforme a sus propias circunstancias[63]. Otros, sin embargo, solo apoyan la validez de este tipo de acuerdos cuando se dan determinadas supuestos, por ejemplo, cuando haya causa que lo justifique[64]; o a uno de los cónyuges le sea materialmente imposible contribuir por carecer de recursos económicos[65]; o, en fin, el pacto debe constar en capitulaciones matrimoniales[66]. Como acertadamente, se ha señalado el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, es un deber legal pero no de *ius cogens*; los cónyuges pueden regularlo a su arbitrio e *inter partes*, y exonerar a uno de los cónyuges de su cumplimiento[67]. Cosa distinta es que incumplido cuando es exigible, pueda ser reclamado, pudiéndose agredir los bienes de los cónyuges tal como dispone el artículo 1318 del Código Civil que «no deja de ser una concreción del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, sin que se produzca una afección real de los bienes»[68]. En la línea de admitir la validez de estos pactos exonerativos, LACRUZ BERDEJO (2010, 261), no obstante, añade que, en ciertos casos estos pactos pueden ser considerados ilícitos[69]; o, en estos supuestos de completa liberación de un cónyuge por otro, habría una evidente dosis de gratuidad, con la consecuencia jurídica que de ellos deriva (colación, inoficiosidad, etc.)[70]. En todo caso, consideran válido el pacto por el que ambos cónyuges acuerden que el levantamiento de las cargas del matrimonio recaiga exclusivamente en uno de los cónyuges mediante su contribución económica, sin perjudico de poder cumplir el otro cónyuge su obligación con el trabajo doméstico; si bien, su validez opera en las relaciones intraconyugales. Ciertamente, el poder de autorregulación de los cónyuges en sus relaciones económicas y en concreto, de las cargas familiares, debe ser admitido como una manifestación en la esfera interna de la propia privacidad (intimidad) de la familia y de su poder de actuación[71]. Como precisa DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ (2009, 245) «el único límite a este poder de autodeterminación estará en la exigencia de que queden satisfechas las necesidades de los cónyuges y sus hijos en atención al nivel social de la familia, resultando indiferente cómo se repartan para ello los esposos la satisfacción de las cargas o qué ingresos o bienes queden afectos al cumplimiento de tal obligación»[72]. Admitida tal validez en la esfera interna, conviene precisar que, tiene una eficacia limitada respecto de terceros, en cuanto suponga un perjuicio para los terceros de buena fe. Así tal pacto sería inoponible a tercero en lo referente a las cargas del matrimonio que, tengan la consideración de deudas domésticas, al no poderse evitar la aplicación del artículo 1319 del Código Civil dado su carácter imperativo[73]. Ambos cónyuges tiene la obligación *ad extra* de afrontar las cargas del matrimonio con independencia de cuál sea el régimen económico y lo pactado entre ellos en capitulaciones, pues, se trata de un deber común de ambos esposos que, forma parte del régimen primario[74]. Si se trata de carga matrimonial que no tenga la consideración de deuda doméstica responde el patrimonio del cónyuge deudor (art. 1318 del Código Civil); sí, por el contrario, la carga tiene la consideración de deuda doméstica responde el patrimonio del cónyuge deudor y subsidiariamente el del cónyuge no deudor (art. 1319 del Código Civil). Ahora bien, el hecho que se verifique tan solo por uno de los cónyuges la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, puede deberse bien a que el otro carezca de recursos, o bien porque haya tenido lugar un acuerdo expreso al respecto. Lo cierto es que cuando uno de los cónyuges carezca de medios económicos no hay realmente voluntad, o decisión de no

contribuir, y toda la carga ha de ser soportada por el cónyuge, que tiene recursos. En puridad, el que no contribuye económicamente, puede hacerlo de otras formas —trabajo doméstico—; lo que también representa una forma de contribución. En este contexto, si estamos ante un supuesto fáctico de contribución unilateral y exclusivo del cónyuge sin haber pactado nada al respecto, el cónyuge que realiza la aportación en exclusiva para el sostenimiento de las cargas del matrimonio, tiene un derecho de reembolso frente a su cónyuge precisamente por la parte que a él le corresponde y que no aporta, pudiendo hacerlo.

Admitida de forma mayoritaria por la doctrina la validez del pacto o cláusula de exoneración total de uno de los cónyuges, se plantea la validez de los pactos o cláusulas por los que la contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas sea realizada por los esposos de forma distinta al criterio de proporcionalidad. Como señala MONTÉS PENADES (1991, 865-866) el convenio de los cónyuges al respecto puede tener un contenido muy variado: por ejemplo, limitar la contribución de uno de los esposos a una cantidad periódica fija e invariable (mensual o anual); limitarla a una porción o porcentaje preestablecido de los ingresos de cada uno de los esposos, o limitarla a una porción de los ingresos personales de cada uno de los cónyuges supliendo el otro el resto, etc.[75]. Todas estas posibles combinaciones tienen de común modalizar el *quantum* de la obligación exigible a cada uno de los esposos. De forma que, como se entiende de forma mayoritaria por la doctrina, no ofrece dudas la admisibilidad de cláusulas de este tipo de contribución no proporcional[76]. Más discutible es entender como admisibles y válidos los acuerdos sobre contribución no proporcional a las cargas del matrimonio de forma tácita, es decir, deducirse del comportamiento de las partes, pues, ello implicaría legalizar un incumplimiento de tal obligación y supondría un importante obstáculo a la reclamación futura de reintegros por parte del cónyuge que generosamente contribuye en mayor proporción y vetaría el fundamento mismo de la compensación por el trabajo doméstico[77]. No obstante, otros admiten este tipo de pactos en cuanto pueden establecerse incluso a través del comportamiento cotidiano de los cónyuges; si bien, se destaca las dificultades que puede entrañar de cara a futuras pretensiones de reembolso entre cónyuges[78]. Ahora bien, aunque, a nuestro entender, no se considera admisible romper la regla de la proporcionalidad mediante un acuerdo tácito; si consideramos acertado, como señala CUENA CASAS (2013, 10117), la validez de un acuerdo en que se considerase que determinado gasto sea carga del matrimonio cuando se respete el contenido mínimo de las cargas del matrimonio[79].

Finalmente, otro de los pactos cuya validez ha sido cuestionada, es el que hace referencia al acuerdo conyugal por el que uno de los cónyuges se obliga a aportar todos sus recursos económicos para contribuir a las cargas del matrimonio. En este caso, no se trata de exonerar al otro cónyuge de la contribución a las cargas ya que este sí que contribuirá, pero solamente empleando una parte de sus recursos económicos. Por lo tanto, en virtud de este pacto, ambos cónyuges contribuirán a las cargas del matrimonio de forma recíproca o simultánea, aunque uno de los cónyuges lo hiciese en mayor medida que el otro. Se admite la validez de tales pactos[80].

Además del criterio de lo acordado por los cónyuges, el artículo 1438 consagra la regla de la proporcionalidad a los recursos económicos como subsidiaria de la voluntad de las partes. Tal regla, conviene aclarar, es, igualmente, inoponible a terceros en tanto regla que forma parte de las relaciones internas de los cónyuges[81]. Ahora bien, la proporcionalidad en los respectivos recursos económicos no significa igualdad matemática, ni acudir a un análisis gasto por gasto, sino

en términos de gran relatividad, cada cónyuge contribuye al sostenimiento de la familia en proporción a su capacidad económica que puede variar a lo largo de la vida del matrimonio[82]. De forma que, como señala ÁLVAREZ OLALLA (1996, 89), se trata de equiparar al cónyuge más débil económicamente respecto a su consorte; de manera que, ambos cónyuges disfrutan del nivel de vida que les permitan los recursos económicos del cónyuge con mejor posición económica; en otras palabras el cónyuge con menores ingresos va a disfrutar de un nivel de vida superior al que corresponde a su propia situación económica[83]. El artículo 1438 del Código Civil habla de proporcionalidad de los recursos económicos —a diferencia de la redacción originaria del citado artículo que se refería a la proporcionalidad de los bienes— englobando rentas del trabajo y de capital, sin establecer un criterio de prioridad o de ordenación entre ambos tipos de recursos, por lo que deben entenderse incluidos los bienes improductivos; de manera que si un cónyuge tiene este tipo de bienes, y el otro solo sus ingresos por trabajo personal, ambos tipos de bienes deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la obligación de contribución de cada uno[84]; llegándose incluso a afirmar que su titular puede ser obligado a venderlos para cumplir su obligación[85]. Todo ello a diferencia de lo que acontece en el artículo 231-6 del Código Civil catalán donde se debe contribuir a los gastos familiares con los recursos procedentes de su actividad, o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y si estos son insuficientes en proporción a sus patrimonios. Según este criterio, rentas e ingresos estarían en idéntico nivel de afección y de exposición que los bienes que forman el patrimonio de los cónyuges. De forma que, el cónyuge que no tiene ingresos suficientes estará abocado a vender parte de sus bienes para hacer frente a su obligación de contribuir que, le es exigida, aunque realmente no sea necesario en términos económicos, si su consorte se basta por sí solo para sufragar todas esas cargas[86]. Ahora bien, puede no ser económicamente rentable la venta del patrimonio improductivo solo para que el cónyuge titular pueda abonar su parte. Por lo tanto, en las relaciones entre ingresos o rentas y bienes o capital debe resolverse estableciendo una preferencia de los ingresos o rentas como medio idóneo para hacer frente al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si bien, frente a quienes consideran que lo razonable es que las rentas de capital se tengan también en cuenta para calcular la parte que corresponde abonar a cada cónyuge[87]; para otros, en cambio, sería en proporción a los ingresos o rentas de cada cónyuge como habría de calcularse la proporción, sin tomar en consideración el patrimonio improductivo que solo responde subsidiariamente[88]. En todo caso, si el abono efectivo de los gastos que se deriven de las cargas del matrimonio no puede producirse por falta de liquidez de uno de los cónyuges, el otro deberá satisfacer los gastos, pagando la parte que le corresponde al otro; lo que genera un derecho de reembolso (art. 1319.3 del Código Civil), salvo que hubiese sido exonerado del deber de contribución. Solo en caso de falta de liquidez de ambos cónyuges se podría obligar al cónyuge propietario del patrimonio improductivo a proceder a su enajenación. Además de las aportaciones estrictamente dinerarias efectuadas por los cónyuges para el sostenimiento de la familia, cabe que la contribución a las cargas se haga en «especie». Así, por ejemplo, cuando se destinan bienes privativos de los cónyuges al uso común de la familia como puede ser la vivienda familiar del deudor, cuyo coste de adquisición no es carga del matrimonio[89]; se discute si se puede indemnizar por el deterioro o gastos que tales bienes sufran por el uso o, en su caso, por su pérdida o destrucción. Frente a quienes defienden el derecho del cónyuge aportante a solicitar indemnización por los bienes perdidos o deteriorados, indemnización a cargo del otro

cónyuge y en la proporción en que a este le corresponde contribuir a las cargas del matrimonio[90]; otros, de forma mayoritaria, se muestran contrarios a este parecer, pues, no se vería entonces el sacrificio realizado por el cónyuge titular en su contribución a las cargas[91].

En cuanto a la capacidad para realizar un trabajo profesional o doméstico se ha considerado como uno de los recursos de la familia para su mantenimiento. Si bien no existe obligación general de trabajar fuera del ámbito familiar para proporcionar recursos o ingresos. No obstante la negativa del cónyuge o la falta de diligencia en la búsqueda del trabajo, dejando escapar oportunidades u posibilidades, si puede exigir la venta de bienes improductivos de su titularidad para hacer frente a las necesidades de la familiar por carecer de recursos suficientes[92]. Si bien, cuando un cónyuge carece de ingresos económicos suficientes para contribuir, decide realizar un trabajo remunerado pero tiene dificultades para encontrar un empleo por circunstancia de diversa índole, es cuando tiene sentido que su consorte contribuya en mayor medida a lo que es exigible para satisfacer las cargas del matrimonio con el derecho a que posteriormente su consorte le compense el exceso aportado[93]. Respecto a la colaboración de uno de los cónyuges en la actividad profesional o empresarial del otro, se ha postulado la aplicación analógica del artículo 1438 del Código Civil, lo que da derecho a una participación en las ganancias o salario[94]; e, incluso, puede llegar a apreciarse una sociedad de hecho[95]; o, en fin, se ha llegado a afirmar que, estaríamos ante casos de enriquecimiento injusto y como tal debe ser resarcido (REBOLLEDO VARELA 1983, 441)[96]. Finalmente, el artículo 1438 del Código Civil alude al trabajo para la casa como forma de contribución a las cargas del matrimonio; de forma que, computa como aportación de uno solo de los cónyuges o de ambos, si trabajan fuera del hogar y comparten las labores domésticas. Se valora como recurso económico del cónyuge que las realiza al efecto de calcular el montante de su contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio[97]. El cónyuge que permanece en el hogar realizando el trabajo doméstico, su contribución a las cargas consiste en el trabajo prestado en el ámbito doméstico, no aportando salario, sino como señala LACRUZ BERDEJO (2010, 262), ahorrando fondos para la familia al hacer innecesaria la contratación de terceras personas para que realicen esa misma labor[98]. De ahí que, se pueda señalar que, la contribución del cónyuge que realiza tales tareas debe computarse como el salario que debería pagarse a un tercero en caso de ser contratado. El trabajo así prestado será computado como contribución a las cargas del matrimonio con base en dicha cifra salarial, porque verdaderamente con lo que se contribuye es con lo que se ahorra desembolsar y esto sería lo que habría que pagar a un extraño[99]. En caso de incumplimiento del deber de contribución a las cargas por parte de un cónyuge, habiendo el otro aportado más de lo que le corresponde, el artículo 1319.3 del Código Civil establece un derecho de reembolso. Este derecho puede solicitarse en cualquier momento, sin esperar a la liquidación del régimen, y debe considerarse como una deuda de valor[100].

III. LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DOMÉSTICO

Además de proclamar el artículo 1438 del Código Civil el carácter de contribución a las cargas del matrimonio que, tiene el trabajo para la casa constante matrimonio, establece que tal trabajo doméstico también dará derecho a compensación a la extinción del régimen[101]. Sin embargo, en el texto del Proyecto de

Ley de 14 de septiembre de 1979 se supeditaba tal compensación a un requisito adicional que «el otro cónyuge se hubiera enriquecido». Tal requisito no se exige en el texto finalmente aprobado por lo que el cónyuge que realiza una actividad profesional fuera del hogar, deberá asumir los gastos derivados del sostenimiento de las cargas del matrimonio, y el cónyuge que no realiza actividad profesional o empresarial, sino que se dedica a las tareas domésticas, tal dedicación se computará como contribución a las cargas del matrimonio, y asimismo podrá dar derecho a una compensación económica a la extinción del régimen de separación de bienes[102]. Se inspira el citado artículo 1438 en la resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 y trata de suavizar la desconsideración que el régimen de separación tiene para el cónyuge que se dedica a la casa que, no participa en las ganancias que el otro cónyuge obtenga con su actividad profesional fuera del hogar[103].

Para MONTÉS PENADES (1991, 868) esta disposición legal introduce una regla anómala en el régimen de separación de bienes, pues se traduce en una concreción comunitaria impropia de tal régimen. Y añade «en cuanto a la supresión de la referencia al enriquecimiento del otro cónyuge como presupuesto del crédito a la compensación, hay que hacer notar que la equidad seguirá pensando (art. 3.2 del Código Civil) entre las circunstancias que habrá de tener en cuenta el juez para la determinación de la compensación, entre las cuales se habrá de ponderar la de haberse producido o no enriquecimiento, el cual puede deberse a la especial dedicación de quien asume tareas y cargas que, en principio, pesan sobre los dos cónyuges, como, por otra parte, determinará la exoneración del cónyuge que, se empobreció sufragando cargas familiares»[104]. Por su parte, ÁLVAREZ OLALLA (1996, 105-106) considera que, el establecimiento legal de la compensación no es sino una mera concreción o reiteración del derecho de reintegro del artículo 1319.3 del Código Civil, la cual se regirá por las mismas reglas que los reembolsos procedentes en los demás casos de aportaciones desproporcionadas. Habrá de compensar ese trabajo cuando su valor excede de la cuantía en que al cónyuge que la realiza le corresponderá contribuir. Y afirma también esta autora que «admitir esa «compensación» al finalizar el régimen al margen de la disciplina de contribución a las cargas supondría la introducción de una verdadero enclave comunitario en el régimen de separación, poco adecuado teniendo en cuenta los principios en los que el mismo se inspira: equiparación del nivel de vida de ambos cónyuges, en tanto existe comunidad de vida, con ausencia de consecuencias patrimoniales ulteriores, derivadas del propio régimen económico»[105]. La compensación por el trabajo doméstico se define por GUILARTE MARTÍN-CALERO (2015, 62) como «aquella compensación económica que tienen derecho a percibir el cónyuge que, habiéndose dedicado al cuidado del hogar y de la prole, en exclusiva o en mejor proporción que el otro, de su cónyuge o de los herederos de este, si durante la vigencia del régimen de separación, su patrimonio privativo experimentó un incremento debido a la actividad económica o patrimonial desarrollada por aquel»[106]. Desde tal concepto dos elementos integran el concepto de compensación por el trabajo doméstico: el trabajo para la casa de uno; y el incremento patrimonial procedente de la actividad económica y profesional del otro.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica, hay que señalar que, se trata de una norma de liquidación de bienes cuya finalidad es compensar el desequilibrio patrimonial que provoca el normal funcionamiento del régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges[107]. Se trata de «un mecanismo corrector de la independencia patrimonial del régimen de separación de bienes de carácter

legal y subsidiario de la previsión de la voluntad de los cónyuges que podrán neutralizar la falta de solidaridad conyugal del régimen con la adquisición conjunta de bienes durante la vigencia del mismo o con la fijación *ex ante* de una compensación por el trabajo para la casa»[108].

Ahora bien, no existe en la doctrina un acuerdo unánime acerca del fundamento de esta compensación. Así en el restablecimiento de la regla de la proporcionalidad, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2006, 152) considera que la compensación pactada cuando el valor del trabajo realizado en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge, teniendo en cuenta los recursos económicos[109].

No hay más remedio, pues, que intentar determinar, en su caso, el valor de ese exceso cuando el mismo se ha producido a través del trabajo en el hogar familiar. En esta línea, ÁLVAREZ OLALLA (2009, 1673) precisa que, procede cuando el valor del trabajo en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge, teniendo en cuenta los recursos económicos de ambos[110].

Para otros, como DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ (2009, 261-262) «el espíritu que debe presidir la inteligencia de la norma es evitar las situaciones de sobrecontribución, cuando además de contribuir mediante la realización de un trabajo, se realizan trabajos para la casa, o para otro esposo, sin retribución o con retribución insuficiente. Es decir, una vez rota la regla de la proporcionalidad, lo que persigue la compensación es restablecer el equilibrio, pero no puede pretenderse pese al deseo de muchos y en particular, de numerosos pronunciamientos judiciales convertir la regla en una sobreaportación de la labor de la casa por encima y, en detrimento, de cualesquiera otras formas de contribución»[111]. Para otra parte de la doctrina, cuando el cónyuge ha contribuido en exceso a las cargas, es merecedor de una compensación, pero no por el simple hecho de haber contribuido mediante trabajo doméstico. De alguna manera, lo que el legislador ha querido manifestar es que, también el cónyuge que realiza el trabajo doméstico, puede haber contribuido a las cargas del matrimonio por encima de lo que le corresponda y, si esto es así, tiene derecho a ser compensado[112].

También se ha defendido que el derecho a obtener una compensación por el trabajo se funda en la existencia de un enriquecimiento injusto. Así MORENO-TORRES (2011, 114) señala que, la finalidad del artículo 1438 del Código Civil es evitar que el cónyuge que ha ejercido durante el régimen de separación una profesión u oficio se enriquezca a costa del que, entretanto, se ha ocupado de atender las necesidades domésticas[113].

Para ALBALADEJO (2005, 194), por su parte, la compensación sería una especie de indemnización por paro que, englobaría también sueldos dejados de percibir[114].

En este contexto, no faltan quienes como REBOLLEDO VARELA (1983, 435-438) defiende que, se trata de paliar el principal defecto que se ha señalado en el régimen de separación de bienes que, no hace participar a ambos cónyuges de las ganancias del matrimonio, pensándose así en la situación del cónyuge que se dedica al hogar y no realiza actividad remunerada; lo que no justifica que se le reconozca legalmente el derecho a una compensación económica; por lo que se busca solventar, por una vía equivocada, el problema de la desprotección del cónyuge que no tiene ingresos propios, que no participa en las ganancias de su cónyuge y con un sistema sucesorio ideado para la sociedad de gananciales, les confiere una legítima muy reducida; y añade, «los propios cónyuges que han pactado el régimen tienen en sus manos los medios jurídicos suficientes para

evitar el principal inconveniente del régimen: la posible situación de precariedad a su extinción del cónyuge que ha permanecido dedicado a las actividades de la casa, y ello sin necesidad de compensación legal»[115]. En la línea de corregir el posible «desequilibrio patrimonial», para GUILARTE MARTÍN-CALERO (2015, 66-67) «se trata de proteger al cónyuge que al dedicarse a la familia no genera patrimonio propio y ello puede determinar un desequilibrio que pretende paliarse con el reconocimiento de su derecho a obtener una parte equitativa de lo generado durante el matrimonio». El desequilibrio puede ser corregido por los propios cónyuges, durante la vigencia del régimen, al adquirir en *proindiviso* o al atribuir bienes al cónyuge dedicado a las tareas domésticas, en cuyo caso no será preciso acudir al mecanismo legal de corrección. Por ello, el legislador encomienda al juez su reconocimiento a falta de acuerdo entre los cónyuges, si concurren los presupuestos previstos que serán distintos, según la naturaleza jurídica y fundamentos defendidos». Y precisa que «no se trata de reclamar sin más que se tenga en cuenta aquí la mayor dedicación a las tareas domésticas, como si la finalidad del artículo 1438 del Código Civil fuera retribuir esta dedicación sino la incidencia de esta mayor dedicación de uno en la carrera profesional del otro y, por ende, en el incremento de su haber privativo»[116].

También se justifica como fundamento de esta compensación la pérdida de expectativas laborales o profesionales, promoción profesional o laboral y, en definitiva, la pérdida de oportunidades de incrementar con el trabajo o actuación, realizadas fuera del hogar, el patrimonio propio[117]. Así LASARTE ÁLVAREZ (2008, 240) señala que, quizá pudiera encontrar explicación la norma «en la generalizada minusvaloración del quehacer doméstico y en la pretensión del legislador de beneficiar a aquel de los cónyuges que sacrifica su capacidad laboral o profesional en favor del otro cónyuge sobre todo cuando existe separación de bienes y por tanto, quien no genera ingresos, no puede participar de las propias de su consorte»[118].

Sobre tales bases, en el ámbito de la jurisprudencia se fundamenta la compensación por el trabajo doméstico por algunas resoluciones en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas del matrimonio[119]; asimismo, en la existencia de una desigualdad peyorativa para quien desempeña tareas domésticas con una significativa labor asistencial a favor de la familia, pues su inexistencia supondría denegar la pensión cuando el 100% del salario del otro cónyuge se destina al levantamiento de las cargas del matrimonio[120]; en la necesidad de reequilibrar de forma equitativa la situación del cónyuge más perjudicado y tratar de resarcir de algún modo el tiempo invertido[121]; también en la propia desigualdad que se observa al final del matrimonio, pues, el que ha podido disponer de tiempo para desarrollarse profesionalmente se encuentra en una situación mucho más ventajosa que el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas[122]; y, en fin, se dispone que, la exigencia de la dedicación al trabajo debería hacerse de forma exclusiva y excluyente —solo con el trabajo realizado para la casa—, aunque esto implique un incumplimiento del deber del matrimonio de compartir las tareas domésticas (art. 68 del Código Civil), y, excluyéndose, por tanto que, sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge[123]. En este contexto, sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo y de 14 de abril de 2015 —ambas del Pleno—[124] se inclinan por el trabajo doméstico con el carácter de exclusivo no excluyente. Lo que impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que le reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar a tiempo parcial o en jornada completa y no exclusiva; y, asimismo, cuando esta dedicación

siendo exclusiva la realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge o con ayuda externa. Al respecto, dispone la citada sentencia de 14 de abril de 2015, reiterando la doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias de esta Sala, de 14 de julio de 2011, de 31 de enero de 2014 y de 26 de marzo de 2015 que, en la interpretación del artículo 1438 del Código Civil hay que señalar que, «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina ha podido suscitar en la decisión en algunas Audiencias Provinciales, ha señalado lo siguiente «por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa y no excluirla de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues, la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento, el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen —STS 14 de julio de 2011—». Añadiendo «es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial, pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 del Código Civil, como es el caso del artículo 232-5 del Código Civil de Cataluña en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso («sustancialmente»), así como el incremento patrimonial superior, o del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerando como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino

«la colaboración o retributiva o insuficientemente retribuida» que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional». Por lo que se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

Lo cierto es que, frente a esta posición del Tribunal Supremo, hay que señalar que, ni el trabajo realizado por el cónyuge fuera del hogar, ni que cuente con asistencia doméstica puede ser motivo para la denegación, pues, lo determinante es la alteración en la regla de la proporcionalidad que determina que, la aportación del cónyuge que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas o compaginándolas con el trabajo fuera de la casa, supere lo realizado por el otro[125]. La decisión de no realizar una actividad profesional y la de pactar el régimen de separación de bienes es libre. Asimismo, no es incompatible la realización de una actividad profesional con la dedicación a la casa.

Por otra parte, a la extinción del régimen de separación se puede generar un desequilibrio que tiene lugar tanto en el cónyuge que se ocupa de las tareas de la casa únicamente, como el que, además, realiza un trabajo fuera del hogar. De forma que, tal trabajo en el hogar puede suponer una sobreaportación por parte del cónyuge que se dedica a las tareas domésticas que, ha de ser compensado de forma que, cuando la realización del trabajo para la casa realizado por parte de uno de los cónyuges supere la contribución realizada por el otro, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad y los recursos económicos de que disponen los cónyuges. Pero este desequilibrio en las aportaciones puede tener lugar tanto si el cónyuge se dedica en exclusiva a las tareas del hogar, como si lo hace compaginándolo con una actividad profesional o empresarial; o simplemente, recibe ayuda de una tercera persona[126]. Reducirlo exclusivamente a cuando el cónyuge acreedor se dedica al trabajo doméstico, como parece operar el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias supone reducir el campo de aplicación de esta compensación en exceso, perjudicando a quienes —que en la actualidad son la mayoría— compagina el trabajo en el hogar con una actividad profesional o empresarial.

Ahora bien, lo que no se consagra es que de asumir libremente cualquiera de las decisiones apuntadas, el trabajo para la casa además de computar como contribución a las cargas del matrimonio, se compense si no hay razón para ello. Cosa distinta es la existencia de un desequilibrio en cuanto a la contribución del trabajo para la casa que determina en uno de los cónyuges un exceso de aportación que rompa el criterio de proporcionalidad; lo que daría lugar a una compensación por el trabajo doméstico.

En este contexto, el trabajo para la casa o trabajo doméstico no se reduce exclusivamente a las tareas domésticas —cocinar, barrer— sino que es un concepto más amplio que abarca tareas para cuya realización no sería sustituible el cónyuge por un tercero, tales como la atención a los componentes de la familia, adquisición de bienes para los miembros de la familia, en suma, la tarea de dirección de las gestiones domésticas[127].

Sobre tales bases, se ha de indicar que, el artículo 1438 del Código Civil no tiene carácter imperativo sino dispositivo, por lo que los cónyuges tienen libertad y autonomía para estipular cómo ha de computarse ese trabajo doméstico,

los criterios para su fijación, el *quantum*, las modalidades de pago, para luego concretar el modo o manera de afectar la compensación, la forma y el tiempo. Comenzando por la cuantía, no se contempla en el citado precepto los criterios de valoración, remitiéndose a lo que convengan las partes y en su defecto, a la decisión judicial. Lo que contrasta con la fijación de la misma en legislaciones forales. Así en el artículo 232-5.3 del Código Civil catalán que establece diversos criterio o pautas para determinar la cuantía de la compensación por razón del trabajo, así: la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia, y concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho de que hay incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges[128]. Por su parte, el artículo 13.1 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo del régimen económico matrimonial valenciano establece, asimismo, como criterios orientativos de valoración del trabajo para la casa, el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo 12, o los ingresos obtenido por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos.

Por su parte, en la jurisprudencia se admite como fórmula para determinar la cuantía, el sueldo que cobraría una tercera persona por realizar ese trabajo; de forma que, se contribuye con lo que se ha dejado de desembolsar o se ha ahorrado por la no necesidad de tener que contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar[129]. Si bien, el legislador catalán opta por establecer un límite legal máximo, en concreto, de la cuarta parte de la diferencia existente entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 232-6. No obstante, si en cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial podrá incrementar esta cuantía (art. 232-5.4 del Código Civil catalán)[130]. En todo caso, para MORENO-TORRES (2011, 129) la cuantía de la compensación no ha de ser la mitad del valor atribuido a los bienes adquiridos por el cónyuge deudor durante la vigencia del régimen, pues, ello conduciría a la misma situación que, si el régimen económico fuese del de participación[131].

Lo cierto es que, la finalidad del artículo 1438 del Código Civil es compensar el exceso que ha aportado quién se ha ocupado del trabajo en el hogar, si se calcula con respecto a la proporción de recursos económicos que, le corresponde aportar. Esto es, la compensación para el hogar solo opera cuando cónyuge que se ha dedicado a tales tareas de forma exclusiva o no, ha contribuido en más proporción de lo que le corresponde; si bien, tal cuantía no debe superar tal desproporción que, efectivamente, no podrá exceder de la mitad del incremento patrimonial originado a lo largo de la vigencia del régimen de separación de bienes. En la cuantificación de la compensación de ese trabajo para la casa, se puede utilizar como referencia el salario que pudiera pagarse a una empleada doméstica. Por tanto, la compensación ha de cubrir el exceso en la aportación y no más. En concreto, el ahorro en costes que supone el trabajo para el hogar realizado por uno de los cónyuges ha de compararse con el que correspondería al otro cónyuge aportar en la cobertura de las cargas del matrimonio, y si resulta excesivo o desproporcionado tal ahorro de costes, ha de compensarse. En esencia, habrá de comprobarse lo que aportó uno y otro, en base a sus recursos económicos y compensar la desproporción que no deja de ser un empobrecimiento

injusto, esto es, carente de causa[132]. Ahora bien, la misma libertad que tienen los cónyuges para fijar el *quantum* de la compensación, la tienen para determinar la forma de pago de la compensación. Preferiblemente, habrá de hacerse mediante el pago de una cantidad de dinero en un pago único o a plazo[133], una pensión periódica, en una cantidad a tanto alzado[134], o también mediante la adjudicación de bienes concretos por acuerdo de los interesados o porque lo concede el juez a petición fundada del acreedor[135].

Respecto a la forma de ese posible acuerdo o convenio de las partes con relación a la compensación puede revestir cualquiera, no es preciso que conste en capitulaciones matrimoniales. En cuanto al tiempo para hacer efectiva la compensación, tal como establece el Código Civil tendrá lugar a la extinción del régimen de separación de bienes. No obstante, los cónyuges pueden acordar tal liquidación en un momento previo a la extinción, como asimismo, en un momento posterior a la misma.

Por otra parte, es posible como contenido del acuerdo o pacto de los cónyuges, la renuncia a tal compensación. Parece existir un criterio mayoritario en su admisibilidad; renuncia que puede producirse durante la vigencia del régimen una vez producida la extinción y llegado el momento de prácticar la liquidación del mismo[136]. Aunque no faltan quienes consideran la renuncia a tal compensación en capitulaciones como la configuración de un régimen de separación atípico[137]; o simplemente, niegan su viabilidad[138]. En todo caso, sería prudente admitir la ineficacia de tal renuncia, si se acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron y que no podrían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron, tal como establece el artículo 231-20 del Código Civil catalán en relación con el artículo 232-5 y se admite en derecho común respecto a la renuncia a la pensión compensatoria[139].

Ahora bien, se trata del artículo 1438 del Código Civil de una norma de liquidación del régimen, esto es, que opera cuando se extingue el mismo[140]. Por lo que cabe señalar que, su ámbito de aplicación se extiende a todos los supuestos posibles en los que se extingue el régimen, y no solo en los casos de nulidad, separación o divorcio. De todas formas, en los casos de extinción por estos últimos supuestos, resulta tal compensación por trabajo doméstico compatible con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil[141]. No obstante, el juez a la hora de fijar esta deberá prescindir en su cálculo como circunstancia relevante la dedicación pasada a la familia y solo fijarse en la dedicación futura. Si bien, sería conveniente que se solicitasen conjuntamente ambas; y que se determinase primero la cuantía de la compensación, pues, el abono de esta ha de tenerse en cuenta para fijar la pensión compensatoria[142].

En todo caso, si las partes no se ponen de acuerdo en la fijación de la compensación por el trabajo doméstico, corresponde decidir al juez conforme establece el citado artículo 1438 del Código Civil, que lo hará equitativamente.

Finalmente, señalar que, es posible que durante la vigencia del régimen se hayan realizado atribuciones patrimoniales por parte del cónyuge deudor al cónyuge acreedor por lo que, se podrán imputar tales atribuciones a la compensación por el valor que tengan en el momento de extinción del régimen (art. 232-6.2 Código Civil catalán y artículo 14.1 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano). Por otra parte, el crédito que deriva de la compensación por el trabajo aun siendo personalísimos, resultan compensables con los de otro cónyuge y, puede ser reclamado, por supuesto, por el cónyuge superviviente en caso de extinción del régimen de separación por fallecimiento, por los herederos y hasta por los legitimarios y

debe entenderse sin perjuicio de los derechos de los acreedores que pueden impugnar los acuerdos relativos a los mismos que se hagan en fraude de sus derechos[143]. Asimismo, operando en la esfera interna de las relaciones entre cónyuges conforme el artículo 1319 último párrafo del Código Civil regula los reembolsos o reintegros entre cónyuges —esfera interna— que, podrá tener lugar, incluso, antes de la extinción del régimen. Estos pueden ser debidos a que uno de los cónyuges hubiera abonado voluntariamente con caudales propios la deuda doméstica —normalmente por haberla contraído él—, o los acreedores hubieran agredido su patrimonio personal a resultas de un cumplimiento de las mismas —con base a la responsabilidad personal del deudor—. Tal reembolso o reintegro puede tener lugar con cargo a los fondos comunes o del patrimonio de su consorte, si bien, en la parte de la deuda que le corresponde. En todo caso, constituyen deudas de valor[144].

De todas formas, si en el patrimonio del cónyuge deudor no existen bienes suficientes para satisfacer el crédito por compensación del trabajo doméstico, artículo 232-9. del Código Civil catalán prevé que el acreedor pueda solicitar la reducción o supresión de las donaciones y atribuciones particulares en pacto sucesorio hechas por aquel durante la vigencia del régimen —comenzando por la más reciente—; y, también puede impugnar el acreedor los actos a título oneroso realizados por el deudor en fraude de sui derecho. Tales acciones caducan a los cuatro años de extinción del régimen y no operan cuando los bienes están en poder de terceras personas adquirentes a título oneroso y de buena fe.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA M.ª P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes,* Navarra: Aranzadi.

— (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil,* R. Bercovitz Rodríguez-Cano, (coord.), 3.ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 1671 a 1673.

CUENA CASAS M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil, T. VII,* R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 10109-10130.

DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia,* J. Rams Albesa (dir.), Madrid: Dykinson.

DE LOS MOZOS J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 3.º,* Madrid: Edersa, pp. 366-381.

DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *Curso de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia,* 3.ª ed., Madrid: Colex.

DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS A. (2013). S*istema de Derecho Civil, vol. IV, T. I Derecho de Familia*, Madrid: Tecnos.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *Revista de Derecho de Familia, núm. 68,* pp. 55-78.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil, T. VI Derecho de Familia*, Madrid: Marcial Pons.

MARTÍNEZ CORTES, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia, vol. 2.º,* Madrid: Civitas.
MONTÉS PENADES, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T, II,* Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, pp. 863-869.
MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8, diciembre*, pp. 107-130.
REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid: Montecorvo.
RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *El régimen económico del matrimonio,* J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez (coords.), Madrid: Dykinson.
VERDERA IZQUIERSO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal, *Derecho Privado y Constitución,* núm. 27, enero-diciembre, pp. 209-250.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1989
- STS, Sala de lo Civil, 11 de febrero de 2005
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2011
- STS, Sala de lo Civil, 31 de enero de 2014
- STS, Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 14 de abril de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2015
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 31 de octubre de 2011
- SAP Córdoba, secc. 1.ª, 11 de noviembre de 2002
- SAP Navarra, secc. 2.ª, 31 de julio de 2003
- SAP Sevilla, secc. 5.ª, 17 de marzo de 2004
- SAP Granada, secc. 3.ª, 20 de julio de 2005
- SAP Valencia, secc. 10.ª, 15 de abril de 2008
- SAP Madrid, secc. 22.ª, 3 de junio de 2009
- SAP Alicante, secc. 4.ª, 10 de junio de 2010
- SAP Castellón, secc. 2.ª, 11 de diciembre de 2012
- SAP Madrid, secc. 24.ª, 1 de julio de 2013
- SAP A Coruña, secc. 5.ª, 17 de enero de 2014
- SAP Murcia, secc. 4.ª, 26 de junio de 2014
- SAP Málaga, secc. 6.ª, 27 de enero de 2015
- SAP Pontevedra, secc. 1.ª, 25 de junio de 2015

NOTAS

[1] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al*. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia,* 4.ª ed. Revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, p. 39.

[2] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, T. I Derecho de Familia*, undécima edición, Madrid: Tecnos, p. 89.

[3] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). El matrimonio como estado, *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia,* C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), 3.ª edición, Valladolid: Colex, p. 140.

[4] DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). Sistema de Derecho Civil, vol. IV, T. I Derecho de Familia, *op. cit.,* p. 133.

[5] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). El matrimonio como estado, *op. cit.,* p. 195.

[6] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil, T. VI Derecho de Familia*, 7.ª edición, Madrid: Marcial Pons, p. 140.

[7] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al*. (2010). Elementos de Derecho Civil, IV Familia, *op. cit.,* pp. 115-116; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). El matrimonio como estado, *op. cit.,* p. 196.

[8] DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). Sistema de Derecho Civil, vol. IV, T. I Derecho de Familia, *op. cit.,* p. 134.

[9] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al*. (2010). Elementos de Derecho Civil, IV Familia, *op. cit.,* p. 123; MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *Instituciones de Derecho Privado,* J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *T. IV Familia, vol. 2.º,* Madrid: Civitas, p. 201 considera que «se trata de un conjunto de disposiciones generales, relativamente heterogéneas, aplicables cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado, al que está sujeto un matrimonio».

[10] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). Principios de Derecho Civil, T. VI Derecho de Familia, *op. cit.,* p. 145.

[11] DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). Sistema de Derecho Civil, vol. IV, T. I Derecho de Familia, *op. cit.,* p. 215.

[12] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 14 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 5122); y, de 31 de enero de 2014 *(RJ* 2014, 813). Asimismo, RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez (coords), Madrid: Dykinson, p. 875.

[13] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). «De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual», *Revista de Derecho de Familia,* núm. 68, p. 59.

[14] CUENA CASAS, M. (2013). «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil,* R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 10109.

[15] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentario del Código Civil,* C. Paz Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovtiz, P. Salvador Coderch (dirs.) T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Justicia, p. 865; DE LOS MOZOS J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* M. Albaladejo (dir.), *T. XVIII, vol. 3.º,* Madrid: Edersa, p. 367.

[16] DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* pp. 367-368.

[17] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10109; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil. T. VI Derecho de Familia, op. cit.*, p. 239. *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 11 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013, 120596).

[18] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil,* Bercovitz Rodríguez-Cano R. (coord.), 3.ª ed., Navarra. Thomson Reuters Aranzadi, p. 1672.

[19] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, p. 362.

[20] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia,* J. Rams Albesa (coord. y dir.), Madrid: Dykinson, p. 241.

[21] DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 368.

[22] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 865.

[23] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* p. 363.

[24] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10110; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 244. Si define de forma expresa las cargas del matrimonio el artículo 9 de la Ley 10/2007, del régimen económico matrimonial valenciano.

[25] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 864; asimismo, DE LOS MOZOS J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 373. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 mayo 2006 *(RJ* 2006, 3502) considera que «las cargas del matrimonio deben identificase con las de sostenimiento de la familia» y que «abarcan todas las obligaciones y gastos que exijan la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar». Por el contrario «no considera cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues, precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que, excluye cualquier idea de patrimonio común familiar» (FD. 3.º). *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, 1 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 133591).

[26] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1672.

[27] CUENA CASAS, M. (2013). «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *op. cit.,* p. 10110; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). Comentario al artículo 1318 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil,* R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 9309.

[28] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 865. Asimismo, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 245-246 se decanta por la postura clásica de Montés Penades.

[29] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 245; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 865; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10110. En contra ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes,* Navarra: Aranzadi, p. 160 señala que, si respecto a determinados gastos ambos cónyuges tienen una obligación de contribuir en la esfera interna, no se entiende porqué los acreedores no pueden agredir ambos patrimonios para hacer cobro, respecto de alguno de tales gastos y sí respeto de otros.

[30] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* p. 365; REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, Madrid: Montecorvo, p. 369.

[31] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 864.

[32] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* p. 364.

[33] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), op. cit.*, p. 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 864; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 373.

[34] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* p. 364.

[35] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1654; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 864. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 250 señala que, al no existir en el Código Civil disposición similar a lo que se regula en sede de gananciales en el artículo

1362 del Código Civil, resulta aconsejable la existencia de un acuerdo entre los esposos o la posible previsión capitular al respecto. En contra, REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* p. 374 y; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 373 que, estiman que debe seguirse el mismo criterio que establece el artículo 1362 del Código Civil para el régimen de gananciales.

[36] ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). «El régimen de separación de bienes», *Tratado de Derecho de la Familia,* M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs), *vol. IV*, Navarra: Thomson-Reuters, pp. 68 y 71; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 58.

[37] ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 71.

[38] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 58 precisa, al respecto, que «en el régimen de separación de bienes, o bien se excluirán las cantidades que deba satisfacer el progenitor a su hijo, del cómputo de sus recursos; o bien, si de hecho se va a producir el consumo en común de todos los miembros de la familia, el progenitor deberá aportar al fondo común, destinado a satisfacer los gastos familiares, una cantidad mayor que la que le corresponde teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad».

[39] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 864. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 242 y 251 precisa al respecto que «no obstante, habrá que valorarse la incidencia de la nueva redacción del artículo 68 del Código Civil que, puede tener al respecto; y, en el caso de que se considerase una modificación de la extensión subjetiva de las cargas, tendrá lugar respecto a tales gastos la misma responsabilidad subsidiaria para el patrimonio de los cónyuges, que la que deriva del sostenimiento de los gastos ordinarios previsto en el artículo 1319 del Código Civil». Sin duda alguna, añade la autora «sería posible y conveniente a la luz del artículo 68 del Código Civil que, los esposos determinasen mediante acuerdo la posible extensión o no, de las cargas familiares a la atención de los gastos derivados del cuidado de los ascendiente o de otros parientes a su cargo, precisando con claridad la responsabilidad de sus respectivos patrimonios».

[40] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* pp. 376 y 388-389; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 156; de la misma autora, (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1672; CUENA CASAS, M. (2013) Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10112; RIBERA BLANES, B. (2005) Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 872.

[41] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 248.

[42] RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 873.

[43] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 154-155; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 873.

[44] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 248.

[45] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10114.

[46] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 247-248

[47] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1672; REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* p. 380.

[48] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1672.

[49] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 865; REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* p. 395.

[50] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al*. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia,* 4.ª ed. Revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 261.

[51] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10114.

[52] GARRIDO DE PALMA, V. (1979). El matrimonio y sus regímenes económicos, *Revista de Derecho Privado*, p. 426.

[53] DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 865.

[54] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al*. (2010). Elementos de Derecho Civil, IV Familia, *op. cit.,* p. 261.

[55] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 866; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 3.ª ed., C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), Valladolid: Colex, p. 272.

[56] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* p. 413 alega que, el pacto supone una modificación del régimen económico matrimonial y, por tanto, debe constar en capitulaciones; no obstante, este mismo autor, reconoce también que los pactos no capitulares pueden funcionar por vía de hecho y los cónyuges modificar su contribución legal o convencional; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 101, por su parte, en relación con el pacto de exoneración —o de contribución no proporcional— si no consta en capitulaciones matrimoniales, considera excesivo el otorgamiento del carácter vinculante y derogatorio para el futuro de la regla de la proporcionalidad. Además, entiende que, más que ante un acuerdo, nos hallamos ante una declaración de voluntad unilateral, revocable en el momento en que el cónyuge que la realizó considere oportuno.

[57] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 864; del mismo autor, (1984). «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. II*, Madrid. Tecnos, p. 1937; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 370; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.,* p. 272; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», *op. cit.,* p. 249; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremos de 11 de febrero de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* enero-abril, p. 153; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 880.

[58] DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 370; MONTÉS PENADÉS V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 865; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.,* p. 274; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 75; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 880.

[59] ÁLVAREZ-SALA WALTER, J. (1981). Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, p. 26 señala que, es un pacto nulo de pleno derecho porque se aparta del criterio de la proporcionalidad de los recursos económicos de los cónyuges; por su parte MIRALLES GONZÁLEZ, I. (1986). El deber de contribución a las cargas del matrimonio, *Revista Jurídica de Cataluña*, pp. 600-601 señala que se trata de una quiebra del principio igualitario; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 878-879, asimismo, considera que «la libertad de pacto que deriva del artículo 1438 del Código Civil no puede conllevar en ningún caso la exoneración de uno de los cónyuges de su obligación de contribuir a las cargas matrimoniales, ni siquiera cuando dicho acuerdo conste en capitulaciones matrimoniales, porque precisamente el único límite que el legislador impone a los cónyuges a la hora de concretar el contenido de las capitulaciones es que no se incluya ninguna disposición que sea contraria a las leyes, o a las buenas costumbres, o sea limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge,

pues una estipulación de estas características es nula. Por tanto, si se incluye en capitulaciones matrimoniales un pacto por el que se dispensa a uno de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio por los artículos 1318 y 1328 del Código Civil». En definitiva, concluye «la contribución a las cargas del matrimonio es obligatoria para ambos cónyuges y no puede quedar a la libre voluntad de estos».

[60] MONTÉS PENADÉS, V. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1937.

[61] DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.,* p. 272; sin embargo, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10116 señala que, lo que no cabe es un pacto por el que el cónyuge acuerda que se desentiende absolutamente de las tenciones familiares, pacto que iría, contra el orden público (art. 1328 del Código Civil); ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 76-77 dispone que, semejante acuerdo resultaría contrario al orden público matrimonial, entendiendo que algún tipo de contribución forma parte del mismo.

[62] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 866.

[63] DOMENGE AMER, B. (1998). El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes, *Revista Jurídica del Notariado*, p. 84; GARRIDO DE PALMA, V. (1979). «El matrimonio y sus regímenes matrimoniales», *op. cit.,* p. 426.

[64] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* pp. 416-418.

[65] PASTORES ÁLVAREZ, M.ª C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, p. 106.

[66] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 101.

[67] DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid: Tecnos, p. 244; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 244; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10116.

[68] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10116.

[69] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, IV Familia, *op. cit.,* p. 261.

[70] DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2014). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV (Tomo I) Derecho de Familia*, 11.ª ed., Madrid: Tecnos, p. 218.

[71] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* p. 371.

[72] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 245.

[73] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 866; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10116.

[74] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 371-372.

[75] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* pp. 865-866.

[76] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1673; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 254; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 879, entiende que, el pacto conyugal no tiene que estar únicamente referido a la forma en que cada uno de los cónyuges va a ejecutar su deber de contribución, sino que también puede estar dirigida a determinar el criterio por el que se va a proceder al reparto de cargas entre ellos con la posibilidad de establecer una regla de reparto distinta a la de la proporcionalidad de los recursos económicos de cada cónyuge.

[77] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10117; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremos de 11 de febrero de 2005, *op. cit.,* p. 153.

[78] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 866; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 68-69; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.,* p. 274; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 250; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 880-881 admite los acuerdos tácitos, de modo que, bastaría con el mero acuerdo verbal al que hubieran llegado los cónyuges sin que constase manifiestamente en ningún documento, o incluso implícito que pueda deducirse tácitamente de su comportamiento habitual, esto es, en función del modo en que cada cónyuge ha asumido su deber de contribuir a las cargas del matrimonio.

[79] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10117.

[80] RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 879.

[81] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* p. 395.

[82] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10115; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 866; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 10.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 193.

[83] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 89.

[84] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 10.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 193; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005», *op. cit.,* p. 148; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 866; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», *op. cit.,* p. 256 señala al respecto que, los recursos no es solo sinónimo de ingresos o rentas, debiéndose identificar con la capacidad económica de los esposos, incluyendo, por tanto, los bienes que se encuentren improductivos e incluso, la posible capacidad teórica para realizar un trabajo remunerado. Por su parte, RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 888 precisa, al respecto que, «con el término recursos el legislador ha dado cabida no solamente al capital con que cuenta la persona, sino también cualquier tipo de ingresos o valor que puede ser atribuido a los cónyuges»; y añade que, «con el término recursos económicos el legislador ha querido incluir no solamente los ingresos que efectivamente reciben los cónyuges, sino también aquellos que serían susceptibles de serlo, si desarrollaran una determinada una determinada actividad en función de su formación profesional o académica o incluso de su habilidad o experiencia. Se trata de determinar de la manera más exacta posible la capacidad económica de cada cónyuge y para ello se tendrá en cuenta, en primer lugar, los ingresos que realmente perciben los cónyuges. En este concepto se incluyen aquellas cantidades que se reciban como salario derivado del ejercicio de una actividad laboral, teniéndose en cuenta tanto aquella actividad que supone el principal medio de vida de la persona que la realiza, como cualquier otra actividad laboral, aunque sea ocasional, de la que también se derive un beneficio económico. También deben contabilizarse aquellos ingresos económicos que se obtiene por haber desempeñado actividades laborales con anterioridad pero que ya no se realizan en la actualidad, ya sea por enfermedad, edad, finalización del contrato laboral u otras causas, como la pensión de invalidez, la pensión de jubilación y la prestación por desempleo, etc. Además constituyen ingresos económicos los beneficios que se deriven de la titularidad de un patrimonio mobiliario e inmobiliario»

[85] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* pp. 429-430.

[86] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* p. 376.

[87] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10115; ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1673.

[88] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* p. 376.

[89] DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 372.

[90] LACRUZ BERDEJO, J. L. (1981). *El nuevo régimen de la familia, T. II*, Madrid: Civitas, p. 303; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 372.

[91] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 113; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 897; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 85.

[92] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 95.

[93] RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 893.

[94] VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal, *Derecho Privado y Constitución,* núm. 27, p. 225. También en esta línea, el artículo 12.3 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo del régimen económico matrimonial valenciano, pues considera trabajo para la casa la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. *Vid.,* asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 18 de octubre de 2001 *(JUR* 2002, 16199); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, 16 de mayo de 2006 *(JUR* 2006, 158399). En contra, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 24 de mayo de 2005 *(JUR* 2005, 155542).

[95] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, IV Familia, *op. cit.,* p. 262.

[96] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* p. 441; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10118.

[97] DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.,* pp. 272-273.

[98] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, IV Familia, *op. cit.,* p. 262.

[99] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, *op. cit.,* p. 194; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 880.

[100] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1673.

[101] En Navarra, Aragón y Baleares no existe ningún tipo de compensación al cónyuge que ha aportado su trabajo para la casa como forma de contribuir a las cargas del matrimonio —artículo 103 b) de la Ley 1/1973, de 1 de marzo de la Compilación de Derecho Foral de Navarra; artículos 187y 189 del Código de Derecho Foral de Aragón de 22 de marzo de 2011 —si, en cambio, para las parejas no casadas (art. 310)—; y artículos 3 y 4 de la Ley 5/1961, de 9 de abril de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Balares.

[102] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 29 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 165128) y 23 de diciembre de 2014 *(AC* 2015, 591) no resulta necesario para obtener compensación que, se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

[103] La sentencia del Tribunal de Justicia de Islas Baleares, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 24 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 4019) señala que, la terminología trabajo para la casa que emplea el artículo 1438 del Código Civil y trabajo para el hogar común que utilizan varias leyes autonómicas, es similar al trabajo en el hogar familiar que emplean la resolución de 1979. La jurisprudencia habla de «dedicación al trabajo y atención al hogar (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008), o «de trabajo doméstico y dedicación a la

familia, o «de trabajo y atención en el hogar» (sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de septiembre de 2005); o, en fin, «de la atención doméstica del demandado» o del supuesto en que un conviviente «de dedicó en exclusiva a la atención del otro conviviente y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material» (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1997).

[104] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, p. 868. *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 11 noviembre 2002 *(AC* 2002/1767) que representa una corrección comunitaria.

[105] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 105-106.

[106] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.,* p. 62.

[107] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1673; CUENA CASAS, M. (2013) Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10121.

[108] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.,* p. 63.

[109] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremos de 11 de febrero de 2005, *op. cit.,* p. 152.

[110] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1673.

[111] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* pp. 261-262; en esta línea, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 10121. Como fundamento de la compensación por el trabajo en el hogar en la sobreaportación, *Vid.,* las sentencias del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 10 de febrero de 2004 *(RJ* 2004, 2476); y, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, 20 de mayo de 2005 *(JUR* 2005, 155745); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 20 abril 2006 *(JUR* 2006, 159223); y de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.ª, 9 de diciembre de 2015 *(AC* 2015, 1078).

[112] RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 900.

[113] MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal,* diciembre, p. 114. *Vid.,* en este línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2007 (*La Ley* 2007, 2417); la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 31 de octubre de 1998 (*La Ley* 1999, 4598); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.ª, 23 de septiembre de 1999 (*La Ley* 1999, 127291); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 18 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 61643), de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, 1 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 133591); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.ª, 21 de diciembre de 2006 *(JUR* 2007, 221997); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 8 de abril de 2009 *(JUR* 2009, 304663); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 20 de marzo de 2009 (La Ley 2009, 148600); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 5 de junio de 2009 (*La Ley* 2009, 143321); de la Audiencia provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 7 de mayo de 2010 (*La Ley* 2010, 119400);

[114] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia, *op. cit.,* p. 194.

[115] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), *op. cit.,* pp. 435-438.

[116] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.,* pp. 66-67. Reestablecer el desequilibrio como fundamento de la compensación, *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 22 de diciembre de 2004 *(JUR* 2005, 33788); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 23 de mayo de 2006 *(JUR* 2007, 19825).

[117] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 28 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 84650); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 9 de febrero de 2010 (*La Ley* 2010, 29351).

[118] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). Principios de Derecho Civil, *op. cit*., p. 240.

[119] *Vid.*, las sentencias de la de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 24 de mayo de 2005 *(JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 1 de febrero de 2006 *(JUR* 2006, 123531); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 21 de febrero de 2007 *(JUR* 2007, 238845); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 3 de junio de 2009 *(JUR* 2010, 22438).

[120] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 3 de junio de 2009 *(JUR* 2009, 22438); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 11 de junio de 2009 (*La Ley* 2006, 179446); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 26 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 279971).

[121] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 21 de marzo de 2000 (*La Ley* 2000, 63974); de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.ª, 31 de julio de 2007 *(JUR* 2007, 33912); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 1.ª, 23 de marzo de 2010 (*La Ley* 2010, 41281).

[122] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, 24 de enero de 2005 *(JUR* 2005, 44414).

[123] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 5122); de 31 de enero de 2014 *(RJ* 2014, 813); y, de 25 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5322); las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, 17 de marzo de 2004 *(AC* 2004, 382); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 5 de abril de 2006 *(JUR* 2006, 140188); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 5 de junio de 2009 (*La Ley* 2009, 143321); de la Audiencia provincial de Madrid, secc. 24.ª, 1 de julio de 2013*(JUR* 2013, 263637), no puede afirmarse que se dedicara de forma exclusiva al cuidado de los hijos, ni que se le impidiera desarrollar una faceta laboral o profesional, favoreciendo el éxito profesional; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 19 de diciembre de 2013 *(JUR* 2013, 120986); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, 19 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 167678); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 20 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 14469); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 27 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 196684); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 27 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 196684); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 12 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 80720); y de la misma Audiencia y sección, 25 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 175680). Por su parte, se indica como presupuestos para la compensación que, además que, el régimen económico que rija el matrimonio sea el de separación de bienes, que el trabajo para el hogar se realice de forma exclusiva o mayoritariamente por uno de ellos, así, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.ª, 7 de julio de 2001 *(JUR* 2001, 274492); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 24 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 15542); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 4.ª, 12 de abril de 2006 *(JUR* 2007, 20510).

[124] *RJ* 2015, 1170; y, *RJ* 2015, 1528. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015 (*LA LEY* 2015, 188257).

[125] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 11 de febrero de 2005 *(RJ* 2005, 1407) no puede hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude al artículo 1438 del Código Civil por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservan posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenía durante la vigencia del régimen. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 17 de julio de 2008 *(JUR* 2008, 314504) no concurre situación de desigualdad patrimonial por la consecuencia que las actividades de la esposa para la casa y en el desarrollo de los negocios del esposo, se entiende suficientemente compensad con las adjudicaciones del patrimonio; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 3 de junio de 2009 *(JUR* 2010, 22438), dispuso de dos empleadas y trabajó durante el matrimonio como pintora; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, 10 de junio de 2010 *(JUR* 2010, 396982) dispone de ayuda de servicio doméstico interno para la realización de las labores del hogar y cuidado de los hijos, que no priva a la actora de tiempo necesario para completar sus estudios o desarrollar cualquier actividad laboral fuera del hogar familia; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 16 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 189143) ambos cónyuges tiene trabajos remunerados, y ninguno de ellos se ha beneficiado del matrimonio en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonial en total detrimento del otro.

[126] En este línea de no exigir la dedicación en exclusiva a las tareas del hogar por el cónyuge acreedor, la sentencia del tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 31 de octubre de 2011 *(RJ* 2012, 2243); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 25 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 84650); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 15 de abril de 2008 *(JUR* 2008, 188408); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, 3 de octubre de 2012 *(JUR* 2012, 404433); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 11 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013, 120596).

[127] CUENA CASAS, M. (2013). «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *op. cit.,* p. 10119; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *op. cit.,* p. 868; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, *op. cit.,* p. 194 dispone al respecto que «el trabajo para la casa no debe ser entendida solo pura actividad material encaminada a satisfacer necesidades de mantenimiento alimenticio (como ir a la compra, cocinar), de arreglo del hogar (como limpiar, hacer las camas, ordenar enseres), de atención a los componentes del grupo (como cuidar de los hijos, asearlos, etc.) y, así otras ocupaciones posibles, si son desempeñadas por un esposo. Diferentemente debe estimarse que también es trabajo para la casa la labor de dirección de la misma cuando de verdad ocupa (lo que ciertamente no consiste solo en dar órdenes)». *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, 5 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 64637).

[128] En esta línea, la sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona secc. 12.ª, 17 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 239752); y de la misma Audiencia, secc. 18.ª, 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 165235). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 11 de septiembre de 2009 (*La Ley* 2009, 22891) fija como criterios la duración del matrimonio, la falta de cualificación profesional y vida laboral anterior por parte de la esposa; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 3 de noviembre de 1997 *(AC* 1997, 2235) se refiere como bases para cuantificar las que establece el artículo 97 del Código Civil.

[129] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremos de 11 de febrero de 2005, *op. cit.,* p. 152 habla, en este sentido, de acudir al precio del mercado de dicho trabajo, es decir, acudiendo al precio de mercado de los empleados del hogar. Por su parte, VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal, *op. cit.,* p. 244 atiende al salario mínimo interprofesional. *Vid.,* asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 24 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, 20 de julio de 2006 *(JUR* 2006, 239825); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 6 de noviembre de 2006 *(JUR* 2006, 284978); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, 16 de mayo de 2007 *(JUR* 2007, 295893); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, 16 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 283207); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 30 de abril de 2007 *(JUR* 2007, 241997).

[130] El artículo 232-6 fija como reglas de cálculo de los incrementos de los patrimonios entre cónyuges las siguientes: a) El patrimonio de cada uno de los cónyuges integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones; b) Deben añadirse al patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuado con la intención de perjudicar al otro cónyuge; y c) Debe descontarse del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen, y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante la vigencia del régimen se imputarán a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen.

[131] MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español, *op. cit.,* p. 129.

[132] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremos de 11 de febrero de 2005, *op. cit.,* p. 151.

[133] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 9 de febrero de 2009 (*La Ley* 2009, 158069).

[134] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 21 de diciembre de 2009 (*La Ley* 2009, 302033).

[135] RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* p. 903; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, op. cit.,* p. 107, salvo consentimiento del cónyuge deudor; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 9 de noviembre de 1999 *(AC* 1999, 2379); y del Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 17 de enero de 2014 *(JUR* 2014, 47686), se estima la indemnización ya percibida en forma de copropiedad de tres viviendas adquiridas en Portugal, con dinero procedentes del salario como médico del esposo y tiene a su disposición la cantidad de 22.000 euros que ha retirado de una cuenta común. Asimismo, el artículo 232-8 del Código Civil catalán establece, por un lado, en su apartado 1 que «la compensación debe pagarse en dinero, salvo que las partes acuerden otra cosa. Sin embargo, por causa justificada y a petición de cualquiera de las partes o de los herederos del cónyuge deudor, a autoridad judicial puede ordenar su pago total o parcial con bienes», y añade en su apartado segundo la posibilidad de pagarlo a plazos o aplazar dicho pago, así dispone que «a petición de los cónyuges o de sus herederos, la autoridad judicial puede aplazar el pago de la compensación u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y el devengo de interés legal a contar del reconocimiento. La autoridad judicial puede, en este caso, ordenar la constitución, si procede, de una hipoteca, de acuerdo con lo establecido por el artículo 569-36, o de otras garantías en favor del cónyuge acreedor». En contra, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit*., p. 96; y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1989 *(RJ* 1989, 836).

[136] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*), *op. cit.,* p. 439; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 869. *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 29 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 71008). Asimismo, el artículo 232-7 del Código Civil catalán que posibilita pactad el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 231-30.

[137] EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). Pensión compensatoria y pactos en previsión de ruptura, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* A. Cabanillas Sánchez (coord.), *T. III*, Madrid: Thomson-Reuters, p. 4571.

[138] ROCA i TRÍAS, E. (2006). «Autonomía, crisis matrimoniales con ocasión de la crisis», *Homenaje al profesor Lluis Puig Ferriol,* J. M. Abril Campoy y M.ª E. Amat Llari (coords.), *vol. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2132-2133.

[139] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.,* p. 76.

[140] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015 (*La Ley* 2015, 188257); las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.ª, 31 de julio de 2003 *(JUR* 2003, 275635), y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 3 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 188495).

[141] *Vid.,* la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 26 de septiembre de 2006 *(RJ* 2007, 6177); las sentencias de la Audiencia provincial de Madrid, secc. 24.ª, 1 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 123531); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 18 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 235256); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 5 de junio de 2009 (La Ley 2009, 173960). Esta compatibilidad se contiene en el artículo 232-10 del Código Civil catalán cuando señala que «el derecho a la compensación económica por razón del trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar esos derechos y, si procede, para modificarlos». Y añade en cuanto a su reclamación el artículo 232-11 que: 1. En caso de nulidad del matrimonio, separación o divorcio, la compensación económica por razón del trabajo debe reclamarse en el proceso que causa la extinción del régimen y en caso de resoluciones o decisiones eclesiásticas, en el proceso dirigido a obtener su eficacia civil. Como cuestión previa, la sentencia matrimonial puede

pronunciarse sobre el régimen vigente si las partes hacen cuestión de él. 232. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, la pretensión para reclamar la compensación económica por razón del trabajo prescribe a los tres años desde el fallecimiento del cónyuge. Sin embargo, si el cónyuge superviviente interpone una demanda al amparo del artículo 233-14.2, debe reclamar la compensación en el mismo procedimiento». De todas formas, también se añade como novedad, que si haya bienes en proindiviso propiedad de ambos cónyuges, pueden solicitar su división. Así el artículo 232-12 señala que «en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. 2. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa, y uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos». Asimismo, *vid.,* el artículo 14.2 de la Ley 10/2007, 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano.

[142] En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1673. *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 16 de marzo y 17 de marzo de 2009 (La Ley 2009, 148577; y La Ley 2009, 148576), su fijación ha de ser previa a la pensión compensatoria.

[143] DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). «Los regímenes de separación y de participación», *op. cit.,* pp. 273. Asimismo, el artículo 232-5.5 del Código Civil catalán, si bien, aclara que el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón del trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los derechos que el causante la haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que les correspondan en la sucesión intestada, no cubra el importe que le corresponde.

[144] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1673; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia, op. cit.,* p. 262.

1.3. Derechos reales

Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos o créditos hipotecarios (y II)

Controversial questions concerning the improper clauses included in lendings or mortgage loans (and II)

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Resulta usual en el ámbito de la contratación de créditos o préstamos hipotecarios el establecimiento de cláusulas suelo/techo, de intereses de demora o remuneratorios y de vencimiento anticipado. En el ámbito de las cláusulas suelo la sustanciación del control de transparencia y abusividad de tales cláusulas y, asimismo, en los efectos derivados de su nulidad, esto es, la posibilidad o no de devolución de las cantidades indebidamente pagadas por los prestatarios ha generado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, especialmente el que ha tenido lugar en el seno de nuestro Tribunal Supremo y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, ha determinado, asimismo, la adopción de importantes reformas legislativas en el ámbito procesal e hipotecario. Igualmente, tal debate se ha sustanciado en relación con la declaración de nulidad de los intereses de demora abusivos y su posible recalculo. En tal contexto, el presente estudio se va a centrar en el tratamiento de dicho control de transparencia y en los efectos restitutorios o no de las cláusulas suelo tras su nulidad y, asimismo, en la eventual declaración de nulidad de los intereses de demora abusivos y sus consecuencias.

ABSTRACT: The establishment of clauses turns out to be usual in the area of the credit contracting or mortgage lending soil/ceiling, of interests of delay or remunerator and of early maturity. In the area of the clauses I occur the substantiation of the control of transparency of such clauses and, likewise, in the effects derived from his nullity, this is, the possibility or not of return of the quantities unduly paid for the borrowers it has generated an intense doctrinal and jurisprudential debate, especially the one that has taken place in the our Supreme Court and in the Court of Justice of the European Union that, it has determinated, likewise, the adoption of important legislative reforms in the procedural and mortgage area. Equally such a discussion has been generated in the relation by declaration of nullity of the improper interests of delay and his possible recalculation. In such a context, the present study it goes away to head office in the treatment of the above mentioned control of transparency and in the effects that you deliver quantities or not of the clauses I occur after his nullity; and likewise in the eventual declaration of nullity of the improper interests of delay and his consequences.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Control de transparencia. Nulidad. Cláusulas suelo. Efectos restitutorios. Intereses de demora. Recalculo, Consumidor. Préstamo hipotecario.

KEY WORDS: Abusive clauses. Control of transparency. Nullity. Clauses of control of interest. Effects of returns. Interest of delay. Recalculation. Consumer. Mortgage lending.

SUMARIO: I. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA NULIDAD CONTRACTUAL.—II. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—III. LOS INTERESES DE DEMORA. SU EVENTUAL NULIDAD Y EFECTOS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA NULIDAD CONTRACTUAL

Una de las cuestiones que más relevancia tienen en términos económicos en los procesos sobre condiciones generales de la contratación es la relativa a los efectos de una eventual declaración de nulidad de las mismas por abusivas. Se trata de establecer, en concreto, si esa declaración ha de tener o no efectos retroactivos y poder determinar, en su caso, la restitución de la parte de las cantidades entregadas desde la celebración de nulidad de la cláusula reputada abusiva. Tras apreciar la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo enjuiciadas, la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 9 de mayo de 2013 establece, como regla general, que nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos —o de algunas de sus cláusulas, si el contrato subsiste—, lo que exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil a cuyo tenor: «*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieses sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que dispone en los artículos siguientes*». Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo 118/2012, de 13 de marzo se trata «(…) de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que esta se queda sin causa que la justifique al modo de lo que sucedía con «*la condictio in debiti*». Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que, impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente». Como se desprende del Fundamento Jurídico decimoséptimo de la mencionada sentencia de 9 de mayo de 2013 (especialmente de los parágrafos 283 y 287 a 292) se parte indiscutiblemente del artículo 1303 del Código Civil como regla general (pero solo general y no única) en relación con los efectos de la nulidad, para seguidamente advertir de la necesidad de limitar en determinados casos los efectos retroactivos de la nulidad. No deja el Tribunal Supremo de aplicar el mencionado artículo 1303 del Código Civil, sino que adapta la sanción de nulidad allí establecida a las peculiaridades del caso concreto —la nulidad de las cláusulas suelo— y en atención a las distintas circunstancias concurrentes; lo que, además, como se indica en tal sentencia

es plenamente coherente con la propia jurisprudencia anterior que, ya había advertido de la imposibilidad de determinar con carácter absoluto y automático los efectos restitutorios de la nulidad contractual, y con la función del Tribunal Supremo que consiste en concretar el sentido último de las normas positivas. En efecto, el Alto Tribunal parte lógicamente «de la regla general de la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad» (parágrafo 298); pero advierte que una retroactividad no opera con carácter absoluto y automático. En particular, se indica expresamente que la determinación de los efectos retroactivos de nulidad «no puede ser impermeables a los principios generales del Derecho —entre ellos de forma destacada el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española)— y lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y cuando se trata de conservación de efectos consumados —los artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas; y, 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial—» (parr. 287). De este modo, el Tribunal Supremo remite al mismo principio general que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —sentencias 179/1994, de 16 de junio (*RTC* 1994, 179); 281/1995, de 23 de octubre (*RTC* 1995, 281); 185/1995, de 14 de diciembre (*RTC* 1995, 185); 22/1996, 12 de febrero (*RTC* 1996, 22); y 38/2011, de 28 de marzo (*RTC* 2011, 38)— y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —sentencia de 21 de marzo de 2013 (*TJCE* 2013, 93); de 3 de junio de 2010 (*TJCE* 2010, 164; y 19 de julio de 2012 (*TJCE* 2012, 200) permite limitar los efectos retroactivos de una sentencia, siempre que en este último caso «concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves».

También se resalta por el Tribunal Supremo en la citada sentencia que, la posibilidad de limitar o modular los efectos de la declaración de nulidad contractual había sido ya admitida y aplicada en su jurisprudencia. En particular, cita la sentencia 118/2012, de 13 de marzo que, al aplicar el artículo 1303 del Código Civil para resolver una pretensión de restitución de prestaciones derivadas de la nulidad de una condición general, ya advirtió que la regla prevista en este precepto no opera con un «automatismo» absoluto por lo que resulta posible limitar o modular judicialmente los efectos restitutorios de la nulidad en función de las circunstancias concretas del caso.

No alude el Tribunal Supremo —y podría haberlo hecho— a sus sentencias 863/2009, de 15 de enero y 209/2009, de 26 de febrero que, en aplicación del artículo 1303 del Código Civil para determinar los efectos de la nulidad de contratos de abanderamiento (en los que las acciones ejercitadas no tenían naturaleza colectiva) ya habían dispuesto la necesidad de limitar o modular su eficacia restitutoria. Así en las últimas de las sentencias se afirmó con claridad que «la restitución recíproca de las prestaciones establecidas en el artículo 1303 del Código Civil puede tener unos límites racionales similares a los que la jurisprudencia ha reconocido para algunos casos de resolución contractual» (Fundamento Jurídico segundo apartado 2.º). Puede considerarse que el Tribunal Supremo con ello atiende así al principio de seguridad jurídica y en particular, a los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando determina la prevalencia de ese principio en determinados casos: los criterios de la buena fe y el riesgo de trastornos graves, esto es, la salvaguarda del orden público económico. Delimitado el marco normativo y jurisprudencial necesario para resolver acerca de la eficacia restitutoria de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo identifica once

circunstancias concurrentes en el caso de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo que determinan su falta de eficacia retroactiva respecto de los pagos realizados con anterioridad a la declaración de nulidad: «a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas; b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas —el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero y, los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero—; c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura del riesgo de tipos de interés que en España «(…) casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable»; d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado —su peso afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi el 30% de la cartera—; e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos —en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más—, sino en la falta de transparencia; f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia; g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994; h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; j) la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor; y, k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas» (parágrafo 293). En tal contexto, la sentencia concluye que «procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia» (parágrafo 294). Por tanto, en el caso aquí enjuiciado, no se da eficacia retroactiva a la declaración de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo. La consecuencia es que no cabe la reclamación de las cantidades abonadas por el deudor por intereses en aplicación de esa cláusula antes de la declaración de nulidad. Aunque esta proclamación de irretroactividad e improcedencia de restitución se refiere literalmente a la propia sentencia; lo que ha sido considerado por la doctrina que, su operatividad se concreta en ese ámbito (PERTINEZ VILCHEZ, 2013, 14; ACHÓN BRUÑÉN, 2014, 2)[1]; no faltan, sin embargo, quienes entiende que tanto el planteamiento de la cuestión como su desarrollo, en especial, la fundamentación sustantiva, revelan con toda claridad que la doctrina jurisprudencial que se establece versa en el plano sustantivo general precisamente sobre los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo derivadas de la falta de transparencia.

Lo cierto es que, la sentencia de 9 de mayo de 2013 constituye doctrina jurisprudencial. Como es sabido conforme a los artículos 197 y 264.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Civil del Tribunal Supremo somete a decisión del Pleno aquellos recursos en los que se consideren, bien por su Presidente, bien por la mayoría de los Magistrados, necesario fijar, consolidar, o modificar la doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación de determinadas normas o materias. Es, igualmente, sabido que las sentencias del Pleno de la Sala Primera constituyen por sí solas doctrina jurisprudencial (acuerdo adoptado por la Junta General de Magistrados de Sala de 30 de diciembre de 2011 apartado III, página 15; y Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, página 1). En este tipo de sentencias predomina con mayor intensidad la defensa del *ius constitutionis* característicos de la función casacional. El Tribunal Supremo de este modo «tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del Derecho objetivo, y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma» (FLORS MATIES, 2013, 20)[2]. Esta sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 fue dictada por el Pleno de la Sala Primera y por ello, su doctrina y más en concreto, su doctrina en relación con los efectos de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia, constituye doctrina jurisprudencial. Con posterioridad, la sentencia del Tribunal Supremo, también del Pleno de 25 de marzo de 2015 y, por tanto, la capacidad de crear por sí sola jurisprudencia, fija como doctrina jurisprudencial: «Que en cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 —se entiende que es una errata y se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014— y la de 24 de marzo de 2015 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013». Dicha doctrina se asienta como *ratio decidendi* en los Fundamentos Jurídicos números 9 y 10 de esta sentencia. Así, si bien, es cierto que el Tribunal Supremo toma como base la regla general de la ineficacia de la cláusula abusiva y de referirse a la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, a continuación señala que, esa regla general de ineficacia de las cláusulas abusivas puede tener excepciones, como la que se aplicó en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 con base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 donde radican los elementos básicos en los que el Tribunal Supremo funda la irretroactividad de la misma, a saber, la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastornos graves que, pueden afectar al orden público económico. En concreto, respecto del trastorno grave del orden público económico, al que se alude de nuevo en esta sentencia, se refiere la letra «k» del parágrafo 293 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 donde se señalaba que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

Asimismo, se indica que «pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables

contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto». En cuanto al principio de buena fe de los círculos interesados, los argumentos de los que el Tribunal Supremo infiere la buena fe de los círculos interesados a 9 de mayo de 2013 cambian tras esa fecha, de modo que, en una concepción psicológica de la buena fe, la ignorancia de que la información debía darse como fue exigida y fijada posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social (Fundamento Jurídico noveno número 5). Por lo que se puede concluir que, a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 no es posible ya la alegación de la buena fe por los círculos interesados, pues, esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo estos indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamos con tipo de interés variable, en principio, lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia. Por otra parte, la Sala atiende a una serie de argumentos —que son las circunstancias expuestas en la sentencia de 9 de mayo de 2013— de las que colige a la fecha de la sentencia la buena fe de los círculos interesados y que como tales valora. Asimismo, se señala en la meritada sentencia que, la eficacia de la irretroactividad de la sentencia de 9 de mayo de 2013 vienen mereciendo respuestas dispares por parte de nuestros tribunales en cuanto a la devolución o no de las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva. Así esta sentencia ofrece una respuesta a tan debatida cuestión, si bien no revisa la fijada sino que despeja dudas y clarifica su sentido como guía al respecto para nuestra doctrina, en aras a la unificación que debe hacerse de ella en su aplicación y a la postre, a la seguridad jurídica como principio informador del ordenamiento jurídico (art. 9.3 de la Constitución española) (Fundamento Jurídico octavo). Una vez expuesta la decisión de la Sala concluye que «en atención a todo lo expuesto se estima el recurso de casación, confirmando la doctrina sentada por la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, cuya cabal clarificación se ha llevado a cabo en la presente, y asumiendo la instancia, se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BBVA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando que la entidad recurrente no viene obligada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013» (Fundamento Jurídico undécimo). La novedad de esta sentencia de 25 de marzo de 2015 radica en que curiosamente esta misma solución que se adopta en la sentencia de 9 de mayo de 2013 para un supuesto de acción de cesación se extiende ahora a las acciones individuales. Lo cierto es que, como señala la sentencia, en su Fundamento Jurídico quinto que «al apreciarse que la acción de cesación no se acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual si se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente *litis* tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula, sin que

tampoco quepa estimar cualquier otra excepción que impida ofrecer respuesta al recurso de casación»[3].

A pesar de esta doctrina jurisprudencial fijada en sendas sentencias del Pleno del Tribunal Supremo, lo cierto es que, no ha sido unánime el seguimiento de la misma por la jurisprudencia de los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales. Así hay tres posiciones: 1) Las que siguiendo los fundamentos y resoluciones de la doctrina jurisprudencial de la sentencia de 9 de mayo de 2013 han proclamado que, la declaración de nulidad no tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, ha desestimado las pretensiones de restitución de las cantidades cobradas por causa de su aplicación[4]; 2) Las sentencias que han estimado que debe aplicarse de forma literal y mecánica el artículo 1303 del Código Civil y, por tanto, se proclama el carácter retroactivo de la declaración de nulidad y se estiman las pretensiones restitutorias de los actores[5]; y, 3) Los que optan por seguir la doctrina fijada en la sentencia de 25 de marzo de 2015 y considerar que la retroactividad de los efectos es parcial, esto es, desde la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013[6].

Por su parte, la doctrina de forma mayoritaria se muestra crítica con la solución adoptada por ambas sentencias del Tribunal Supremo. Así como relación a la sentencia de 9 de mayo de 2013 se ha tachado de «singular», pues, las razones que se alegan «solo refuerzan la validez de las cláusulas suelo en abstracto (habitualidad, justificación económica, licitud), pero no sirven para justificar la corrección de la actuación de la entidad que faltó a los requisitos de transparencia legalmente exigidos, salvo que quiera decirse que, no hay retroactividad porque durante muchos años ha sido muy frecuente que las entidades utilizasen cláusulas suelo no transparentes» (CORDERO LOBATO, 2013, 132)[7]; o, incluso, se califica de «sorprendente» y no se alcanza a comprender esta decisión (ACHÓN BRUÑÉN, 2013, 4)[8]. PERTÍNEZ VILCHEZ (2013, 15) afirma, asimismo, que «la verdadera razón de este pronunciamiento, entendemos que no es jurídico sino económico (…). Cabe plantearse entonces con que fundamento el orden público económico puede anteponerse a una consecuencia contractual de orden civil como es la restitución de las prestaciones del artículo 1303 del Código Civil. El orden económico no es fuente del derecho ni criterio de interpretación de las normas jurídicas, por lo que conforme el artículo 1.6 del Código Civil una decisión del Tribunal Supremo fundada en razonamientos económicos, que no es una interpretación jurídica de las normas, no podrá sentar jurisprudencia». Además indica el autor que «las entidades financieras que han empleado cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario no pueden ampararse en un confianza legítima en la licitud de dichas cláusulas conforme el marco legal vigente en el momento de realización de los respectivos contratos, al menos siempre y cuando los contratos fuesen posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Finalmente dispone que «la no vinculación debe entenderse no solamente en cuanto a los efectos futuros de la cláusula, sino también respecto de los efectos ya consumados, pues mantener la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo impidiendo la restitución de las cantidades indebidamente cobradas no es sino una forma de reconocer efectos vinculantes a las cláusulas suelo cuando sean abusivas»[9]. Por su parte, ACHÓN BRUÑEN (2014, 1-8) alega once argumentos en contra de la doctrina propugnada por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, entre los que se destacan la falta de retroactividad no es acorde con lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE ni con el principio de no vinculación del consumidor de las cláusulas abusivas secundado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; se opone

a lo dispuesto en el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no se puede considerar vinculante para otros órganos inferiores al no crear jurisprudencia respecto de la irretroactividad de las declaración de nulidad de la cláusula suelo; además esta sentencia ni tiene efectos de cosa juzgada material frente a los no litigantes; asimismo, no se puede alegar trastorno grave del orden público económico como razonamiento en contra de la retroactividad en supuesto de reclamaciones individuales; la irretroactividad de la cláusula suelo ocasiona un enriquecimiento de las entidades bancarias al beneficiarse, al menos durante algún tiempo de los efectos económicos de una cláusula nula; y, en fin, no es función de los tribunales velar por la economía, sino impartir justicia[10]. E, igualmente, se muestra crítica con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, argumentando que «resulta reprobable que el Tribunal Supremo no fije los criterios en que puede fundarse la apreciación del trastorno grave con trascendencia para el orden socio económico, pues, con dicha omisión está impidiendo que en el futuro otro tribunal declare una retroactividad total de la declaración de nulidad de la cláusula suelo cuando no concurran los presupuestos concretados en la sentencia. Asimismo, considera que el trastorno que se intenta evitar no es a la economía en general, sino tan solo a las entidades financieras; finalmente señala que «el Tribunal Supremo incurre en un error de argumentación presumiendo la buena fe de ambas partes contratantes, pues, tan solo favorece a una de ellas (la entidad bancaria) aunque paradójicamente su buena fe resulte mucho más discutible que la del consumidor» (ACHÓN BRUÑÉN, 2015, 3-4)[11].

Por último, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, PLAZA PENADÉS (2015, 19) señala que «genera serias dudas no ya porque en dicha sentencia no se fijan los presupuestos económicos y jurídicos para saber cuándo se debe aplicar el llamado «riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público económico» del que no sabemos si se puede beneficiar otros colectivos más necesitados y con mayor «riesgo» de trastornos graves con trascendencia al orden público económico como el colectivo de personas desahuciadas por ejecuciones hipotecarias, sino porque excepcionar ese riesgo al régimen general de ineficacia de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia, parece ir en contra del vigente artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 176 de noviembre que prohíbe cualquier tipo de integración mínima o parcial que beneficie al predisponente, ya que dicha solución genera un efecto contrario al derecho comunitario por favorecer o promover la inclusión de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor, que quedaría sin ningún tipo de sanción o con una sanción atemperada o aminorada» (LLAMAS POMBO, 2013, 16-17)[12].

Frente a estas críticas no falta quien considera que, la sentencia de 9 de mayo de 2013 contiene una fundamentación normativa sólida, coherente con la propia jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el artículo 1303 del Código Civil y que arroja una doctrina clara para resolver acerca de la eficacia irretroactiva de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo respecto de los pagos realizados con anterioridad a 9 de mayo de 2013 (GARCÍA VILLARRUBIA, 2014, 3)[13].

Ahora bien, en este contexto de debate y critica, la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, Tribunal de Marca Comunitaria, mediante Autos de fecha 15 de junio de 2015 ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos cuestiones prejudiciales relativas al controvertido tema de las cláusulas

abusivas y, en particular, cuestionado la no retroactividad de la nulidad de una cláusula suelo enmarcadas en dos bloques diferenciados. Uno primero directamente relacionado con la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo en el que el tribunal cuestiona tanto la compatibilidad de la no retroacción a la fecha de celebración del contrato de los efectos de la nulidad de una cláusula suelo con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores como, en el mismo marco, los criterios dados por el Tribunal Supremo para justificar la no retroactividad. En el segundo bloque, el tribunal plantea la cuestión relativa a la compatibilidad con el mismo principio de no vinculación de las citadas cláusulas y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con criterio de extensión de la doctrina contenida en la sentencia de 9 de mayo de 2013 a los casos formulados mediante el ejercicio de acciones individuales, como es el supuesto de la sentencia de 2015, sin ponderar las particulares circunstancias concurrentes.

A tal efecto formula las siguientes cuestiones: 1. Es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato, sino a una fecha posterior; 2. El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de na cláusula abusiva, representa un concepto autónomo del Derecho de la Unión que ha de interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros; 3. En caso de respuesta afirmativa, qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de buena fe de los círculos interesados; 4. En cualquier caso, cabe preguntarse si es conforme con la buena fe de los círculos interesados la actuación del profesional que en la generación del contrato, ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula; 5. El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de la cláusula abusiva, constituye también un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe interpretarse de manera uniforme; 6. En caso de respuesta afirmativa, qué criterios debe ser tenido en consideración; y, 7. El riesgo de trastornos graves debe tomase solo en consideración el que se pueda producir para el profesional o también se debe tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo. Y, en relación con la extensión del pronunciamiento jurisprudencial dado con ocasión de una acción colectiva de cesación respecto de consumidores que ejerciten acciones individuales de nulidad de la cláusula abusiva plantea si es compatible con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la extensión automática de la misma limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula «suelo» declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra tres entidades financieras a las acciones individuales de nulidad de una cláusula «suelo» por abusiva instadas por los clientes-consumidores, que contrataron un préstamo hipotecario con otras entidades financieras distintas.

Asimismo, este Tribunal entiende que la presente cuestión merece su tramitación mediante el procedimiento acelerado en atención al número de potenciales

afectados. La crisis económica por la que atraviesa España ha dado lugar a un número muy elevado de procedimientos en los que se insta por los consumidores la declaración de nulidad de cláusulas «suelo» y en ellos surge la duda sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del criterio interpretativo establecido en las sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, números 241/2013, de 9 de mayo y 139/2015, de 25 de marzo que constituye jurisprudencia. El artículo 105.1 del reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia dispone que a instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente de oficio el Presidente del Tribunal puede «*decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo*».

Lo cierto es que, se cuestiona ante el Tribunal de Justicia es si resulta compatible con el derecho europeo del consumidor la no retroactividad de la nulidad de una cláusula suelo frente el efecto ordinario de retroactividad, que se deriva conforme a nuestra normativa civil (art. 1303 del Código Civil).

Por otra parte, en esta línea, la Audiencia Provincial de Cantabria, sección cuarta mediante Auto de 17 de julio de 2015 ha elevado también al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial con el fin de que se pronuncie acerca de si se puede limitar la devolución de los intereses cobrados indebidamente por los bancos a los clientes en concepto de cláusula suelo, cláusula que ha sido declarada nula por abusiva. Además solicita, como la Audiencia Provincial de Alicante, que se tramite esta cuestión por el procedimiento acelerado pues «se ha insertado con carácter generalizado en la práctica totalidad de los préstamos hipotecarios, por lo que existe una inmensa masa de consumidores afectados. A su vez, se encuentran en tramitación un elevadísimo número de procedimientos cuyo objeto es la declaración de nulidad de estas cláusulas instadas en los contratos celebrados con consumidores y sus efectos. Por otro lado, en el seno de los procedimiento de ejecución hipotecaria ante la oposición deducida por la nulidad de las cláusulas suelo, se está generando la incertidumbre sobre los efectos de dicha nulidad. Todo lo anterior, se ve agudizado por la situación económica por la que atraviesa España en los últimos tiempos. En el planteamiento de la cuestión prejudicial pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 1. Si resulta compatible con la normativa comunitaria tuteladora de los derechos de los consumidores y concretamente con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE el criterio según la cual la nulidad de la cláusula no supone la eliminación de todos los efectos de la misma, como si nunca se hubiere tenido por puesta con la consiguiente restitución de las prestaciones. En particular, si es posible limitar los efectos de la nulidad a una fecha posterior a la celebración del contrato. Ello, se traduce en alusión a la sentencia de 25 de marzo de 2015 en si es posible que, declarada la nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato celebrado con consumidores por su carácter abusivo por falta de transparencia, la condena a la devolución de los intereses indebidamente cobrados por el prestamista, entidad financiera, puede limitarse a los percibidos a partir de una determinada fecha y no a los indebidamente percibidos desde la celebración del contrato. Para la Audiencia Provincial de Cantabria seguir este criterio «supone un trato perjudicial para el consumidor ya que la cláusula suelo declarada nula si sería eficaz durante un tiempo: el que trascurre «desde la celebración del contrato hasta aquel en el que se fija el comienzo de los efectos restitutorios». Por otro lado, también se plantea si se puede justificar «el carácter no plenamente retroactivo de los efectos de dicha nulidad por abusiva de una cláusula inserta en

un contrato celebrado con un consumidor en el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico y buena fe». A juicio de la Audiencia, de admitirse ambos motivos «la protección al consumidor justifica que cuando se trata de una acción individual el examen de estos requisitos sea relativo atendiendo a la concreta relación contractual». Respecto al riesgo de trastorno grave al orden público económico, la cuestión prejudicial también plantea al tribunal europeo si se considera compatible con la Directiva europea tal justificación y nos encontramos ante una acción individual, si hay que valorar el trastorno que puede producir la acción concreta, o bien si hay que tener en cuenta «el posible y potencial ejercicio de una acción individual por un gran número de consumidores afectados». De admitirse entiende la Audiencia Provincial que sería evaluar «un riego potencial que no tiene porqué llegar a materializarse». Frente a ello, cree que «podría apreciarse que la trascendencia económica real de otorgamiento de efectos retroactivos a la nulidad de una cláusula abusiva en un contrato celebrado con consumidores ante el ejercicio de una acción individual carece de trascendencia perturbadora para la economía en general». Sobre la buena fe, la Audiencia cántabra plantea si puede valorar este requisito —valorable y apreciable en abstracto— con carácter general y por tanto aplicarlo a todas las relaciones contractuales entre profesionales y los consumidores en los que se encuentre inserta una cláusula nula por abusiva, o por el contrario, ostenta un carácter relativo íntimamente vinculado con la actuación en la específica contratación. Su carácter general lo presupone la sentencia de 25 de marzo de 2015 que entiende que, desde 2013 el requisito de la buena fe ya no es válido, dando por hecho que hasta la fecha de la primera sentencia sí que lo era y estaba presente en todos os contratos. No obstante, la Audiencia cántabra considera que «una valoración abstracta de la buena fe, que no tenga en cuenta la concreta actuación del profesional al inserta en un contrato la cláusula suelo y al informar al consumidor sobre su alcance y significado, supondría beneficiar al profesional en perjuicio del consumidor» y, además «la protección del consumidor justifica que cuando se trata de una acción individual el examen de estos requisitos sea relativa atendiendo a la concreta relación contractual». Por lo anterior, formulan las siguientes cuestiones: 1. Es compatible con el principio de no vinculación y los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 la limitación de efectos retroactivos de la nulidad por abusiva de un cláusula suelo inserta en un contrato celebrado con consumidores; 2. Es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93713/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 el mantenimiento de los efectos desplegados por una cláusula suelo declarada nula por abusiva, inserta en un contrato celebrado con consumidores; 3. Es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93713/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato celebrado con consumidores por la apreciación de riesgo de trastorno grave con trascendencia en el orden público económico y de buena fe; 4. De afirmarse la respuesta a la anterior cuestión, cuando se ejercita la acción individual de nulidad de una cláusula abusiva inserta en un contrato celebrado con consumidores, es compatible con los artículos 6 y 7 Directiva 93713/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 que, se presuma el riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público económico o ha de apreciarse y valorarse atendiendo a los concretos datos económico de los que se extraiga la repercusión macroeconómica del otorgamiento de efectos retroactivos a la nulidad de una cláusula abusiva; y, 6. De ser afirmativa la respuesta a la cuestión tercera, es compatible con los artículo 6 y 7 Directiva 93713/CEE del

Consejo, de 5 de abril de 1993 la valoración abstracta de la conducta de cualquier profesional para apreciar la buena fe; o, por el contrario, es necesario que dicha buena fe sea examinada y valorada en cada supuesto concreto, atendiendo a la conducta concreta seguida por el profesional en la contratación e inserción de la cláusula abusiva en el contrato en interpretación del artículo 6 de la Directiva 93713/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

Finalmente, hemos de referirnos, por un lado, a la petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada el 1 de abril de 2015 (Asunto C-154/15) que plantea como cuestiones perjudiciales: 1. La interpretación de «no vinculación» que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, es compatible en estos supuestos con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula no obstante extiende sus efectos hasta que se declare la misma; y, por tanto que, aunque se declara su nulidad, se entenderá que los efectos ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces: y, 2. El cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula (de conformidad a los apartados primeros de los arts. 6 y 7) en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad, es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad y, es posible moderar (por los tribunales) la devolución de cantidades que haya pagado el consumidor —a que esté obligado el profesional— en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia. Y, por otro lado, al Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 4 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 13618) que, plantea, igualmente, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los siguientes términos: 1. ¿Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pueden interpretarse en el sentido de que los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?; 2. El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?; 3. Si la respuesta a la anterior cuestión es afirmativa, ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de la buena fe de los círculos interesados?; 4. En cualquier caso, ¿es conforme con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013 , la interpretación del concepto de buena fe de los círculos interesados en el sentido de que puede concurrir la buena fe en la actuación del profesional que, en la generación del contrato, ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula?; 5. ¿Es conforme con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013, la interpretación del concepto de buena fe de los círculos interesados en el sentido de que la buena fe del profesional puede ser valorada en abstracto o, por el contrario, debe ser valorada atendiendo a la conducta seguida por el profesional en el supuesto de contratación concreto?; 6. El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?; 7. Si la respuesta a la anterior cuestión es afirmativa, ¿qué criterios deben ser tomados en consideración?; 8. En cualquier caso, el riesgo de trastornos graves, ¿es conforme

con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013, que se valore tomando solo en consideración el que pueda producir para el profesional o también se debe tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo?; y, 9. El riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público económico, en el caso de ejercicio de una acción individual por un consumidor, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013, ¿debe valorarse atendiendo solo a la repercusión económica de esa acción en concreto o atendiendo a los efectos económicos que tendría el potencial ejercicio de una acción individual por un elevado número de consumidores?.

Se solicita, además, por esta Audiencia Provincial de A Coruña al Tribunal de Justicia de la Unión Europea su tramitación por el procedimiento acelerado y se suspende el procedimiento por el que se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 4, de Santiago de Compostela de 16 de enero de 2014.

En este contexto, nos adherimos a la posición doctrinal mayoritaria crítica con la posición del Tribunal Supremo adoptada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 y en la sentencia de 25 de marzo de 2015 relativa a irretroactividad o, en su caso, de retroacción parcial de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad. Lo cierto es que, el Alto Tribunal en ambas resoluciones no ha llevado a cabo una adecuada fundamentación en relación con la materia. Además la sentencia de 25 de marzo de 2015 reproduce casi en su totalidad los argumentos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sin reparar en que aquella se había ejercitado una acción individual con acumulación de pretensión de la devolución de cantidades indebidamente cobradas frente a la acción de cesación sin acumular la devolución de las cantidades indebidamente pagadas de la citada sentencia de 9 de mayo de 2013. Conviene recordar que, la acción de cesación presenta una legitimación activa restringida (art. 16 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) con carácter general, es imprescriptible (art. 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) y sus efectos son hacia el futuro, dado que conforme al artículo 12 de la citada Ley la cesación pretende la condena a que deje de surtir efectos «en los sucesivo»; sin embargo, la acción individual de nulidad la puede ejercitar cualquier afectado y su eficacia es *ex tunc* según los artículo 8 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

En todo caso, hay que señalar que, el Tribunal Supremo en otra ocasión también había excepcionado los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad, pero la razón había sido evitar un enriquecimiento injusto (sentencias de 26 de febrero de 2009 y 13 de marzo de 2012)[14]; en otras, sin embargo, se ha mostrado a favor de retroactividad declarando abusiva la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones anuales en los préstamos con garantía hipotecaria y condenando a la devolución a los clientes contratantes afectados de las cantidades cobradas en exceso —sentencias de 4 de noviembre de 2010; y 2 de marzo de 2011—[15].

Ahora bien, el Tribunal parte en ambas sentencias que en nuestro ordenamiento la ineficacia de los contratos o de algunas de sus cláusulas supone, declarada su nulidad, que no produce efectos tal como dispone el artículo 1303 del Código Civil y, en consecuencia, los contratantes han de restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia de contrato, con sus frutos y el precio de los intereses, salvo lo que dispone en los artículos siguientes. Se acepta la regla general de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad. Precisamente, la

sentencia de este Alto Tribunal, Sala 1.ª, de 22 de abril de 2005 propugnó con cita de otras anteriores que, el restablecimiento de la situación económica previa obedece a la dogmática propia de la nulidad y a la necesidad de conseguir que las partes afectadas por la misma recobren la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Pues, en otro caso se beneficiaría a la parte que originó la patología contractual[16].

En este contexto, resultan rechazables algunos de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para limitar la retroactividad o lo que es lo mismo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, así se alega que tal limitación opera por razones de seguridad jurídica; lo que supone anteponer en la jerarquía normativa un principio con es el de seguridad jurídica sobre una norma como es el artículo 1303 del Código Civil. Asimismo, aporta a través de los hechos un concepto de buena fe y sustenta el riesgo del quebranto económico en la «notoriedad» esto es, sin basarse en prueba alguna ni explicitar las condiciones o requisito de valoración o justificación, más allá de la propia notoriedad que alude como fundamento de su afirmación. Alega buena fe por parte de las entidades financieras lo que es ciertamente cuestionable, pues, sabían o debían saber que las emplearon con el objeto de alterar el coste del crédito, y, asimismo, eran conscientes que las clausulas suelo eran contrarias a la buena fe tal como estaban configuradas y de conformidad con la legislación vigente en aquel momento. Por lo que tampoco había buena fe en la confianza legítima de que actuaban sobre la base de una normativa válidamente en vigor. Tan solo habría buena fe por parte de las entidades que hubieran cumplido el control de transparencia en la redacción e información de la cláusula suelo; de manera que, el consumidor o usuario comprendiera realmente su verdadero alcance, conociese, asimismo, la carga económica y la posición que asumía en el contrato, pero en estos casos la cláusula sería válida y, por ende, no sería necesario plantear ninguna devolución de cantidad alguna. Además no se puede reputar en ningún caso de buena fe, a quien impone una cláusula en su propio interés y sin facilitar la debida información de sus negativos efectos, pues, con dicha actitud se impide a los consumidores poder optar por otras ofertas que, aunque pudieran imponerles unos mayores intereses remuneratorios, no actuase los efectos de una cláusula suelo. A la postre esta buena fe alegada solo beneficia a una parte —el profesional— y perjudica a otra —el consumidor— que en este tipo de contratos, ocupa una posición negociadora de inferioridad. En cuanto al argumento del riesgo de grave trastorno económico para el orden público económico se opera sobre la base de un criterio indeterminado y arbitrario cuya existencia no se prueba, ni se justifica en la sentencia, ni se fijan jurisprudencialmente los requisitos jurídico que ese «riesgo» debe tener para excepcionar los derechos básicos que tienen reconocidos los consumidores y usuarios en el derecho español y en el comunitario. En este sentido, el voto particular de la sentencia de 25 de marzo de 2015 hace un importante esfuerzo en intentar clarificar las reglas básicas de restitución de las cantidades a devolver. En consecuencia, parece que el trastorno que, intenta evitar el Tribunal Supremo no es el de la economía en general, sino en particular, el de las entidades financieras. Como se ha insistido desde nuestra más importante doctrina, la función de los tribunales no es «rescatar a la banca», ni mirar por su saneamiento económico. Por otra parte, conviene precisar que, el Tribunal de Justicia en numerosas resoluciones ha sentado el principio de no vinculación —sentencias de 26 de abril de 2012 y 30 de mayo de 2013[17] entre otras— en el sentido que cuando se declare abusiva una cláusula contractual los órganos jurisdiccionales nacionales estarán obligados a aplicar

todas las consecuencias que según el derecho nacional se deriven de ello para que el consumidor no resulte afectado por dicha cláusula. Nuestro Tribunal Supremo ha interpretado el artículo 1303 del Código Civil como norma base regulatoria de la retroactividad de los efectos de la nulidad contractual en este ámbito específico de no vinculación del consumidor por una cláusula abusiva, tanto con ocasión de una acción colectiva como individual. Y lo ha hecho precisamente excepcionando el efecto propio del instituto que, conforme al derecho interno encauza la «no vinculación», es decir, la nulidad de pleno derecho de la cláusula y la consiguiente restitución de las prestaciones. Para ello el Tribunal Supremo aporta a través de los hechos, como hemos señalado y constatado, un concepto de buena fe y sustenta el riesgo de quebranto del orden económico, precisamente, en la «notoriedad» sin fijación de hechos cualitativos ni cuantitativos, ni desde luego sin determinar criterios objetivables; lo que es tanto más rechazable cuando en los casos resueltos operan profesionales —entidades financieras— cuyo negocio y beneficio se han sustentado en el empleo de cláusulas abusiva que, han convertido lo percibido por estas en virtud de las mismas en una suerte de enriquecimiento injusto, que lejos de sancionarse, determina un empobrecimiento del consumidor que, se admite como justificable; lo que en el fondo frustra su acceso a la tutela judicial efectiva, pues, aun reconociendo que la cláusula es nula de pleno derecho por abusiva y lo indebidamente pagado por su aplicación, no se restituyen o se hace parcialmente por razón del grave riesgo de trastorno en el orden económico. No parece que el quebranto económico sea tan importante para las entidades como si lo es para el consumidor.

Ciertamente mantener la irretroactividad o reconocer una retroacción parcial de la nulidad de las cláusulas suelo impidiendo la restitución de las cantidades indebidamente, supone oponerse a la disposición del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE al tiempo que obliga a los Estados miembros a establecer en sus sistemas jurídicos «*…medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*» —obligación vinculada al denominado «efecto útil» de la Directiva—, y al principio de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas secunda por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, hemos de señalar que, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 y de 21 de febrero de 2013 fijan la doctrina de prohibición de integrar las cláusulas abusivas, pues, si un juez nacional tuviera la posibilidad de modificar su contenido, dicha facultad eliminaría el efecto disuasorio que, ejercer sobre los profesionales el hecho de que pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se aplique a los consumidores, pues, en caso contrario pudieran verse tentados a utilizarla al saber que, en caso de declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario. Con la actitud del Tribunal Supremo de limitar los efectos restitutorios ante la declaración de nulidad de una cláusula en cierta forma está incumpliendo tal prohibición al moderar el alcance de los efectos restitutorios.

Finalmente, resulta oportuno señalar que, las cláusulas suelo son en sí mismas lícitas —amparadas por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil) y, por la norma sectorial que las contempla—, siendo en todo caso abusivas por falta de transparencia una vez incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario, cuando no permiten al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el reparto real de los riesgos de la variabilidad de los tipos. La falta de transparencia, tal como fija el parágrafo 225 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 no deriva de su oscuridad

interna, sino de la insuficiencia de la información. Asimismo que, el pronunciamiento de la retroactividad se fija por el Tribunal Supremo tras examinar la concurrencia de una serie de circunstancias valorables en abstracto (parágrafo 293 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y *Fundamento de Derecho noveno número 5* de la sentencia de 25 de marzo de 2015) que concurren en el supuesto enjuiciado para declarar la abusividad de las cláusulas. Por tanto, habrá que examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que el tribunal marca en ambas sentencias como parámetro para estar ante una cláusula abusiva por falta de transparencia y posteriormente determinar la necesidad o no de devolver las cantidades recibidas por esa cláusula declarada nula. Y, en todo caso, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 no tiene efectos de cosa juzgada material frente a los no litigantes por lo que el pronunciamiento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir en otro proceso, atendiendo a las circunstancias concretas, si debe aplicarse o no el artículo 1303 del Código Civil, pues, el Tribunal Supremo en tal resolución declara la irretroactividad únicamente de su sentencia. En el voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 coincide en señalar la inexistencia de cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pactado y completa la argumentación con lo que constituye el verdadero fundamento de la no aplicación del efecto de cosa juzgada a la pretensión que integra la presente Litis como es: las claras diferencia entre la acción individual y la acción colectiva de cesación que dio lugar a la mencionada sentencia de 9 de mayo de 2013. En suma, todos estos argumentos nos llevan a partir, como regla general, de la restitución de las cantidades indebidamente cobradas. Si bien, esta restitución vendrá determinada en cada caso concreto tras analizar la concurrencia de determinadas circunstancias. Y, además, reintegrar lo indebidamente percibido por la aplicación de cláusulas abusivas puede ser alentado como un medio eficaz para garantizar también por esta vía «el efecto disuasorio» al que se ha referido el Tribunal de Justicia en el uso de tales cláusulas. Ciertamente, el hecho de mantener en parte los efectos producidos con la aplicación de la cláusula abusiva podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE en cuanto esas prácticas contribuirían a eliminar o mitigar el efecto disuasorio que sobre las entidades bancarias ejerce el hecho de que las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, pues, comprobarían que, a pesar de haberse declarado su nulidad, parte de sus efectos se mantendrían[18].

II. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Ni la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ni la de 25 de marzo de 2015 ha reconocido el derecho de los consumidores a recuperar las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula suelo durante la tramitación del procedimiento ni desde la interposición de la demanda, sino que declarado los efectos de la nulidad, únicamente ha permitido en la última de las resoluciones citadas la devolución de tales cantidades desde la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Sin embargo, varios Juzgados ante tal situación han adoptado como medida cautelar la suspensión de la aplicación de dicha cláusula suelo durante la sustanciación del procedimiento, señalando una caución simbólica[19]. Con la adopción de

esta medida se está intentando en cierta forma paliar los efectos de una decisión judicial que, puede ir orientada a la no devolución de las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula suelo. Frente a esta medida suspensiva, alguna resolución ha pretendido conseguir el mismo resultado, pero sin adoptar ninguna medida cautelar, acordando simplemente la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en virtud de la aplicación de una cláusula suelo desde la presentación de la demanda y no desde la publicación de la sentencia como hace el Tribunal Supremo[20]. De todas formas, como se ha puesto de manifiesto por algún autor, en estos casos no se cumple con los presupuestos necesarios para adoptar una medida cautelar dado que no concurre su finalidad principal como es asegurar el pleito, no adelantar el fallo; en esencia, evitar que si la parte demandada resulta condenada, no pueda sustraerse al cumplimiento de la eventual condena, pues, puede darse el caso de que a la hora de enjuiciar una cláusula suelo no se condene a devolver cantidad alguna cuyo pago se pretende asegurar con tal medida cautelar (ACHÓN BRUÑÉN, 2014, 6)[21].

III. LOS INTERESES DE DEMORA. SU EVENTUAL NULIDAD Y EFECTOS

Es habitual pactar en los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades financieras dos clases de intereses: los llamados intereses remuneratorios y los intereses moratorios. Los primeros son «los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo convenido»[22]. Persiguen evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución y retribuir la concesión del préstamo como negocio propio de quien se dedica a esta actividad de modo profesional, siendo de forzosa previsión, conforme al artículo 1755 del Código Civil, ya que si no hay pacto no son exigibles. Mientras que los intereses moratorios —consecuencia del retraso en el cumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario, deudor del capital— «son aquellos que tienen por finalidad la indemnización o el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria»[23]. No tienen naturaleza de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones[24]. Su finalidad es desincentivar o disuadir el incumplimiento y, asimismo, sirve para reparar el daño que el acreedor ha sufrido como consecuencia del impago. De forma que, los intereses de demora solo entran en funcionamiento cuando el deudor incumple gravemente su obligación, mientras que los remuneratorios son los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo pactado.

En todo caso, se puede afirmar que, la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios, contraprestación de la entrega del capital prestado, y los moratorios que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario, determina una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno de estos tipos[25]. Asimismo, conviene precisar que, los intereses remuneratorios o compensatorios nacen del propio contrato, y resultan de obligado cumplimiento según vencen los plazos pactados, respondiendo a la voluntad de regular la productividad del dinero; mientras que, los intereses moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta ulterior del deudor, esto es, del retraso o demora en el cumplimiento del contrato, lo que les convierte en un crédito eventual dependiente

de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada desde el momento del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario[26].

Sobre tales bases, en los intereses moratorios, la mora en que se constituye el deudor, da derecho conforme a lo previsto en el artículo 1106 del Código Civil, a la indemnización de los daños y perjuicios que, el propio retraso en el cumplimiento de la obligación ocasione al acreedor, sin que sea preciso acreditar en el caso de obligaciones pecuniarias la indemnización, ya que se entiende que, consistirá en el abono del interés previsto en el artículo 1108 del Código Civil, es decir, el interés pactado y en su defecto, el legal[27]. En todo caso, la hipoteca que garantiza el capital y los intereses de la deuda sin necesidad de pacto expreso, puede también garantizar los intereses moratorios, si se pacta.

Como señalamos en líneas precedentes podemos afirmar que, las cláusulas de contratos de crédito o préstamos hipotecarios celebrados con entidades de crédito donde el prestatario tiene la condición de consumidor, participan de las notas de predisposición, generalidad e imposición (art. 1.1 LCGC). De forma que, la cláusula de intereses moratorios como condición general de la contratación, una vez superado el previo control de inclusión, puede ser enjuiciado a la luz de lo previsto en los artículos 82 a 90 de la TRLGDCU.

En este contexto, para el control judicial de contenido de las cláusulas contractuales que regulan los intereses remuneratorios y moratorios, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 3 de junio de 2010 (Asunto C-484/08. Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid) señala que «*no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución, y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible*». Por lo que teniendo en cuenta lo anterior, en materia de estipulaciones contractuales reguladoras de los intereses de demora, no tiene lugar la problemática relativa a si pudieran o no ser enjuiciados a la luz de la regulación de protección de consumidores, pues, es claro que no constituyen elementos esenciales del contrato. Con respecto a la cláusula de interés de demora, la sentencia del citado Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11. Caso Ariz), afirma que, el juzgador deberá analizar el caso concreto y comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de este tipo celebrado con consumidores, y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (parágrafo número 74). El Tribunal de Justicia fija, por tanto, los criterios abstractos de interpretación que se deducen del derecho de la Unión (Directiva 93/13/CEE), sin concretar un límite para los intereses de demora, pues esa labor la delega al juez nacional quien conforme a su legislación le corresponderá determinar si una cláusula de interés de demora es o no abusiva.

Sobre tal mandato, nuestros tribunales suelen concretar como posibles criterios para considerar si un tipo de demora es o no abusivo los siguientes: 1. El límite fijo que establece el nuevo artículo 114.3 de la LH (dos con cinco veces el interés legal del dinero)[28]. O simplemente se toma ese límite sin refe-

rencia normativa, o se opta por fijar una cuantía mayor cuatro o cinco veces el interés legal del dinero; o, en fin, se hace referencia a un tanto por ciento anual como módulo orientativo (por ejemplo, el veinte por ciento anual)[29]; 2. Acuden a una comparación con los intereses de naturaleza remuneratorios de manera que, son abusivos aquellos intereses de demora cuya diferencia con los remuneratorios superan en tanto puntos porcentuales[30]; o exceden los intereses moratorios en el doble de la cuantía fijada para los intereses remuneratorios[31]; 3. Otros acuden al artículo 20 de la Ley 16/2011 reiterado en el artículo 89.7 del TRLGCU a la hora de enjuiciar la cuantía de los intereses moratorios; 4. Se concretan determinados porcentajes que, ya de por sí son abusivos por excesivos y por su carácter desequilibrante (24%; 25% o un 29% por ejemplo)[32]; 5. Se considera un interés desproporcionado por elevado no solo en las fechas actuales, sino también en el tiempo en que se concreta el contrato de préstamo o crédito hipotecario[33]; o en fin, lo es para el mercado o en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas del contrato por el Banco de España u otros organismos oficiales[34]; 6. No guarda proporción con el perjuicio real causado al acreedor y, coloca al consumidor en una clara situación de inferioridad, originando un desequilibrio entre las partes contratantes[35]; y, 7. Se ha de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y, asimismo, tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa[36].

Frente a ello, también nos encontramos con resoluciones que optan por el carácter no abusivo de los intereses de demora en base a los siguientes argumentos: 1. No generan posición de desequilibrio por no ser desproporcionado en relación con los intereses de demora existentes en la época en que se firmó el contrato, o, lo que representa el promedio habitual en la práctica bancaria o existente en el mercado. O simplemente, se atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha en que se concertó el contrato o las relativas al caso[37]; 2. En la aplicación estricta de la normativa del Código Civil, y, obviando, en consecuencia, la normativa de consumidores, se señala que, no resultan abusivos ni desproporcionados —aunque puedan ser elevados— al ser la finalidad de estos intereses moratorios el añadir un *plus* de onerosidad para la otra parte que no cumple las obligaciones contractuales asumidas, actuando así como cláusula penal, con la finalidad de estimular el puntual cumplimiento del contrato, dado el sobrecoste que supone. Asimismo, sobre tales bases, se considera que estamos ante un interés no contrario a las exigencias de la buena fe[38]; 3. Enlazando con lo anterior se indica que, en este supuesto rige el principio de autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de lo que las partes han pactado, pues, lo que se sanciona con los intereses moratorios es la falta de pago imputable al deudor, esto es, se indemniza por los perjuicios causado por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Además se trata de intereses libremente pactado por las partes[39]; y, 4. Se considera no abusivo en un análisis comparativo con el interés remuneratorio[40].

En este contexto, apreciado el carácter abusivo de una estipulación de intereses moratorios, la sanción será la nulidad de la cláusula radical y absoluta de la cláusula, su no aplicación. De ahí que, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de junio de 2012, la Ley 3/2014, de 27 de marzo haya procedido a suprimir el apartado 3 del artículo 83 TRLGDCU y, por tanto, la facultad del juez de integrar el contenido del contrato a favor del predisponente por medio de la modificación del contenido

de la cláusula declarada nula por abusiva; debiendo ahora limitarse a dejarla sin efecto, sin aplicación frente al consumidor. Por lo que, ante una eventual declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios en ningún caso cabe la aplicación de mecanismo o alternativas subsidiarias —equivalente a la moderación de la cláusula abusiva o a la integración contractual— que supusieran una merma del efecto disuasorio buscado por la Directiva 93/13/CEE, esencialmente dirigida a prevenir el uso extensivo de las cláusulas presumiblemente abusivas.

Ahora bien, nos encontramos con órganos judiciales que declaran nula la cláusula de interés de demora y la excluyen sin más del contrato, considerando inaplicable cualquier tipo de interés[41]; incluso con la anterior redacción del artículo 83 del TRLGCU mantienen este mismo criterio, al considerar que los contratos obligan no solo a lo pactado, sino también a sus consecuencias, siempre que sean conformes a la buena fe, y, siendo que los intereses moratorios abusivos son contrarios a la buena fe, no procede integración alguna, sino simplemente tener por no puesta la cláusula[42].

Si bien, no faltan también resoluciones que: 1. Alegan que la cláusula contractual relativa a los intereses de demora, cuando se aplican al total del préstamo vencido, tiene naturaleza de cláusula penal, y por tanto, pueden ser susceptibles de moderación judicial de conformidad con el artículo 1154 del Código Civil[43]; 2. O simplemente hacen caso omiso de la doctrina europea y proceden a moderar la cuantía de los intereses moratorios[44]; 3. También las hay que, plantean la posibilidad de recurrir a la opción del recálculo, reduciéndolo su cuantía simplemente[45], o tomando para ello como base normativa lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013[46]. El problema de esta Disposición es que el legislador no está contemplando propiamente los casos en que haya existido una declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, sino los supuestos en que a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 114.3 de la LH, se hubiese fijado la cantidad por la que se solicita el despacho; 4. O después de afirmar que, la nulidad comporta la exclusión de la cláusula, se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a los efectos dos opciones: las que defienden la aplicación del Código Civil (art. 1108)[47]; o las que sostienen la aplicación de la Ley Hipotecaria (art. 114.3)[48]; y, 5. Las que se pronuncian en el sentido de considerar que el efecto de la nulidad de los intereses de demora supone el tener por no puesta la cláusula, su no aplicación[49]; de modo que, no pueden ser trasladados al acreedor la cláusula de intereses moratorios para un nuevo cálculo de los intereses en los términos que, prevé la Disposición Transitoria segunda, sino que las cantidades reclamadas por dichos conceptos deben excluirse sin más[50]; máxime si se tiene en cuenta que a raíz de la reforma del artículo 83, el texto de la citada Disposición no puede interpretarse como permisivo del recalculo —reducción— de los intereses moratorios, sino por su exclusión de la contratación[51].

Por otra parte, la cuestión relativa al alcance de la ineficacia de una cláusula de intereses moratorios declarada abusiva y los efectos de su declaración de nulidad, teniendo en cuenta lo establecido en la citada Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013, no deja de ser una cuestión problemática. De ahí que, el Juez de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Marchena por Auto de 16 de agosto de 2013 plantease con carácter prejudicial a la Corte de Luxemburgo diversas cuestiones. Con fecha de 21 de enero de 2015, la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado sentencia resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por tal Juzgado de Primera

Instancia[52]. Y, al respecto declara que: «*El artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional: 1. No prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y; 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que se aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la citada Directiva*» (parágrafo número 42). En suma, el fallo no declara contraria a la Directiva 93/13 la Disposición Transitoria segunda y, por ende, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que obliga a recalcular las cantidades debidas, siempre que la disposición nacional no impida al juez nacional dejar de aplicar la cláusula en caso de que se aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la Directiva. De forma que, si se declara abusiva una cláusula, al mismo tiempo no se puede recalcularla al triple del interés legal, pues, de acordarse la abusividad, hay que dejar de aplicar la cláusula. En todo caso, no debemos olvidar que, la normativa mencionada no solo se aplica a los contratos con consumidores. En esencia, esta disposición transitoria que, impone al juez una facultad moderadora en forma de recalculo es compatible con la Directiva 93/13 al no coincidir el ámbito de aplicación, y, en consecuencia, de aplicación obligatoria en los procedimientos de ejecución hipotecaria que, se encuentran actualmente en curso.

Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal de Justicia, mediante Auto de la Sala Sexta de 11 de junio de 2015 (Asunto C-602/13) resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander mediante auto de 19 de noviembre de 2013, recibido en el Tribunal de Justicia el 25 de noviembre de 2013, establece al respecto que: «*Los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los interés moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: 1. No prejuzguen la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato y, 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la citada Directiva*». Y, por otra parte, «*la Directiva 93/13 debe interpretase en el sentido de que cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión*». Opera en la línea jurisprudencial consolidada que, cuando se aprecie la abusividad de una cláusula de intereses moratorios, el juez nacional debe declarar la nulidad absoluta de tal cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos sin integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13/CEE. Por lo que, los jueces no deberán recalcular el interés de demora de un préstamo hipotecario, cuando precisamente ese interés se considere abusivo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑEN, M.ª J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de juzgados y tribunales, *La Ley,* año XXXIV, número 8125, 16 de julio, pp. 1-13.

— (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, *La Ley,* año XXXV, número 8366, 3 de julio, pp. 1-8.

— (2015). La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015, *La Ley,* año XXXVI, número 8561, 15 de junio, pp. 1-6.

BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015, *Actualidad Civil,* núm. 3, marzo, pp. 36-51.

CABALLERO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona: Bosch.

CARRASCO PERERA, A., y GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013). La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo sobre «cláusula suelo es inconstitucional», *La Ley,* año XXXIV, número 8159, 30 septiembre, pp. 1-5.

— (2013). La doctrina casacional sobre transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* número 7, pp. 126-163.

CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* número 7, pp. 164-183.

CATENA REAL, R. (2014). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo, *La Ley,* año XXXV, número 8385, 25 de septiembre, pp. 11-15.

CORDERO LOBATO, E. (2013). Nulidad de las cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013), *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* número 6, pp. 129-133.

DOMÍNGUEZ ROMERO, J. (2012). El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima de tipo de interés, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* número 29, julio-diciembre, pp. 829-864.

GARCÍA VILLARRUBIA, M. (2014). La retroacción de efectos derivados de la nulidad contractual, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil,* número 17, pp. 1-4.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C. (2014). La falta de transparencia en la segunda sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusula suelo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 y su voto particular), *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* número 12, pp. 82-91.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 739, septiembre-octubre, pp. 3440-3456.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2015). Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios fijándolos en tres veces el interés legal del dinero cuando la cláusula que las impone es abusiva (STJUE de 21 de enero de 2015), *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* número 13, pp. 27-39.

LLAMAS POMBO, E. (2013). La nulidad de las cláusulas suelo. *Ars Iuris Salamanticensis. Tribuna de Actualidad, vol. 1,* diciembre, pp. 11-17.
MATIES FERRER, M. (2013). Nulidad de la cláusula suelo: Comentario a la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal,* número 5, septiembre, pp. 163-169.
MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* enero-marzo, pp. 295-344.
PERTINEZ VILCHEZ, FCO. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de las cláusulas suelo en contrato de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, *La Ley,* año XXXIV, número 8154, 23 septiembre, pp. 12-16.
— (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret,* pp. 1-28.
PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo, *La Ley,* año XXXVI, número 8547, 26 de mayo, pp. 16-19.
SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2015). El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y su fundamentación técnica, *La Ley,* año XXXVI, número 8491, 2 de marzo, pp. 14-17.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE, Sala 4.ª, 30 de abril de 2014
- STJUE, Sala 1.ª, 21 de enero de 2015
- STJUE, Sala 9.ª, 26 de febrero de 2015
- ATJUE, Sala 6.ª, 11 de junio de 2015
- ATJUE, Sala 6.ª, 8 de julio de 2015
- STJUE, Sala 4.ª, 3 de septiembre de 2015
- STS (Pleno), Sala 1.ª, 9 de mayo de 2013
- STS, Sala 1.ª, de lo Civil, 26 de mayo de 2014
- STS, Sala 1.ª, de lo Civil, 4 de noviembre de 2014
- STS (Pleno), Sala 1.ª, 8 de septiembre de 2014
- STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 24 de marzo de 2015
- STS (Pleno), Sala 1.ª, 25 de marzo de 2015
- STS, Sala 1.ª, de lo Civil, 29 de abril de 2015
- SAP Cáceres, secc. 1.ª, 18 de junio de 2013
- SAPA Badajoz, secc. 3.ª, 14 de enero de 2014
- SAP Jaén, secc. 1.ª, 27 de junio de 2014
- SAP Palencia, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2014
- SAP Córdoba, secc. 1.ª, 27 de enero de 2015
- SAP Valencia, secc. 9.ª, 4 de febrero de 2015
- SAP León, secc. 1.ª, 5 de marzo de 2015
- SAP Huelva, secc. 3.ª, 21 de marzo de 2015
- SAP Ciudad Real, secc. 2.ª, 25 de marzo de 2015
- SAPA Barcelona, secc. 19.ª, 8 de abril de 2015
- SAP Palencia, secc. 1.ª, 30 de abril de 2015
- AAP Alicante, secc. 8.ª, 15 de junio de 2015
- AAP Cantabria, secc. 4.ª, 17 de julio de 2015
- AJPI, núm. 1, Sevilla 28 de octubre de 2013

- AJM, núm. 1, Cádiz, 24 de febrero de 2014
- SJPI, NÚM. 3, Oviedo (Asturias), 29 de junio de 2015

NOTAS

[1] PERTÍNEZ VILCHEZ, FCO. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de las cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la sentencia de 9 de mayo de 2013, *La Ley,* año XXXIV, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013, p. 14; ACHÓN BRUÑEN, M.ª J. (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, *La Ley,* año XXXV, núm. 8366, 31 de julio de 2014, p. 2; CANTENA REAL, R. (2014). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo, *La Ley,* año XXXV, núm. 8385, 25 de septiembre de 2014, p. 13.

[2] FLORS MATÍES J. (2013). *Doctrina jurisprudencial del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 20.

[3] Se formula voto particular por el Excmo. Magistrado don Francisco Javier ORDUÑA MORENO al que se adhiere el Excmo. Magistrado Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ que se formula con la finalidad primordial de que resulte útil o sirva para el mejor estudio y análisis de las consecuencias jurídicas derivadas del control de transparencia. Y, asimismo, en la necesidad de fijar un previo y correcto enfoque metodológico o en clave interpretativa del aspecto a considerar en el control de transparencia, en nuestro caso, de la naturaleza y alcance de la razón de la ineficacia que se deriva de la nulidad de la cláusula por falta de transparencia en el marco de una acción individual de impugnación, especialmente, ante la insuficiencia al respecto que presenta el fundamento técnico que sustenta la presente sentencia de esta Sala consistente bien en una mera remisión en bloque a la fundamentación que para el caso de una acción de cesación se contempló en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, o bien en la abstracta alegación del principio de buena fe, sin concreción alguna al respecto de su proyección en la naturaleza y alcance del control de transparencia. En tal contexto, considera que, el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémicos en las entidades financieras; y que ese riesgo en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado (Segundo). Respecto a la debida diferenciación de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva respecto del fenómeno de la retroactividad señala que, este viene referido a la vigencia de las normas en el tiempo y acontece cuando la nueva ley se aplica a los actos jurídicos realizados bajo la vigencia de la ley antigua y a las situaciones jurídicas producidas bajo la vigencia de la misma, de forma que a través de normas de transición (Derecho transitorio) la nueva ley incorpora las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas afectadas por el cambio legislativo. Sin embargo, en el ámbito de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva nada de esto acontece, pues, la normativa aplicable no establece ninguna suerte de efecto retroactivo al respecto (…). En síntesis, la consecuencia de esta indebida asimilación de los planos señalados, que excede del campo de aplicación, tanto procesal como sustantivo, de la acción de cesación que fue objeto de la sentencia de 9 de mayo, hizo posible que dicha sentencia se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no habían sido parte del proceso (pronunciamiento 10.º del fallo) sin cobertura legal para ello. Cuando lo procedente hubiera sido pronunciarse, respecto a la petición del Ministerio Fiscal, precisándose que el efecto temporal de la sentencia carece de efectos retroactivos, cuestión que no es obstáculo para no estimar el efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas, en los contratos que pudieron resultar afectados por la nulidad declarada de la cláusula suelo, tanto en base a la naturaleza de la acción de cesación ejercitada y con los argumentos que directamente sobre esta cuestión, se esgrimieron, como en que no hubo acumulación de acciones individuales o accesorias al respecto (Cuarto). Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régi-

men de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter «*ex tunc*», esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto (Quinto). Desde esta innegable perspectiva, deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial: 1. En nuestro Código Civil el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso, de la nulidad de la cláusula abusiva. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil; 2. La propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance «*ex tunc*». En relación con la expresión «círculos interesados» y la buena fe considera inasumible que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tuición del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia del proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la «cuadratura del círculo» al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo y sin cobertura legal para ello (Sexto). La presente sentencia declara la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida: que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia, pues, en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas (Séptimo). Por todo ello, concluye que el mensaje que, se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter «*ex tunc*», esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no describe su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicional su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva.

En la línea de esta resolución, se pronuncia este mismo Alto Tribunal, en sentencia, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 29 abril 2015 *(RJ* 2015/2042).

[4] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 18 de junio de 2013 *(JUR* 2013, 243461); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.ª, 18 de junio de 2013 *(AC* 2013, 1479); de la misma Audiencia y sección, de 20 de junio de 2013 *(AC* 2013, 1747); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 14 de enero de 2014 *(AC* 2014, 14); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 10 de febrero de 2014 *(AC* 2014, 493) la limitación de los efectos de la nulidad no viene determinada por el tipo de acción que se ejercite: individual o colectiva, sino por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica; de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2014 *(AC* 2014, 2005); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 17 de noviembre de 2014 *(JUR* 2014, 282950) efectos *ex nunc* desde la sentencia de primera instancia; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 21 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 46438); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 15 de enero de 2015 *(AC* 2015, 409); y, Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, 8 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 126410).

[5] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 9 de julio de 2013 *(AC* 2013, 1538); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.ª, 30 de julio de 2013 *(JUR* 2013,

300401); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.ª, 16 de diciembre de 2013 *(JUR* 2014, 19672), efectos *ex tunc* desde el momento de conclusión del contrato; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 12 de marzo de 2014 *(JUR* 2014, 76962); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 1.ª, 17 de marzo de 2014 *(JUR* 2014, 91823); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 3.ª, 21 de marzo de 2014 *(AC* 2014, 648); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 27 de marzo de 2014 *(AC* 2014, 490) no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.ª, 9 de junio de 2014 *(AC* 2014, 1043); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 1 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 300453); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.ª, 20 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 107955) desde la fecha de celebración del contrato; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 27 de enero de 2015 *(AC* 2015, 421) retroactividad de la nulidad desde la interposición de la demanda; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.ª, 4 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 126568); de la Audiencia Provincial de Alicante, (sección Tribunal de Marca Comunitaria), 26 de febrero de 2015 *(AC* 2015, 711); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 20 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 126360); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.ª, 25 de marzo de 2015 *(AC* 2015, 665); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, 25 de marzo de 2015 *(AC* 2015, 730); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 30 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 141573) devolución de los intereses desde la interposición de la demanda; de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 165524); y, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Oviedo (Asturias) de 29 de junio de 2015 (Id Cendoj: 3304442003201510001) considera que, los afectados no fueron informados adecuadamente y que la estipulación objeto de litigio —una cláusula suelo— que impidió que el interés bajara al 3% cuando el Euribor comenzó a descender en 2009, estaba «camuflada» en el contrato. Y fija como fallo la nulidad por abusiva de la estipulación 3.ª bis «tipo de interés variable» contenida en la escritura de préstamo hipotecario, y la condena a la Caja Rural de Asturias a reintegrar a los actores la totalidad de los excesos de pago que viene abonando desde que comenzó a aplicarse la «cláusula suelo» y hasta que la entidad demandada cese en esa aplicación; sumas que devengarán el interés legal del dinero desde el pago de cada cuota periódica hasta su efectiva restitución por parte de la entidad interpelada.

[6] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.ª, de 12 de junio de 2013 *(AC* 2013, 545); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 20 de junio de 2013 *(AC* 2013, 1747); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, 23 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 121952); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, 5 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 105936); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 21 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 169191); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 23 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 169135); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.ª, 13 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 143518); y de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.ª, 15 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 142337). Asimismo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 28 de enero de 2014 *(AC* 2014, 250).

[7] CORDERO LOBATO, E. (2013). Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 6, p. 132.

[8] ACHÓN BRUÑEN, M.ª J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales, *La Ley,* año XXXIV, número 8127, 16 de julio de 2013, p. 4.

[9] PERTINEZ VILCHEZ, FCO. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, *La Ley,* año XXXIV, número 8154, 23 de septiembre de 2013, p. 15.

[10] ACHÓN BRUÑEN, M.ª J. (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, *La Ley,* año XXXV, número 8366, 31 de julio de 2014, pp. 1-8.

[11] ACHÓN BRUÑEN, M.ª J. (2015). La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015), *La Ley,* año XXXVI, número 8561, 15 de junio de 2015, pp. 3-4.

[12] PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo, *op. cit.,* p. 19. Asimismo, LLAMAS POMBO, E. (2013). La nulidad de las cláusulas suelo, *Ars Iuris Salamanticansis.*

Tribuna de Actualidad, vol. 1, diciembre de 2013, pp. 16-17 señala que, la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no le convence; y, además, la nulidad si es una cuestión de orden público y por tanto, su régimen jurídico no puede acomodarse a consideraciones absolutamente ajenas al contrato; y, MARTÍNEZ GALLEGO E. M.ª (2014). Devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusula suelo declarada nula, *Ars Iuris Salamanticansis. Tribuna de Actualidad, vol. 2,* diciembre de 2014, p. 30 dispone que, el Tribunal Supremo no puede extender los efectos de la cosa juzgada de la sentencia hasta el punto de impedir juicios posteriores que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos; y, asimismo, no alcanza a entender cómo se puede dejar de aplicar por parte de nuestros tribunales normas imperativas de obligada aplicación o cumplimiento como el artículo 1303 del Código Civil. A lo que hay que, añadir que, la jurisprudencia en el sistema español no es fuente del derecho sino que solo lo aplica, y en su caso, interpreta.

[13] GARCÍA VILLARRUBIA, M. (2014). La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil,* número 17, p. 3.

[14] La Ley 2009, 4661; y La Ley 2012, 44084.

[15] La Ley 2010, 244465, y La Ley 2011, 5495.

[16] La Ley 2005, 89743.

[17] La Ley 2012, 43161; y La Ley 2013, 43528.

[18] Desde la perspectiva del interés de los consumidores, forma parte de la finalidad de la Directiva la de reparar a aquellos en sus perjuicios económicos teniendo en cuenta como dice la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11) «*…el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que el consumidor se haya en situación de inferioridad con respecto al profesional*» (apartado 41).

[19] *Vid.,* los Autos del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Sevilla, 28 de octubre de 2013 *(AC* 2014, 402); del Juzgado de lo Mercantil, número 1 bis de Málaga, de 28 de enero de 2014 *(AC* 2014, 250); y, del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de Cádiz de 24 de febrero de 2014 *(JUR* 2015, 195382).

[20] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 27 de enero de 2015 *(AC* 2015, 421); y 30 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 141573).

[21] ACHÓN BRUÑEN, M.ª J. (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, *op. cit.,* p. 6.

[22] MONSERRAT VALERO, A. (1999). Los intereses garantizados por la hipoteca, *Anuario de Derecho Civil, T. LII, Fasc. I,* enero-marzo, p. 16. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de abril de 1992 *(RJ* 1992, 3100), los define como «aquellos intereses pactados entre las partes en virtud del aplazamiento del pago y que tienen carácter retributivo». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 29 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011, 55073) señala que son intereses retributivos y compensatorios «aquellos que se deben por la utilización y goce de una suma de dinero». Y, en fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 13 de abril de 2011 *(AC* 2011, 519) afirma que el interés remuneratorio «persigue evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del trascurso del tiempo previsto para la restitución y retribuir la concesión del préstamo».

[23] ORDÁS ALONSO, M. (2004). *El interés de demora*, Navarra, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 33.

[24] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 2001 *(RJ* 2001, 7141); y, de 4 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 4747); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, 18 de enero de 2001 *(AC* 2003, 1937), que, asimismo, precisa que «el interés de demora por impago tiene el carácter sancionador o de cláusula penal con arreglo al artículo 1152 del Código Civil, bien de indemnización de daños y perjuicios en base a los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, no teniendo la finalidad de remunerar el capital prestado, sino la de penalizar el impago de lo debido»; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, 11 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 100929).

[25] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo 1991 *(RJ* 1991, 2219); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, 17 de febrero de 1992

(AC 1992, 265). Por su parte, la RDGRN de 20 de mayo de 1987 señala que: «la estipulación de los segundos (los moratorios) anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite —tipo impositivo— previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad, cuya ejecución precisará la previa construcción de título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. En cambio, tratándose de los intereses remuneratorios el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado».

[26] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, 17 de septiembre de 2003 *(JUR* 2004, 47499).

[27] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 1991 *(RJ* 1991, 8577); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, 21 de marzo de 1996 *(AC* 1996, 668).

[28] El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.ª, 2 de abril de 2014 *(JUR* 2015, 10213).

[29] *Vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 9 de junio de 2010; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 13 de abril de 2011 *(AC* 2011, 519); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 4 de octubre de 2012 *(JUR* 2012, 371023); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 20 de marzo de 2013; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, 3 de octubre de 2014 *(AC* 2014, 1981); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 10 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 123838); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, 10 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 120759).

[30] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 11 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 186061).

[31] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1360); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.ª, 27 de junio de 2011 *(JUR* 2011, 405556); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.ª, 9 de mayo de 2012 *(JUR* 2012, 220994); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21.ª, 22 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 162282).

[32] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 26 de enero de 2005 (29%) *(AC* 2005, 158); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 10 de mayo de 2013 (24%) *(JUR* 2013, 210576); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 30 de enero de 2015 *(AC* 2015, 429); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 14 de abril de 2010 (29%) *(JUR* 2010, 292111); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 15 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 2029); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 19.ª, 4 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 117412).

[33] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.ª, 8 de julio de 2013 *(AC* 2014, 744); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 11 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 125626).

[34] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, 28 de junio de 2011 *(JUR* 2011, 277465); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 13 de junio de 2013 *(AC* 2013, 1503); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 9 de enero de 2014 *(AC* 2014, 3).

[35] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 7 de mayo de 2013 *(AC* 2013, 2241).

[36] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, 30 de septiembre de 2013 *(JUR* 2013, 353022); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 16 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 1018).

[37] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 5.ª, 8 de marzo de 2002 *(JUR* 2002, 127963); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, 29 de junio de 2011 *(JUR* 2011, 331822); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 23 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 178892); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, 25 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 371707); y los Autos de la Audiencia Provincial de

Murcia, secc. 5.ª, 3 de julio de 2007 *(JUR* 2007, 318990); y, 12 de noviembre de 2009 *(JUR* 2010, 18667).

[38] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.ª, 25 de octubre de 2003 *(JUR* 2004, 26422); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 7 de marzo de 2005 *(AC* 2005, 480); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, 9 de noviembre de 2010 *(AC* 2010, 1840); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 20 de abril de 2011 *(JUR* 2011, 215250); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 31 de julio de 2012 *(AC* 2012, 1241); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, 9 de noviembre de 2012 *(JUR* 2013, 22553); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.ª, 15 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 158538); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 24 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 255268).

[39] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, 4 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 172720); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, 28 de diciembre de 2007 *(AC* 2008, 575); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 10 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011, 46831); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.ª, 19 de mayo de 2011 *(JUR* 2011, 301029); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, 22 de octubre de 2012 *(JUR* 2012, 381590).

[40] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, 6 de septiembre de 2013 *(AC* 2013, 1832); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 3 de febrero de 2014 *(JUR* 2014, 63488).

[41] *Vid.,* las sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 14 de febrero de 2013 *(JUR* 2014, 294177); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.ª, 30 de septiembre de 2013 *(AC* 2013, 1850).

[42] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.ª, 8 de octubre de 2012.

[43] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2010 *(RJ* 2010, 7296); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, 30 de diciembre de 2004 *(JUR* 2005, 55652); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, 22 de febrero de 2010 *(JUR* 2011, 13433).

[44] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, 14 de marzo de 1995 *(AC* 1995, 422); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 21 de octubre de 2002 *(JUR* 2002, 284743); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, 10 de julio de 2003 *(JUR* 2003, 256305); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 30 de mayo de 2011 *(JUR* 2011, 247425); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, 31 de enero de 2014 *(AC* 2014, 214); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.ª, 5 de febrero de 2014 *(JUR* 2014, 103411).

[45] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, 23 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011, 79571); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, 18 de marzo de 2015 *(AC* 2015, 660); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 19.ª, 24 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 1205).

[46] *Vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, 17 de septiembre de 2014 *(JUR* 2015, 4471). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 21 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 1023), señala que no es posible acudir al artículo 114 LH ni a la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 para reducir el interés moratorio.

[47] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 15 septiembre 2000; de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.ª, 12 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 1013); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 14 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 8226). Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, 30 de junio de 2014 *(AC* 2014, 1580), no procede aplicar el artículo 1108 del Código Civil, pues, supone integrar el contrato.

[48] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 15 de enero de 2014 *(JUR* 2014, 103462); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 8 de septiembre de 2014 *(JUR* 2015, 2819); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 10 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 123828); y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 19.ª, 27 de marzo de 2014 *(AC* 2014, 1850).

[49] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1ª, de 22 de abril de 2015 *(RJ* 2015,1360); la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.ª, 14 de noviembre de 2013 *(AC* 2013, 2023); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 15 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 2029).

[50] En este sentido, BALLUGERA GÓMEZ, C. (2014). «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», *La Ley, año XXXV, núm. 8330, 11 de junio*, p. 9. Asimismo, *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 9 de julio de 2012 *(JUR* 2012, 312405); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.ª, 14 de noviembre de 2013 *(AC* 2013, 2023); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 18 de diciembre de 2013 *(AC* 2013, 2097); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 27 de febrero de 2014 *(AC* 2014, 459). Y, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 5, de Cáceres, 23 de enero de 2015.

[51] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 7 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 366222); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.ª, 18 de octubre de 2012 *(JUR* 2012, 391860); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 15 de enero de 2013 *(JUR* 2013, 152811); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, 13 de marzo de 2014 *(JUR* 2014, 91722); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.ª, 15 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 234763); y los Autos de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 7 de julio de 2014 *(AC* 2014, 2033), no procede la aplicación de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, que establece el recalculo de intereses, pues, hay una primacía del Derecho comunitario, y de la interpretación del Derecho de la Unión por un órgano jurisdiccional sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial al TJUE; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, 2 de octubre de 2014 *(AC* 2014, 1863).

[52] Los litigios principales se refieren a diferentes procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados por Unicaja Banco y Caixabank con el objeto de obtener la ejecución forzosa de varias hipotecas constituidas entre el 5 de enero de 2007 y el 20 de agosto de 2010 para garantizar importes comprendidos entre 47.000 euros y 249.000 euros. En el asunto C-482/13, el préstamo hipotecario llevaba aparejados intereses moratorios calculados al tipo de 18%, el cual podía aumenta si, al incrementar en cuatro puntos el tipo de interés variable, resultara el tipo de interés superior a aquel, no pudiendo rebasarse en ningún caso el tope máximo de 25% nominal anual. En los asuntos C-484/13, C-485/13 y C-487/13, los préstamos hipotecarios llevaban aparejados intereses moratorios calculados al tipo del 22,5%. Asimismo, todos los contratos de préstamo a los que se refieren los litigios principales incluyen una cláusula con arreglo a la cual, en caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones de pago, el prestamista puede anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital pendiente, más los intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados. Mediante auto el Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2013 ordenó la acumulación de los asuntos C-482/13 a C-487/13 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento, así como de la sentencia; y, asimismo, mediante autos de 13 de marzo y 3 de octubre de 2014 ordenó separar del presente procedimiento los asuntos C-486/13 y C-483/13, al haberse procedido al archivo de los mismos. Para un análisis de esta sentencia, *Vid.,* BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). «Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015», *Actualidad Civil,* núm. 3, marzo, pp. 36-51.

1.4. Sucesiones

La sustitución fideicomisaria: notas sobre algunas cuestiones prácticas que plantea

Beneficiary substitution: determine its present-day utility

por

PATRICIA ESCRIBANO TORTAJADA

Profesora Doctora de Derecho Civil. Universitat Jaume I de Castellón
Master EEES Familia y Sucesiones UNED

RESUMEN: La sustitución fideicomisaria es una de las cuatro sustituciones reguladas en el Código Civil, junto con la vulgar, la pupilar y la ejemplar. Esta institución ha ido sufriendo diversas transformaciones a lo largo de su historia jurídica: desde el fideicomiso romano, pasando por las vinculaciones perpetuas, su configuración en la promulgación del Código Civil, y por último, la posibilidad de poder gravar la legítima con la misma a favor de hijos o descendientes incapacitados judicialmente. La sustitución fideicomisaria es una institución muy compleja como veremos en las sucesivas páginas, y diversas son las motivaciones que pueden llevar al causante fideicomitente a establecerla en su testamento. En este trabajo vamos a analizar la figura de la sustitución fideicomisaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde su concepto hasta su distinción con figuras afines como puede ser el fideicomiso de residuo, para determinar su utilidad en la actualidad

ABSTRACT: Beneficiary substitution is one of the four types of substitution envisaged by the Spanish Civil Code, together with ordinary and exemplary substitution and substitution of a minor. The said institution has suffered different transformations throughout its legal history: from the Roman fideicommissum hrough perpetual tying-up until its regulation in the Civil Code, where it is now possible to encumber in such a way the legitimate portion of a deceased's estate that descends to judicially incapacitated children or descendants. As will be seen on the following pages, the beneficiary substitution is a very complex institution and there are different reasons that may lead the will making trustor to establish it in his testament. The present study analyses the figure of the beneficiary substitution in the jurisprudence of the Spanish Supreme Court, from its concept up to the distinction from other figures, as might be the fideicommissum residui, in order to determine its present-day utility.

PALABRAS CLAVE: Sustitución fideicomisaria. Testamento. Voluntad del testador. Interpretación.

KEY WORDS: Beneficiary substitution. Testament. Will of the testator. Interpretation.

SUMARIO: I. CONCEPTO Y TIPOS DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIAS. —II. REQUISITOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—III. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—IV. CONTENIDO Y FORMA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—V. LAS FACULTADES DEL FIDUCIARIO.—VI. DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES AFINES. —VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONCEPTO Y TIPOS DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIAS

La sustitución fideicomisaria regulada en los artículos 781 y siguientes del Código Civil, se configura como una disposición testamentaria, por la cual, el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero, todo o una parte de la herencia[1]. Pese a tratarse de una institución sucesoria histórica, a diferencia de otras como las reservas «petrificadas» en el tiempo, ha sufrido alguna modificación, como la operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad[2].

Por otro lado, tal y como señala el artículo 781 del Código Civil, solo serán válidas, siempre que no pasen del segundo grado o que se realicen en favor de personas que estén vivas en el momento del fallecimiento del testador. La STS de 17 de abril de 1964, manifestó que el fideicomiso o la sustitución fideicomisaria suponía «*una masa de bienes con prohibición de enajenar hasta determinado límite, con la específica obligación de conservarlos para transmitirlos, en todo o en parte, a un tercero*»[3]. Por su parte, la STS de 29 de diciembre de 1997, evidencia tanto su escasa regulación, cómo pese a su larga tradición histórica, no había sido objeto de renovada atención, ya que la doctrina y la jurisprudencia se habían centrado en el fideicomiso de residuo[4], en aspectos como las facultades del fiduciario[5], o en la relación con el usufructo[6]. Remarca, además, que todas las cuestiones de capacidad, incapacidad, dignidad y prohibiciones se han de referir al fideicomitente, porque todos los herederos lo son de este no del fiduciario, como constataremos en las líneas siguientes.

El TS en su sentencia de 19 de noviembre de 1964, determinó en su considerando primero que «*si bien el Código admite la sustitución fideicomisaria, lo hace en forma genuinamente restrictiva con tendencia a su total extinción y solo para aquellos casos en que en forma patente e indudable así lo establezca el testador, con designación del heredero fideicomisario y con la limitación del segundo grado en el llamamiento que llevó a la doctrina a sancionar los diversos aforismos jurídicos en la materia, tales como "los hijos puestos en condición, no lo son en sustitución"* o *"in dubium contra fideicomissum"*». Esta resolución ya ponía de manifiesto uno de los requisitos de la sustitución fideicomisaria que como veremos en el siguiente epígrafe es la necesidad de establecerla de forma expresa o, al menos, con la obligación de reservar los bienes fideicomitidos.

En particular, el conflicto se centraba en una disposición testamentaria en el que un hombre dejaba a su esposa el usufructo de sus bienes inmuebles. Cuando falleciera su viuda, tendrían que pasar a manos de la hermana del causante y, al morir esta, a los nietos de la misma, es decir, de su hermana, (reproducimos la cláusula contenida en el considerando segundo) «*por partes iguales y con el derecho de acrecer entre ellos y con la condición de que no podrán disponer de la parte que a cada uno corresponda sino en el caso de tener sucesión legítima*». Los

nietos de la hermana del testador eran los litigantes, y el TS considera que no estaban llamados expresamente a la sucesión, ni se les imponía a sus padres en la misma forma la obligación de conservar los bienes para entregarlos, presupuesto constitutivo de la sustitución fideicomisaria. De todas formas carecería de validez al sobrepasar el segundo grado que menciona el artículo 781 del Código Civil[7].

La doctrina ha criticado algunos aspectos de la redacción del artículo 781 del Código Civil. LACRUZ consideraba impropio hablar de «encargo» cuando realmente es «un gravamen impuesto al fiduciario de modo absoluto». También entendía inexacto hablar de «transmitir» porque «el fiduciario no transmite los bienes al fideicomisario, sino que es la misma ley la que resuelve la titularidad y la atribuye automáticamente al segundo heredero, quedando el primero (a sus sucesores) un deber de entregar materialmente bienes que pertenecen ya a otra persona, al menos en la mayor parte de sus casos»[8]. ROCA SASTRE definía la sustitución fideicomisaria como «la institución de un heredero, con el encargo de conservar y transmitir todo o parte de la herencia a un segundo o ulterior heredero». También entendía que el término «encargo», en palabras textuales suyas, «no es muy ortodoxa» ya que la conservación y transmisión se configura como un gravamen ineludible para el fiduciario. Manifestaba, además, cuestionables los términos «conservar» y «transmitir», en este último caso porque el fideicomisario no es la persona que sucede al fiduciario sino al causante, así que entiende que es preferible «entregar o restituir»[9]. Otro autor que critica dicha redacción es el profesor LASARTE al decir que «no llega ni siquiera a indiciar que el *tercero* contemplado en dicha fase es también heredero (el heredero fideicomisario), al tiempo que, de otra parte, sugiere que la suerte y eficacia de la sustitución depende de *"el encargo"* hecho por el testador al primer llamado, cuando verdaderamente la designación de ambos herederos sucesivos la lleva a cabo el propio testador (o fideicomitente)[10]».

De otra parte, uno de los principios rectores en esta materia es el aforismo *in dubio contra fideicomissum*, es decir, que en caso de duda sobre si la disposición testamentaria puede ser o no una sustitución fideicomisaria, se ha de interpretar en el sentido más favorable a la libertad de los bienes[11]. Hemos de tener presente que los fiduciarios, carecen de la facultad de disponer, por tanto, se está en cierto modo coartando la circulación de la masa hereditaria por establecer el testador el destino que han de tener aunque sea de forma transitoria[12]. Obviamente, cuando se purifique la sustitución, esa prohibición de disponer, en principio, desaparece así que el fideicomisario podrá enajenarlos, donarlos, gravarlos, etc. Como vemos, es una figura restrictiva para las facultades de determinadas personas sobre los bienes hereditarios, de ahí que en caso de duda sobre si realmente estamos ante una sustitución fideicomisaria u otra institución menos restrictiva, ha de prevalecer esta última[13].

Por otro lado, en lo atinente a la diversa tipología de sustituciones fideicomisarias la jurisprudencia ha diferenciado dos tipos: las puras y las condicionales. La STS de 28 de febrero de 1999, las define en los siguientes términos: «*En aquellas, la obligación de conservar y transmitir, impuesta al fiduciario, es categórica, de tal forma que no puede enajenar los bienes que ha recibido con el gravamen de sustitución. Por el contrario, en las sustituciones fideicomisarias condicionales existe la incertidumbre propia de estas determinaciones accesorias de la voluntad. En ellas, el fiduciario puede enajenar los bienes porque pudiera incumplirse la condición resolutoria (si fallece con hijos) con lo que él se convertiría en el último y definitivo propietario de los bienes y por tanto resultarán inatacables las transmisiones que pudiera haber realizado*» (FJ 2.º)[14]. En este supuesto la testadora había dispuesto

que todas las propiedades, fincas y dinero que le correspondían a su muerte y sin tener descendencia, pasaran y recayeran sobre sus hermanos «*otra vez sobre sus hermanos carnales*». Señala el TS que para que pueda «pasar» después del fiduciario a otras personas es necesario que se conserven o que si alguno de ellos se ha enajenado pueda recuperarse si se cumple la condición resolutoria[15]. En la inscripción registral de una de las fincas constaba la existencia de una sustitución fideicomisaria, por tanto, el TS señala que los compradores no podían recurrir a la fe pública registral ya que aparecía la misma inscrita[16].

Normalmente, en las sustituciones fideicomisarias condicionales, este último elemento reside en el fallecimiento con o sin descendencia. Por ejemplo, podemos citar la STS de 15 de diciembre de 2005, donde el testador fallece en 1989 habiendo tenido cuatros hijos, aunque uno de ellos le premurió. El causante había realizado dos testamentos que eran complementarios, uno otorgado en 1892 y otro en 1894. En el primero instituía herederos a sus cuatros hijos por partes iguales, entendiendo que si uno de ellos fallecía sin sucesión, la porción que le correspondía al fallecido pasaría a los que sobrevivieran. En el segundo, determinaba que si sus hijos naturales fallecían sin dejar sucesión, pasarían los bienes que hubieran heredado del otorgante a los herederos intestados del mismo. En 1907 los tres hijos que sobrevivieron a su padre llevan a cabo la partición hereditaria recibiendo cada uno lo que les correspondía. Uno de los tres hermanos fallece en 1956 (sin descendencia), así que los otros dos recibieron lo que este había heredado de su padre y que estaban afectos a la sustitución fideicomisaria que se establecía en el testamento. Uno de los hermanos, en concreto, la hermana había adoptado en 1942 a una niña, mientras que el otro hermano había tenido dos hijos. En 1983 fallece la hermana instituyendo heredera a su hija adoptiva, mientras que en 1960 había fallecido el otro hermano.

El TS es claro y considera que para que un patrimonio pase a otras personas (después del fiduciario) es necesario que se conserve totalmente o que algunos de los bienes enajenados puedan recuperarse si la condición resolutoria se cumple. Señala expresamente que «*Pasa a otro lo que se conserva o lo que se recupera. Si no se mantuviese ya no podría pasar a otros*» (FJ 3.º). Además, clarifica que no es un fideicomiso de residuo porque la testadora no había dicho que de las propiedades, fincas o bienes que mantengan al momento de su muerte pasarán a «…», sino que exige que pasen a los hermanos todas las propiedades que reciba Pascuala, habiendo de conservarlas a favor de los fideicomisarios[17].

II. REQUISITOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Para que pueda hablarse de sustitución fideicomisaria es necesaria la concurrencia de varios requisitos. EL TS ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los elementos esenciales que son necesarios para su existencia y su efectividad. La STS de 2 de marzo de 1935, apuntaba que los requisitos de la sustitución eran «*la doble disposición de una misma herencia o de un legado, la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo*». La STS de 13 de diciembre de 1974, determina que ha de concurrir:

1. Una doble o múltiple vocación hereditaria establecida de forma expresa e inequívoca en el testamento.
2. Que se imponga el gravamen al fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitidos al llamado en segundo lugar a la sucesión.

3. Que se establezca un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado, por el sustituido en primer lugar y el sustituto, «*de forma que venga uno después del otro en trance de continuidad sucesoria*».

En este supuesto, si bien no se designaba nominalmente a los fideicomisarios, podían ser identificados por las circunstancias descritas. La cláusula disponía que se instituyeran herederos de sus bienes a su hermana viva, pasando en el momento de su fallecimiento a todos sus hijos. La cláusula en sí, no es excesivamente extensa, sin embargo, es interesante traer a colación el considerando tercero de la sentencia, que realiza una interpretación de los requisitos segundo y tercero mencionados anteriormente. En lo atinente al segundo señala expresamente que: «*la obligación del fiduciario de conservar los bienes, para que a su fallecimiento se entreguen a los fideicomisarios, si bien constituye un requisito tan ineludible para la estimación de esta clase de sustituciones, que su omisión originaría la ineficacia (S. de 3 de julio de 1881), no precisa, en cambio, que se haya impuesto específicamente en el acto de última voluntad, por ir implícita en el segundo y sucesivo llamamiento*». Por lo que respecta al tercero de los requisitos: «*tanto de los términos gramaticales de la referida cláusula, como de la intención que movió al testador a redactarla, que debe ser tenida en cuenta de forma primordial, a estos efectos, por imperativo de lo dispuesto en el 675 del Código Civil, (…) se desprende que en ella se observó el "ordo sucessibus", exigido a tales fines, toda vez que la utilización del gerundio pasando-derivado del verbo "pasar", que significa, según el Diccionario Oficial de la Lengua, "transmitir, transferir o trasladar una cosa de un sujeto a otro", relacionado con la oración de que forma parte, denota que lo que se transmite es "la mitad de todo el haber del* de cuius*", que deberá ser recibido por todos los hijos de la heredera "por muerte de la misma", pasando previamente por ella, con lo que dicha señora fue instituida "*ad tempus*" y sin goce del "*ius disponiendi*"»*[18]*.

El artículo 783 del Código Civil señala de forma precisa que para que sean válidos los llamamientos de la sustitución fideicomisaria, es necesario que se haga constar de forma expresa. Por ejemplo, la STS de 17 de enero de 1968, considera que el testamento no contenía una sustitución fideicomisaria, porque no se le daba dicho nombre; ni se le establecía al instituido la obligación de entregar los bienes a su hermano, ni el testamento contenía un llamamiento expreso para que el recurrente entrara a ser heredero después que su hermano dejara de serlo por su fallecimiento. La cláusula que se discutía era la siguiente: «*que en sus bienes, créditos, derechos y acciones, presentes y futuras instituye por su heredero, con un tercio y medio de mejora a su hijo…y si este falleciese le sustituya con los mismos derechos su otro hijo…., y en caso de fallecer este que recaen los mismos derechos en su hija de más edad y a falta de esta la que le sigue y así sucesivamente hasta la más joven*». Por tanto, entiende que del testamento no puede inferirse la existencia de la misma y, que el concepto de sustitución que emplea es el común a todas las sustituciones reguladas en el del Código Civil.

Anteriormente, la STS de 20 de abril de 1951, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, por considerar que la cláusula impugnada no era una sustitución fideicomisaria, dado que no que se imponía la obligación terminante de entregar los bienes. El TS concluye que según el artículo 785 del Código Civil, si a las sustituciones fideicomisarias no se les da ese nombre en el testamento, se ha de imponer al primer nombrado «*la obligación terminante de entregar los bienes al segundo heredero, donde se ve, que el Código no se contenta con establecer tal obligación sino que con la palabra "terminante"*

quiere darle un carácter absoluto que no admita excepciones ni reservas, de modo que establezca a favor del fideicomisario un derecho fijo adquirido desde la muerte del testador, según el artículo 784 del mismo Código y que no dependa de la voluntad del fiduciario…».

Otra de las cuestiones esenciales en materia de sustituciones fideicomisarias es lo que ha de entenderse por grado, dado que si pasan del segundo no serán válidas. Pues bien la STS de 23 de junio de 1940, hubo de resolver el significado de «segundo grado», dado que los recurrentes entendían que se referían a «grado de parentesco» mientras que el tribunal de instancia se refería a «sustitución o llamamiento»[19]. En este supuesto existían varios testamentos impugnados donde se ordenaban dos instituciones sucesivas de usufructo vitalicio y una de propiedad plena, por tanto, se debía aplicar el artículo 787 del Código Civil que remite al artículo 781. Pues bien, el TS en su considerando 6.º determina que la base 16.ª de las Leyes de Bases señalaba que las sustituciones no podían pasar, ni siquiera en línea directa de la segunda generación, pensando en el caso que tuviera carácter familiar. Sin embargo, no era nota básica ya que «*claramente daba a entender que la razón del límite de la sustitución estaba en la idea de tiempo más que en la condición o relación de las personas al admitir que se pudieran hacer las sustituciones en favor de indefinido número de ellas cuanto todas viviesen al tiempo del fallecimiento del testador*». Matiza que los redactores del artículo 781 del Código Civil, al eliminar o prescindir de la expresión «ni aun en la línea directa», que se contenía en la base 16.ª y sustituir «generación» por «grado», buscaban eliminar los equívocos que se presentaban, excluyendo la idea de parentesco, «*ya que a este había que referir la expresión "línea directa" y además porque "generación", lo mismo en términos legales que en el lenguaje corriente, indica sucesión en línea recta, en tanto que "grado" en el lenguaje usual se aplica y en el jurídico venía utilizándose, según antes se dice, para expresar orden sucesivo, como lo muestra el modo adverbial "de grado en grado"*»[20].

A pesar de haber existido también esta discusión en el ámbito doctrinal, en la actualidad se entiende como llamamiento. Esto permite que, además, del primer instituido, el testador pueda llamar a dos personas más, si todavía no viven. RIVAS MARTÍNEZ sintetiza muy bien esta disparidad doctrinal que existía al respecto. Explica que existen dos líneas: la minoritaria y la mayoritaria. La primera entiende que en el llamamiento se incluye el fiduciario por lo que consume un grado. Esto implicaría que solo puede existir otro llamamiento efectivo, es decir, el fiduciario computaría un grado, el fideicomisario el segundo. La doctrina mayoritaria entiende que el grado o el llamamiento hacen referencia a los sustitutos y no al fiduciario, por tanto, se producirá el llamamiento a este que heredará y tendrá la obligación de conservar para otro heredero, el cual posteriormente deberá entregar al fideicomisario[21]. La jurisprudencia así lo reitera: la STS de 22 de noviembre de 2010, en su FJ 6.º mantiene que: «*así la jurisprudencia ha entendido grado en el sentido de llamamiento efectivo de fideicomisarios, es decir transmisión, de modo que caben dos transmisiones sin contar con la del fiduciario inicial*». Según manifiesta algún autor, esto permite que sean fideicomisarios los *concepturi*, conceptuándose como una excepción a la regla de la ineficacia de los llamamientos sucesorios de las personas no nacidas[22].

Por otro lado, el artículo 786 del Código Civil determina que la nulidad de la sustitución no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento. Se tendrá únicamente por no escrita la cláusula fideicomisaria, y los permitidos por el del Código Civil serán válidos[23]. Si el artículo 781 del Código Civil impone que las sustituciones no han de pasar del segundo grado

o hacerse favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, intenta evitar que se produzcan vinculaciones perpetuas de bienes. En último caso, establece una especie de límite temporal, aquí no limita al segundo grado, pero la vinculación alcanzará la vida del último llamado.

III. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

En lo atinente a las personas que pueden intervenir en la sustitución fideicomisaria, hemos de señalar que el fideicomitente es el sujeto que establece la sustitución en el testamento. El fiduciario es el obligado a conservar los bienes hereditarios de la herencia (también lo serían los herederos sucesivos) y, el fideicomisario la persona o personas que recibirán los bienes fideicomitidos, en último término, y que no tienen ya que conservar los bienes hereditarios. Esta sería la estructura más sencilla que puede darse en la práctica. Sin embargo, hay supuestos realmente complejos en los que la articulación de la sustitución fideicomisaria llega a comprender incluso varias líneas familiares. Digno de mencionar es el caso sobre el que tuvo que pronunciarse el TS en su sentencia de 17 de julio de 1991, en el cual existía un testamento ológrafo, una memoria testamentaria y un codicilo ológrafo. Solo para calibrar el complejo contenido de algunos testamentos, subrayaremos en estas líneas las cláusulas sobre las que se discutía, descritas en el fundamento jurídico tercero de la resolución.

a) Testamento ológrafo, cláusula 6.ª: «*lego el sobrante del quinto y constituyo la mejora del tercio de todos mis bienes derechos y acciones en favor de mi hija doña María A. y M., los hijos de la misma y nietos… bajo las condiciones siguientes: 1.ª) que la mejorada y legataria ha de poseer los bienes de estas mandas, esto es, su importe solo en usufructo, reservando la nuda propiedad para sus hijos y nietos. De no tenerlos para sus sobrinos carnales o hijos de estos con derecho de acrecer entre todos en sus respectivos lugares*».
b) Codicilo: «*…reproduzco mi voluntad en esta parte, adicionando, que si las tres generaciones falleciesen sin sucesión, los bienes en que consistan el tercio y el sobrante del quinto pasen a los descendientes de mi hija doña Isabel A. M. Las expresadas mandas del sobrante del quinto y mejora del tercio se han de entender solo en usufructo, así para mi hija como para los suyos, esto es, mis nietos y la nuda propiedad queda reservada para mis bisnietos;… queda pues sustituido todo lo demás de la cláusula 6.ª del testamento con lo que ahora determino*».
c) Memoria testamentaria «*queda en su integridad todo lo demás en esta cláusula de mi codicilo se establece*».

Apréciese el doble llamamiento por parte de la causante, establecido en dos líneas familiares o de parentesco; indica el alto Tribunal que la primera en favor de su hija María, en usufructo. A los hijos y descendientes, les reserva la nuda propiedad. Caso de que no los tenga, pasará a los sobrinos o hijos de los mismos. Sin embargo, esta voluntad se complementa con lo dispuesto en el codicilo. La segunda en favor de su hija Isabel y los descendientes de esta, si no existen hijos y nietos del primer llamamiento. Pero aquí, la voluntad difiere, porque el usufructo se le conferiría a su hija y sus nietos, y la nuda propiedad a sus bisnietos. Como declara el TS existen diferencias en los llamamientos por la rectificación del Codicilo que «*devienen evidentes pues las diferencias que existen entre el pri-*

mer llamamiento a favor de la familia de doña María y el segundo a favor de la familia de doña M.ª Isabel, pues en el primer llamamiento por la rectificación del Codicilo, es claro, existe un llamamiento sucesivo y sin limitación alguna a favor de los descendientes de las tres generaciones llamadas, puesto que se habla en el caso de que falleciesen, sin sucesión, mientras que en el llamamiento que se hace en favor de su hija Isabel, expresamente, se hace constar que el usufructo ha de conferirse tanto a su hija como para sus nietos, de la testadora, reservándose, pues, la nuda propiedad para sus bisnietos, de la propia causante, expresión esta que se individualiza de tal forma, que no cabe, pues, interpretarla en cualquier sentido de prolongación a favor de los descendientes de tales bisnietos» (FJ 5.º)[24].

La STS de 29 de diciembre de 1997, ya mencionada, ventilaba una sustitución que no recaía sobre la propiedad sino sobre el usufructo. En este sentido, traemos a colación aquí esta resolución porque también expresa los requisitos personales de esta institución. Los hechos son los siguientes: Pedro se casa con Agustina sin que del matrimonio nacieran hijos. Este tenía una intensa amistad con Tomás, abuelo del actor. Cuando Tomás falleció Pedro se hizo cargo de Luis (hijo de Tomás), con el cual estuvo conviviendo hasta su fallecimiento, incluso con su viuda. Luis se casó con María Asunción (que es la recurrente en casación), a los cuales no les sobrevivió descendientes. Pedro había otorgado un último testamento antes de morir (el tercero). En este se contenía la siguiente cláusula: «*… instituye única heredera usufructuaria a su esposa doña Agustina, disponiendo que muerta esta, pasarán, también en usufructo los bienes a don Luis E. V., y por fallecimiento de este sería heredera usufructuaria su esposa doña María Ll. C., y muertos estos dos últimos, dejando sucesión legítima, recaerán en ella todos los bienes en pleno dominio, y caso de no dejar descendientes sería heredera el alma del testador*». El testador fallece en octubre de 1925, en abril de 1939 falleció su viuda y primera heredera, es decir, Agustina. Pero en 1933 Luis había disuelto su matrimonio. Este mismo año se casa con Concepción, con la que tuvo dos hijos José Luis (demandante y recurrido en casación) y Luis Enrique (codemandado). Luis y Concepción fallecen en 1963 y 1967 respectivamente, en 1983, María Asunción acepta la herencia como usufructuaria. El litigio, en resumen, se centra en si los fideicomisarios últimos son José Luis y Luis Enrique o, si antes bien, es el «alma del testador».

El FJ 2.º segundo la sentencia es importante ya que establece cuándo han de determinarse los requisitos de capacidad, indignidad, etc. Así manifiesta que*: causante-testador, fideicomitente dispone un múltiple llamamiento a sucesivos herederos, que pueden serlo en usufructo sin perjuicio del momento en que se purifique el fideicomiso en un único titular pleno; dicha múltiple institución de heredero sigue el ordo sucessivus que ha señalado, pero siempre todos los herederos lo son del fideicomitente, no del fiduciario; el primero solo es fiduciario, el último solo fideicomisario con cuya adquisición purifica el fideicomisario y los intermedios son fideicomisario respecto al anterior y fiduciario respecto al posterior. Siempre el fideicomisario como tal, intermedio o final, es heredero del fideicomitente, no del fiduciario: de lo cual no solo no hay duda, sino que lo expresa claramente la Sentencia de 22 de noviembre de 1996 (fundamento 1.º, párrafo 2.º): ha de destacarse desde ahora que, en el actual momento normativo, resulta también indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario. Por lo cual, todas las cuestiones de capacidad, incapacidad, dignidad y prohibiciones vienen referidas exclusivamente al fideicomitente*».

¿Cómo interpreta el TS la cláusula litigiosa? Pues bien, después de calificar como «absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675 del Código Ci-

vil» la sentencia recurrida, explica que el testamento del fideicomitente (Pedro), es de 16 de octubre de 1925, el cual falleció justo tres días después, así que el momento en que ha de interpretarse es en dichas fechas[25].

IV. CONTENIDO Y FORMA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Por lo que respecta a la forma que ha de revestir la sustitución fideicomisaria, sabemos que ha de establecerse de forma expresa en el testamento. No obstante, se cuestiona si puede recaer sobre un legado, ha de ser siempre en la herencia, o si puede versar sobre un usufructo o una donación[26].

El TS en sentencia de 28 de junio de 2002, resolvió el siguiente supuesto de hecho: en 1965 se realiza un contrato de donación en escritura pública, por el cual los donantes, donan a su hijo adoptivo varias fincas que tenían el carácter de ganancial. La donación, calificada de condicional, con prohibición de disponer, implicaba que a la muerte del donatario, las fincas habían de pasar a sus descendientes legítimos y, si falleciera sin dejarlos, a sus padres (los donantes). Si le premurieran, la mitad pasaría a los sobrinos del padre y la otra mitad a los sobrinos de la madre.

Los donantes premurieron al donatario, el cual falleció en 1980 dejando un hijo adoptivo. La cuestión que se planteaba era que si el hijo adoptivo adquiriría o no, los bienes, o al no ser descendiente biológico, los sobrinos serían los beneficiarios.

El TS califica el acuerdo como sustitución fideicomisaria condicional, no como donación, en la que concurría una doble condición: si muere con hijos, los fideicomisarios sería estos; si por el contrario falleciera sin hijos, los serían los sobrinos. Señala, a mayor abundamiento que el donatario fiduciario carecía, implícitamente, de poder de disposición.

Es decir, la esencia es la forma de la sustitución fideicomisaria. El del Código Civil, explica, solo regula en la herencia o en legado dispuesto en sucesión testada. Sin embargo, dada la transcendencia de la institución en la Compilación catalana de 1960 se regulaba expresamente esta institución en testamento, codicilo, heredamiento y en donación, manteniéndose en el Código de Sucesiones de 1991. Pero considera que «*cabe establecerse en el contrato de donación regulado en el Código Civil en base al principio de autonomía de la voluntad, esencial en Derecho de obligaciones y proclamado explícitamente en el artículo 1255; además de que viene referida, con terminología impropia, en el artículo 641*» (FJ 2.º)[27].

En este caso, al afirmarse que se había cumplido la primera condición, es decir, que el fiduciario había fallecido con un hijo, este sería el fideicomisario. Por tanto, el fideicomiso se purificaría. El TS considera que después de la entrada en vigor de la Constitución Española, no se puede producir ningún tipo de discriminación respecto los hijos, así que es indiferente que sea adoptivo o no[28].

Por otro lado, la STS de 22 de noviembre de 2010, ya mencionada, se pronuncia sobre la admisibilidad del usufructo sucesivo sin atribución de la propiedad, hasta que se consolide. Asevera que dicha posibilidad está prevista en el artículo 787 del Código Civil, que se remite a su vez al artículo 781; subraya su semejanza con las instituciones en usufructo históricas, y finalmente, advierte que *otra cosa son los remedios que la legislación establezca en estos casos, pero no puede dudarse que la institución en usufructos sucesivos es posible, está previsto en el artículo 787 del Código Civil que se remite a lo dispuesto para las sustituciones fideicomisarias* (FJ 4.º).

Por lo que respecta a los legados, no concurre controversia alguna, ya que son numerosas las sentencias sobre sustituciones fideicomisarias respecto legados. Por ejemplo, la STS de 2 de marzo de 1935.

V. LAS FACULTADES DEL FIDUCIARIO

Ya hemos subrayado que el fiduciario es un verdadero heredero, sin embargo, no es un heredero que tenga plenas facultades sobre los bienes hereditarios, porque ha de conservarlos para entregarlos al fideicomisario y, por tanto, no podrá disponer de ellos[29]. Así lo prevé, expresamente, el artículo 783 del Código Civil, añadiendo que tendrá que entregar la herencia sin otras deducciones que las que le corresponda por los gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

La STS de 28 de febrero de 1996, lo estableció de forma muy contundente en su FJ 2.º «*Siendo doctrina consolidada, que el fiduciario no puede disponer de los bienes hereditarios sin más y por sí solo; sí puede, por supuesto, disponer de su titularidad o propiedad en las circunstancias en las que la tiene, es decir, limitada en el tiempo, ya que es dueño mientras que el fideicomiso dure, y quien la reciba será dueño mientras que le hubiese correspondido serlo al fiduciario; después habrá que aceptar, o que el fiduciario (o sus herederos) recobren los bienes fideicomitidos para entregarlos al fideicomisario, o que directamente se los entregue este a quien entonces lo tuviere en su poder. El fiduciario puede por tanto disponer, por sí solo, de su propiedad temporal, pero siempre con el gravamen fideicomisario, lo que no puede es disponer de los bienes como libres*».

Muchos años antes, la STS de 19 de mayo de 1952 se pronunció sobre la prórroga de un contrato de arrendamiento suscrita por el fiduciario, sin autorización ni aprobación por el actor y heredero fideicomisario. El TS manifiesta que, si bien dicha prórroga le podía beneficiar, ya que gracias a ella aumentó el precio, lo cierto es que «*la prórroga del arriendo por once años puede llegar a revestir los caracteres de un derecho real, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, cercenando o limitando por actos del fiduciario el derecho del fideicomisario a recibir los bienes libres de gravamen, tal como aquel los recibió del fideicomitente*».

Pero ¿qué ocurre si el fiduciario está en una difícil situación económica y su estabilidad dependiera de la disposición de los bienes? ¿No estaría autorizado a materializarla? Entendemos, por una parte, que carece de potestad para realizar actos a título gratuito, de modo que lo que comporta más interrogantes son los actos a título oneroso. En este sentido, manifiestan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS que dependerá de la existencia o no de los fideicomisarios: si no están determinados podría recurrir a la autorización judicial. En caso contrario, debería instar su consentimiento[30]. Dejar la decisión última a los fideicomisarios, si a estos les moviera un interés patrimonial en detrimento de las necesidades del fiduciario, es un tanto dudoso. De este modo, podría verse privado de una solución más o menos inmediata para paliar sus necesidades, sobre todo teniendo en cuenta que el fiduciario es realmente heredero. Por tanto, consideramos que en caso de negativa de aquellos, este podría acudir a la vía judicial para solicitar autorización[31].

Por otro parte, ha sido criticado el artículo 783 del Código Civil cuando declara que el fiduciario ha de entregar la herencia sin otras deducciones que las que correspondan por los gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador

hubiera dispuesto otra cosa. En este punto, el del Código Civil deja ayuna de regulación jurídica la posición del fiduciario[32]. Tampoco determina qué ocurrirá con las deudas y cargas de la herencia: ¿tiene obligación de aceptar a beneficio de inventario o puedo hacerlo de forma pura y simple? En este sentido, si ha de solventarse las deudas en el momento en que el fiduciario hereda, parece que el fideicomisario ya la recibiría libre de cargas y deudas[33]. ALBALADEJO mantiene que siendo sucesivamente herederos el fiduciario y el fideicomisario, a cada uno le corresponde, la responsabilidad que según el del Código Civil alcanza al heredero. Por tanto, si ambos aceptaron pura y simplemente responden «durante su mandato», de las deudas y cargas de la herencia con los bienes de la herencia y los suyos propios. Aunque el fiduciario podría resarcirse cuando entregara la herencia[34].

VI. DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES AFINES

El TS ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto las diferencias existentes entre la sustitución fideicomisaria y otras figuras afines. Así, en la STS de 13 de noviembre de 1948[35], estableció las diferencias entre la institución analizada y la sustitución fideicomisaria de residuo. La STS, en su primer considerando, ya ponía de manifiesto la problemática sobre su régimen jurídico: es decir, si a la disposición testamentaria de residuo, le es aplicable el régimen jurídico de la sustitución fideicomisaria, ya que respecto a aquella no había regulación en el del Código Civil; o si por el contrario, eran figuras distintas y, por tanto, tenían una regulación diferente.

En el segundo considerando señala que ambas instituciones están presididas por la «*nota común de una doble vocación o llamamiento sucesivo en el disfrute de los bienes hereditarios, a los que el testador imprime una trayectoria que mientras subsista válidamente impide la apertura de la sucesión intestada por el respeto debido a la voluntad del causante, en tanto no invada la esfera de derecho prohibitivo*». Una vez que pone de manifiesto su finalidad empieza a determinar ya sus diferencias. Apunta que el fideicomiso de residuo no puede identificarse «*de forma genuina*» con la sustitución fideicomisaria, aunque se entienda comprendida en el último párrafo del artículo 783, por las razones siguientes: La primera es que en la sustitución, el sustituto adquiere su derecho desde el mismo momento del fallecimiento del testador, según estipula el artículo 784 del Código Civil. En el fideicomiso de residuo solo hay una mera expectativa o es eventual, ya que habrá que esperar a que el fiduciario no haya dispuesto de todos los bienes (condición suspensiva), al llegar el día de su muerte (institución a término incierto). Es decir, el sustituto fideicomisario adquiere el derecho a la nuda propiedad de los bienes, desde el mismo día del fallecimiento del testador, derecho que se consolidará cuando fallezca el fiduciario. Mientras que en el caso del sustituto de residuo, no adquiere ningún derecho a la sucesión hasta que fallece el primer llamado, porque es en ese momento, si se cumple la condición suspensiva cuando su derecho puede «*devenir perfecto*». Si la condición no se cumple, no nacería su derecho.

La segunda de las diferencias a las que alude la resolución, es que en la sustitución fideicomisaria hay obligación de conservar los bienes de la herencia y transmitirlos a la persona correspondiente, en el momento en que lo haya establecido el fideicomitente. Por su parte, en la de residuo, el fiduciario puede disponer de los bienes mediante actos *inter vivos* y, si así lo ha establecido el testador expresamente, también podría realizar actos de disposición *mortis causa*.

Textualmente dispone en su considerando tercero que «*estas diferencias esenciales afectan a la causa inmediata del nacimiento, extensión y efectos del legado de residuo, como derecho de positivo contenido económico, y llevan a una construcción técnica que no encaja del todo en el marco de la típica sustitución fideicomisaria*». Insiste en que en esta última el derecho hereditario queda perfeccionado desde el momento de la muerte del testador, como si hubiera sido llamado por sustitución vulgar. En la de residuo no, porque hay una expectativa que solo se consolidará si a la muerte del fiduciario quedan bienes; en su defecto no se perfeccionará su derecho o expectativa.

En el supuesto de hecho, el TS señala que el testador solo había previsto en su testamento que el primer llamado disfrutase y dispusiese de sus bienes, llamando de forma sucesiva a la propiedad de los que hubiesen quedado en el momento del fallecimiento sin descendencia del instituido a sus tres sobrinos. De ahí que considere que no hay ningún elemento que permita interpretar el testamento en el sentido de dar a la cláusula de residuo el alcance de la sustitución vulgar, por premoriencia del fiduciario, así que desestima el recurso. Finaliza trayendo a colación las SSTS de 13 de febrero de 1943 y la de 28 de junio de 1947, al resolver casos similares, declarando que «*la cláusula de residuo precisa para su eficacia que los bienes hereditarios entren en el patrimonio del primer instituido y que al morir este no hubiera dispuesto de su totalidad*»[36].

La STS de 1 de diciembre de 1951[37], incide sobre un supuesto en el que el recurrente consideraba que el fiduciario no tenía facultades para disponer de los bienes *mortis causa,* y por tanto, la causante se había excedido al otorgarle dichas facultades en su testamento. Contenía una cláusula en la que se nombraba a su sobrino heredero de todos sus bienes, en pleno dominio. Le facultaba, además, para disponer de ellos tanto *inter vivos* como *mortis causa.* Si el heredero premuriera a la testadora, o posteriormente, sin descendientes, los bienes que hubiera heredado y de los que no hubiera dispuesto, pasarían en usufructo vitalicio a su mujer, y al fallecer esta a los hijos de N. V. T. El TS declara que «*el heredero fue expresamente facultado para disponer* mortis causa, *aun muriendo sin descendencia legítima; que tal autorización, aunque no sea usual, hay que sostenerla, por lo mismo que no hay precepto que la prohíba; sin que por ello se lesionen intereses legítimos de los fideicomisarios presuntos, que solo ostentan una expectativa de derecho, pendiente de que la condición se cumpla, ni se desvirtúe la institución; porque siendo esta libre, solo al testador corresponde configurarla sin sujeción a normas ajenas a su voluntad*».

También ha tenido la oportunidad el Alto Tribunal de establecer las diferencias entre la sustitución fideicomisaria y la sustitución vulgar. Esta última, prevista en los artículos 774 del Código Civil y siguientes, se configura como una de las disposiciones testamentarias más frecuentes. Ha sido definida como «la disposición testamentaria en cuya virtud el causante, previendo que el llamado a la herencia (o uno de ellos) no llegue realmente a adquirirla, designa a una o varias personas más que, en su caso, subentrarán en la posición del heredero»[38]. El TS también se ha pronunciado sobre las discrepancias entre la sustitución vulgar y la fideicomisaria. En la STS de 25 de abril de 1983, se planteaba qué figura recaía sobre la siguiente cláusula cuarta de un testamento: «*instituye heredero universal a su requerido esposo Antonio el cual podrá disponer libremente de los bienes por actos intervivos, en el caso de haber agotado por necesidad los privativos del mismo, siendo sustituido en cuanto al patrimonio de que no hubiera dispuesto con arreglo a la norma anterior, por los sobrinos carnales de la testadora, don Emilio y doña Iluminada, los cuales, a su vez, serán sustituidos, en el caso*

de premoriencia, por sus descendientes legítimos». Los demandantes interpretaban que se trataba de una situación vulgar. Pues bien, el TS estima que: «*no puede decirse que exista una sustitución vulgar porque esta, según el artículo 774 requiere la facultad de sustituir al heredero instituido para el caso de premoriencia o cuando no quiera o no puede aceptar la herencia, mientras que en el caso que se examina, existe una institución de heredero universal con unos sustitutos, no "en lugar de", sino "después de", encajable con sus propias características, en el mecanismo de la sustitución fideicomisaria, en la que el fiduciario (heredero) no tiene obligación de conservar puesto que está expresamente autorizado para disponer libremente de los bienes, por acto intervivos, en el caso de haber agotado por necesidad, los suyos privativos, por lo que los fideicomisarios (sustitutos) no tienen derecho a la totalidad de la herencia, sino solamente a aquello que quede, de quedar algo, si se hace uso de la facultad de disposición concedida por la testadora. Es decir, se trata de una sustitución fideicomisaria o fideicomiso de residuo, supuesto que permite el artículo 783 en su párr. 2.º, donde, después de establecer que "el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras", añade "salvo en caso en que el testador haya dispuesto otra cosa": que es lo que aquí sucedió, con la modalidad de "fideicomiso de si queda" o de "*si aliquid supererit" *a la manera contemplada en la sentencia de 23 de diciembre de 1982 ajeno a la institución condicional en sentido estricto del artículo 790 que, consiguientemente no tenía por qué aplicarse, en contra de lo que sostiene el motivo que se examina, pues los llamamientos de los sustitutos son ciertos desde la muerte del testador ya que a nada están condicionados, como tales, ni siquiera a su personal existencia, desde el momento en que tienen designados sus propios sustitutos; y lo único incierto es la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo (a diferencia de lo que sucede en el fideicomiso "*de eo quod supererit"» (Cdo 2.º).

ALBALADEJO, por su parte, considera que la sustitución fideicomisaria y la vulgar no son dispares, sino que aquella es más amplia que esta porque la vulgar, si hereda el primero, la herencia se quedará en sus manos, pasando el día que fallezca a sus sucesores como parte integrante de su propia herencia. En la sustitución fideicomisaria aunque herede el primero, se quiere que posteriormente pase la herencia a un segundo. En la vulgar, tal y como manifestaba, se es heredero «en vez de otro», mientras que en la fideicomisaria, «después de» otro[39].

VII. CONCLUSIONES

I. Como hemos podido constatar con la jurisprudencia analizada, la sustitución fideicomisaria es una institución muy compleja. La labor interpretativa de las cláusulas testamentarias por parte de nuestros tribunales es encomiable, porque como hemos apreciado, la dificultad de algunas de ellas era considerable.

II. La parca regulación de nuestro Código Civil, a diferencia por ejemplo de la normativa catalana, no ayuda a aportar soluciones, sino que desde nuestro punto de vista contribuye a agravarlos más. Por tanto, si queremos mantenerla en nuestro Ordenamiento, debería el legislador plantearse su regulación pormenorizada.

III. Esta institución, como otras en materia de Derecho de Sucesiones, requiere un replanteamiento en la actualidad, para darle acomodo a las necesi-

dades sociales. Si bien es cierto, que la modificación realizada en el año 2003, tenía una finalidad positiva, los problemas prácticos pueden superar, incluso, sus ventajas. Por tanto, esta solo es una de las instituciones sucesorias que han de someterse a revisión, dado que nuestro Derecho sucesorio no es acorde a una sociedad del siglo XXI.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1991). Comentario al artículo 781, *Comentario del Código Civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid.

COSTAS RODAL, L., (2009). Las sustituciones, *Derecho de Sucesiones*, Práctica Jurídica, Tecnos, Madrid, pp. 331-390.

DÍAZ ALABART, S., (2006). La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitados judicialmente (art. 808 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol, Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1045-1061.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones, vol. IV, tomo II,* Tecnos, Madrid, 11.ª ed.

DONADO VARA, A. (2006). Reflexiones en torno a la sustitución fideicomisaria a la luz de la Ley 41/2003, *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola, Tomo II,* Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, pp. 1925-1937.

GARRIDO MELERO, M., (2001). Los fideicomisos, *Instituciones de Derecho Privado, tomo V, Derecho de Sucesiones, vol. 1,* Thomson Civitas y Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 725-1084.

LACRUZ BERDEJO, J. L., (1988). *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones,* Bosch, Barcelona.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII,* Marcial Pons, Madrid, 9.ª ed.

MORETÓN SANZ, M.ª F. (2005). Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 687, pp. 61-115.

MORETÓN SANZ, M.ª F. (2011). El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional si *sine liberis decceserit:* igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 723, pp. 550-568.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., Capítulo IX, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral, Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1115-1217.

ROCA SASTRE, R. M.ª (2009). La sustitución fideicomisaria en el Derecho Común y en el Derecho Foral, *Estudios de Derecho Privado, vol. II, Sucesiones*, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, pp. 65-97.

— (1981). El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil, *Estudios sobre Sucesiones*, Instituto de España, Madrid, pp. 73-128.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1989). *Derecho de Sucesiones, Tomo I,* Bosch, Barcelona.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1981). *Estudios de Derecho Sucesorio, Vol. II,* Editorial Montecorvo, Madrid.

IX. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 2 de marzo de 1935
- STS de 29 de diciembre de 1939
- STS de 23 de junio de 1940
- STS de 29 de octubre de 1949
- STS de 13 de noviembre de 1948
- STS de 1 de diciembre de 1951
- STS de 20 de abril de 1951
- STS de 19 de mayo de 1952
- STS de 25 de octubre de 1954
- STS de 20 de octubre de 1962
- STS de 3 de marzo de 1964
- STS de 17 de abril de 1964
- STS de 19 de noviembre de 1964
- STS de 5 de julio de 1966
- STS de 17 de enero de 1968
- STS de 13 de diciembre de 1974
- STS de 31 de enero de 1980
- STS de 25 de abril de 1983
- STS de 20 de noviembre de 1987
- STS de 17 de julio de 1991
- STS de 17 de junio de 1993
- STS de 22 de julio de 1994
- STS de 28 de febrero de 1996
- STS de 22 de noviembre de 1996
- STS de 29 de diciembre de 1997
- STS de 28 de febrero de 1999
- STS de 12 de febrero de 2002
- STS de 28 de junio de 2002
- STS de 15 de diciembre de 2005
- STS de 29 de septiembre de 2006
- STS de 28 de enero de 2009
- STS de 13 de mayo de 2010
- STS de 22 de noviembre de 2010
- STS de 18 de marzo de 2011
- STS de 30 de octubre de 2012
- STS de 1 de marzo de 2013
- STS de 6 de junio de 2014
- STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 1994
- STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 1994
- STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 1999
- STSJ de Cataluña de 25 de mayo de 2009
- Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 2011

NOTAS

[1] Para ver un estudio completo de la materia *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio,* vol. II, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981. GARRIDO MELERO, M., Los fideicomisos, *Instituciones de Derecho Privado, Tomo V, Derecho de Sucesiones,*

Volumen 1, Thomson Civitas y Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, pp. 725-1084 entre otros.

[2] Esta norma añade un tercer párrafo al artículo 808 del Código Civil para permitir la sustitución fideicomisaria en el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes incapacitados judicialmente. Por su parte, el artículo 782 del Código Civil dispone que las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo lo dispuesto en el artículo 808 del Código Civil. Si recaen sobre el tercio de mejora, solo se pueden realizar a favor de descendientes. A pesar de que esta medida es realmente loable, en la práctica puede presentar conflictos entre los herederos, o como resalta la doctrina la posible discriminación de los legitimarios que no estén incapacitados judicialmente, tal y como dispone, DONADO VARA, A., Reflexiones en torno a la sustitución fideicomisaria a la luz de la Ley 41/2003, *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola,* Tomo II, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 1926. Si se establece, por ejemplo, la misma hasta el momento en que fallezca el fiduciario incapacitado judicialmente, el o los fideicomisario/s pueden premorirle sin haber disfrutado de los bienes hereditarios. Se ha llegado incluso a señalar que más que gravar la legítima esta medida lo que puede hacer es producir los mismos efectos que su privación, *vid.* DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitados judicialmente (art. 808 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol,* Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 1048. Si bien entendemos que la intención del legislador es encomiable el resultado obtenido no es el más adecuado, tal y como señala la profesora Díaz Alabart al considerar lo deseable hubiera sido una reforma de las legítimas de los descendientes, y no hacerlo como un parche en un caso concreto, DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria… *op. cit*., p. 1060. Por otro lado, hemos de manifestar que desde nuestro punto de vista se produce una discordancia entre la medida y la finalidad de la ley. Esta protege a la persona con discapacidad, es decir, aquella que según la LPPPD tienen un grado de discapacidad física o sensorial del 65% o de un 33% psíquica (véase MORETÓN SANZ, M.ª F., Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 2005, pp. 61 y sigs.). Sin embargo, para que pueda procederse a gravar la legítima es necesaria la incapacitación judicial. A pesar de configurarse como una medida de protección, las familias son reacias a recurrir a los tribunales, para incapacitar a la persona con discapacidad, como consecuencia del todavía estigma social presente en nuestra sociedad, por tanto, tenemos nuestras dudas sobre su efectividad.

[3] En este supuesto se planteaba si la disposición contenida en capitulaciones matrimoniales era una sustitución fideicomisaria o un heredamiento preventivo, propio del Derecho sucesorio catalán. La cláusula séptima disponía lo siguiente: «*Para el caso de morir cualquiera de los futuros consortes, sin haber otorgado testamento o elección de heredero quien que los sean los hijos que dejaren en el día de su fallecimiento respectivo, no todos juntos, sino el uno después del otro, observando en la sucesión el orden de masculinidad y primogenitura, excluyendo de ella a los incapacitados legalmente declarados*». El TS considera que es un supuesto de heredamiento preventivo porque no se establece ni la prohibición de enajenar, ni la obligación de conservarlos.

[4] Por lo que respecta al fideicomiso de residuo puede verse entre otras: SSTS de 20 de noviembre de 1987 de 22 de julio de 1994 de 22 de noviembre de 1996, de 12 de febrero de 2002, 28 de enero de 2009, 13 de mayo de 2010, 30 de octubre de 2012, 6 de junio de 2014.

[5] ROCA SASTRE, R. M.ª, El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil, *Estudios sobre Sucesiones,* Instituto de España, Madrid, 1981, p. 78 ya manifestaba que los «fideicomisos constituyen una institución jurídica bastante abandonada por los juristas modernos, lo cual guarda pleno contraste con la abundante literatura que produjeron en el Derecho Intermedio». Además, señaló que «La sustitución fideicomisaria ha sido una institución jurídica vejada, vilipendiada y maltratada desde mucho tiempo antes de la Revolución francesa. Contra los fideicomisos se han dicho muchas cosas. Se arremetió contra ellos porque eran la base sobre la que sostenían las clases nobiliarias su poderío económico, así como su potencia social y política; porque inmovilizan la riqueza del país

al impedir la libre circulación de los bienes; porque eran fuente de desigualdades entre los miembros de una misma familia al quedar para uno solo de ellos todo el patrimonio señorial; porque restringían la libertad de testar, y porque, por su complejidad, eran fuente de litigios». *Op. cit.,* p. 79.

[6] Por lo que respecta al usufructo el TS en esta sentencia reconoce que el causante o fideicomitente dispone de un múltiple llamamiento a varios herederos sucesivos, que pueden serlo en usufructo sin perjuicio que se acabe purificando el fideicomiso en un único titular pleno.

[7] Lo que determinaba aquí el TS es que los actores estaban puestos en condición en la institución a favor de sus padres, así que no eran herederos del causante en forma directa ni en el fideicomiso.

[8] LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones,* Bosch, Barcelona, 1988, p. 346.

[9] ROCA SASTRE, R. M.ª, La sustitución fideicomisaria en el Derecho Común y en el Derecho Foral, *Estudios de Derecho Privado, vol. II, Sucesiones,* Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 66.

[10] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII,* Marcial Pons, Madrid, novena edición, 2014, p. 108. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones,* vol. IV, tomo II, Tecnos, Madrid, 11.ª ed, 2012, p. 97 también tienen una opinión desfavorable a dicho precepto en los siguientes términos «el heredero no tiene un simple «encargo» de conservar y transmitir los bienes de la sucesión, hay siempre una llamada a ella a otra persona para después de aquel, ni el segundo llamado recibe los bienes del primero. Ambos son herederos del testador y lo mismos recibe de él el primer llamado que el segundo». Critica también este artículo ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones,* Tomo I, Bosch, Barcelona, 1989, p. 408.

[11] Mencionan dicho aforismo: la STS de 13 de diciembre de 1974, y las sentencias del Tribunal de Justicia de Cataluña de 22 de noviembre de 1994, 30 de noviembre de 1994, 13 de diciembre de 25 de mayo de 2009, aunque ninguna de ellas lo analizan con detalle.

[12] ROCA SASTRE, R. M.ª, El fideicomiso *si sine liberis decesserit…, op. cit.,* p. 79 mantenía que: «La sustitución fideicomisaria es una fórmula de repercusiones tan intensas, que de ella debe hacerse un uso racional. Es como una droga que en varias situaciones proporcionan ventajas, pero de la que no puede abusarse». Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 142 es partidario de su supresión en los siguientes términos: «El análisis detallado del fideicomiso lleva a la conclusión de que actualmente debe desaparecer en el Derecho como ha desaparecido en la sociedad. Debe legalmente suprimirse este vestigio de vinculación como de hecho esta desapareció tiempo ha. Es una institución actualmente muerta y el Derecho debe sancionar, con su eliminación, esta muerte. Actualmente, el único tipo de fideicomiso que conserva su razón de ser, una función social y un interés práctico, es el fideicomiso de residuo, que se da con cierta frecuencia en los testamentos que se hacen, uno a favor del otro, los cónyuges sin hijos».

[13] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil…, *op. cit.,* p. 97 ponen de manifiesto también como la sustitución fideicomisaria se ve con disfavor debido a la vinculación de bienes que establece, aunque sea de carácter temporal. Por ese motivo, junto con el principio mencionado se establecen también como reglas interpretativas: la exclusión de los llamamientos conjeturales y, la negación del carácter de sustitución a los ruegos o encargos del testador de que el instituido transmita o entregue los bienes a otros herederos. La STS de 17 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 4683), en su FJ 3.º también contenía el principio que en caso de duda se ha aplicar el criterio más favorable a la libertad de los bienes.

[14] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil…, *op. cit.,* pp. 97 y 98 definen la sustitución a término como «aquella en que la restitución o entrega de los bienes al segundo llamado se ha de producir necesariamente cuando llegue un plazo. Es condicional «si esa restitución o entrega está sometida al cumplimiento de determinado evento». Ponen de relieve también que en la sustitución fideicomisaria a término los derechos de las personas llamadas después del fiduciario son ciertos, mientras que en la

segunda clase no, no habrá derecho hasta que no se cumpla la condición y si fallece antes no transmitirá nada a sus herederos.

[15] Dispone el FJ 4.º de la sentencia que «*La posibilidad de que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos del fiduciario (en caso de cumplirse la condición) es congruente con la naturaleza retroactiva («ex tunc») del cumplimiento de la condición, por cuanto el artículo 784 del Código Civil establece que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador, es decir que su derecho a la adquisición de los bienes no se produce en el momento de la muerte del fiduciario, sino mucho antes*».

[16] La Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 31 de mayo de 2011 en su Fundamento de derecho tercero también define los distintos tipos de sustitución fideicomisaria: «*En las sustituciones fideicomisarias de derecho común, la apertura de la sucesión se produce al fallecer el fideicomitente, generando la vocación de la herencia tanto a favor del fiduciario como de los fideicomisarios, si bien la delación hereditaria, con el ius transmissionis, solo se produce de manera inmediata a favor del fiduciario y también a favor de los fideicomisarios si la sustitución fideicomisaria lo es a término, que es lo normal si se hace depender exclusivamente de la muerte del fiduciario, por entenderse como término y no condición el* dies certus an incertus quando, *como acontece con la muerte, pudiendo transmitirla desde entonces a sus herederos, conforme al artículo 784 del Código Civil. Por el contrario si nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria condicional, solo se dará la delación cuando se cumpla la condición, y si muere antes, el fideicomisario no transmite derecho alguno a sus herederos, conforme al artículo 759 del Código Civil*».

No hemos de confundir entre sustitución fideicomisaria y el fideicomiso que según O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil…, *op. cit.,* p. 151 «El fideicomiso no lo contempla el Código civil y es prácticamente inexistente; consiste en la atribución de una herencia o de un legado a una persona —fiduciario— con el encargo de que lo transmita a otra —fideicomisario— o, en otras palabras y desde otro punto de vista, consiste en la disposición testamentaria por la que el heredero o legatario —fideicomisario— recibe la herencia o legado a través de otro —fiduciario—. Así, el fiduciario no llega a ser heredero o legatario, sino un mero transmisor de la herencia o del legado. El único destinatario de la disposición es el fideicomisario; no hay —como en la sustitución— un preheredero y un postheredero, sino un único heredero (o legatario)». ALBALADEJO GARCÍA, M., Comentario al artículo 781, *Comentario del Código Civil,* Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1915, manifiesta que en la actualidad se habla de fideicomiso para abreviar, pero que no tiene el sentido que tenía en el Derecho Romano, que implicaba designar por parte del causante a una persona para que se encargue de la herencia con la finalidad de entregarla al fideicomisario. Manifiesta que esta figura está prohibida.

[17] En su FJ 4.º dispone: «*La posibilidad de que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos del fiduciario (en caso de cumplirse la condición) es congruente con la naturaleza retroactiva («ex tunc») del cumplimiento de la condición, por cuanto el artículo 784 del Código Civil establece que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador; es decir que su derecho a la adquisición de los bienes no se produce en el momento de la muerte del fiduciario, sino mucho antes*».

[18] Por su parte, la STS de 25 de octubre de 1954 manifestó que en el caso enjuiciado se daban todos los requisitos para poder hablar de sustitución fideicomisaria. La cláusula era la siguiente «*Declaro y constituyo heredera universal de todos mis bienes existentes ya en fincas urbanas, terrenos, dinero, acciones de cualquier sociedad, muebles, mulas, aperos de labranza y todos los demás bienes que sean de mi propiedad, en recompensa de sus leales servicios a mi criada «…» y al fallecimiento de esta a los cuatro sobrinos de esta mancomunadamente que le sobrevivan y en la actualidad habitan en mi compañía…*». Se produce un doble llamamiento, la fiduciaria es la criada y los fideicomisarios mancomunados los cuatro sobrinos, y debe entenderse que se ha cumplido lo que dispone el artículo 781 en relación con el 785 núm. 1 en cuanto la obligación de entregar los bienes al segundo heredero, porque al decir que al fallecimiento de su criada instituye herederos de esos mismos bienes y con el mismo carácter y extensión a los llamados en segundo lugar, «*lleva implícita esta obligación de conservar, e impide admitir que le atribuye un poder de disposición que no se consigna en la disposición testamentaria y a lo que se opone por tanto el artículo 783 párrafo 21, sin que conforme a la*

doctrina de esta Sala se requiera que en la disposición testamentaria se empleen por el testador las mismas palabras que la disposición legal expresa, bastando con que su voluntad aparezca claramente manifestada, como en este caso ocurre».

[19] El segundo considerando de la sentencia señalaba que: «*la tradición jurídica viene dando a la palabra "grado" el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la "Instituta" —proemio del Título decimoquinto del Libro segundo, al decir que "puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, si aquel no fuese mi heredero, sea heredero este, y puede el testador sustituir así sucesivamente en cuanto quisiere", no menos que el Digesto —proemio del primer fragmento del Título sexto, Libro 28—, donde se lee: "los herederos se dicen instituidos o sustituidos, instituidos en el primer grado, sustituidos en el segundo o en el tercero"; y como lo demuestra también, en el Derecho propiamente nacional, la Ley primera, Título quinto de la Partida sexta, Libro 45 de las de Toro, y el artículo 29 del Proyecto de Código Civil de 1851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña, donde refiriéndose a la de los hijos entre sí, son frecuentes las expresiones "de grado en grado, por orden preferente de primogenitura y masculinidad"; sin que exista una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este significado tradicional de "llamamiento", pues hasta los antecedentes relativos a la confección del Código vigente permiten asegurar que estuvo en el ánimo de sus autores reaccionar contra el entonces imperante criterio abolicionista de estas instituciones de tipo vincular, facultando para ordenar dos sustituciones sucesivas*».

[20] Véase también la STS de 31 de enero de 1980.

[21] RIVAS MARTÍNEZ, J. J., Capítulo IX, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral,* Tomo II, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1167-1168.

[22] COSTAS RODAL, L., Las sustituciones, *Derecho de Sucesiones,* Práctica Jurídica, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 361-362.

[23] La STS de 29 de octubre de 1949, también considera nula la sustitución fideicomisaria porque el testador en la cláusula duodécima de su testamento, había establecido la prohibición de enajenar los bienes más allá del segundo grado y, porque no se pudo probar que se hicieran a favor de personas que estuvieran vivas en el momento de fallecer el testador. Dispone que «*cometido en la sustitución, el defecto originario de la nulidad, ni se purifica, ni se subsana, a menos de olvidar el alcance jurídico de las normas invocadas cuyo propósito no es otro que evitar las vinculaciones, como contrarias a la naturaleza de la propiedad*».

[24] Otro caso sumamente complejo que tuvo que resolver el TS fue el planteado en la sentencia de 18 de marzo de 2011, que contenía una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, recíproca entre los nietos del causante que gravaba la mejora.

[25] En lo atinente a los sujetos realizar una última consideración. En algunos testamentos constaba la expresión «hijos legítimos», lo que dio lugar a problemas interpretativos sobre si dentro de los mismos y después de entrada la Constitución tenían cabida los hijos adoptados. Ejemplo de esta situación es la STS de 29 de septiembre de 2006, que considera que si se interpreta de forma negativa podría darse una interpretación discriminatoria. Puede verse también la STS de 1 de marzo de 2013. En el ámbito doctrinal véase MORETÓN SANZ, M.ª F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decceserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 723, enero 2011, pp. 550-568.

[26] La STS de 3 de marzo de 1964, por lo que respecta a la sustitución fideicomisaria y la herencia futura, ya matizó que «*queda abierta la herencia en el momento de la muerte del testador, que es el único causante, al que suceden los llamados sucesivamente, no sucediendo en ningún caso el fideicomisario al fiduciario, aunque solo se perfeccione su derecho cuando se extinga la vida del primer llamado*».

[27] En Cataluña el fideicomiso se regulaba de forma pormenorizada en los artículos 162 al 197 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (*BOE* núm. 175 de 22 de julio de 1960). Hemos de mencionar que el artículo 169 recogía expresamente el principio in dubio *contra* fideicomissum mencionado anteriormente en los siguientes términos: *Cuando exista duda acerca de si el testador ha dispuesto un fideicomiso o ha formulado una recomendación o simple ruego, se entenderá esto último. Caso*

de haberla sobre si una sustitución es vulgar o fideicomisaria, se entenderá que es vulgar. Si la hubiere respecto a si un fideicomiso es puro o de sustitución, se entenderá que es de sustitución para después de fallecido el fiduciario, y condicional para el caso de fallecer sin dejar hijos. La institución de heredero o el legado otorgados por el testador a favor de sus hijos o descendientes, no a todos juntos, sino guardando un determinado orden de llamamientos, que resulte de la mera designación nominativa, o de prelaciones como las de sexo, primogenitura u otras análogas, se entenderán sustitución vulgar y no fideicomisaria, salvo que del testamento o codicilo se infiera que la voluntad del testador fue establecer una sustitución fideicomisaria con pluralidad de llamamientos de fideicomisarios sucesivos. Posteriormente, la Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña (*BOE* núm. 50 de 27 de febrero de 1992) la reguló, incluso con más detalle en los artículos 180 a 228. En la actualidad, con Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (*BOE* núm. 190 de 7 de agosto de 2008) también se regula en los artículos 426-1 a 426-50. Por tanto, sin necesidad de entrar a analizar la regulación catalana ya podemos deducir que la importancia de la figura en Cataluña o su presencia, es mucho mayor que la que existe en el Derecho Común. En Navarra, también se regula la sustitución fideicomisaria en las Leyes 224 y siguientes de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (*BOE* núm. 57 de 7 de marzo de 1973). En la legislación navarra a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Común, el límite de llamamientos de personas fallecidos se encuentra en el cuarto grado.

[28] MORETÓN SANZ, M.ª F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decceserit:* igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 723, enero de 2011, pp. 550-568.

[29] La STS de 29 de diciembre de 1939, aunque no incida de forma pormenorizada en la materia, manifiesta que el legatario no podía disponer de los bienes que se le adjudicaron, porque cuando falleciera debían pasar de forma íntegra a los fideicomisarios designados y, por tanto, la hipoteca que se estableció sobre una casa como garantía de un préstamo no podía gravarla *con perjuicio de los interesados en la sustitución.*

[30] DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil…, *op. cit.,* 101.

[31] Véase COSTAS RODAL, L., Las sustituciones… *op. cit.,* pp. 366 y 367.

[32] DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil…, *op. cit.,* 100.

[33] Puede verse el tema de las deudas en RIVAS MARTÍNEZ, J. J., Derecho de Sucesiones…, *op. cit.,* pp. 1177-1179.

[34] ALBALADEJO GARCÍA, M., Comentario al artículo 781…, *op. cit.*, p. 1918.

[35] *RJ* 1948, 1270.

[36] En la STS de 20 de octubre de 1962, se cuestionaba una cláusula testamentaria en la que se discutía si lo que contenía era una sustitución fideicomisaria o un legado de residuo. La testadora, que no tenía herederos forzosos, nombraba como heredera universal a su sobrina, a la cual autorizaba para vender y gravar los bienes, y cuando falleciese recayendo lo que quedase a favor de los hijos de su sobrina. El TS entiende que la testadora había previsto que su heredera falleciera sin dejar hijos ni nietos, por lo que del testamento se desprendía que concedía a su sobrina la facultad de disponer «mortis causa» de los bienes que poseyera al ocurrir su fallecimiento, que procedían de la primera testadora. En el considerando sexto vuelve a manifestar que «*tiene sostenido esta Sala las disposiciones testamentarias de residuos no encajan propiamente en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias, pues la naturaleza condiciona que es propio de aquella tiene como corolario que se trata de una situación distinta de la que prevé el artículo 781, en relación con el 784 del Código Civil, en virtud de los cuales se concede derecho al sustituto, en la sustitución fideicomisaria pura, desde la muerte del testador, pudiendo adoptar el llamado fideicomiso de residuo dos modalidades, de acuerdo con la Sentencia de este Tribunal de 7 de enero de 1959, siendo la primera aquella en que se faculta al fiduciario para disponer de los bienes de la institución en vida y sin tratar de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán en su día lo que quede o reste, si es que, en efecto, algo quedare de la herencia* «si aliquid superavit» *y la segunda cuando el causante restrinja los poderes de disposición*

de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel «de coquod superat» o sea de aquello que deba quedar, habiendo establecido también la jurisprudencia de esta Sala que los fideicomisarios de residuo no adquieren, en principio, derecho alguno hasta que, muerto el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo». La idea que se expone es que es una modalidad de sustitución fideicomisaria, pero no acaba de encajar en la misma. Lo reitera también la STS de 5 de julio de 1966.

[37] *RJ* 1951, 2617.

[38] LASARTE ÁLVAREZ, C., Derecho de Sucesiones… *op. cit.,* 96.

[39] ALBALADEJO GARCÍA, M., Comentario…, *op. cit.,* p. 1916.

1.5. Obligaciones y contratos

Nuevamente sobre los grupos de contratos en el Crédito al Consumo: las aportaciones de la jurisprudencia desde la perspectiva de la Ley 16/2011, de 24 de junio de Crédito al Consumo

Again on the contracts groups in the Consumer Credit again: Jurisprudence contributions from the perspective of Law 16/2011 of June 24th of Consumer Credit

por

GEORGINA ALVAREZ MARTÍNEZ

Doctora en Derecho

RESUMEN: La Ley 16/2011, de 24 de junio de Crédito al Consumo incorporó al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, y derogó la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo. Con el objeto de elevar el nivel de protección del consumidor, esta Ley ha modificado en varios aspectos el régimen anterior. En este lugar se reflexiona solo sobre uno de estos aspectos, el de la vinculación entre el contrato de consumo y el contrato de financiación. Se aborda el estudio tanto desde la perspectiva de la aportación de la jurisprudencia, como de las consideraciones personales realizadas bajo la vigencia de la Ley 7/1995 en relación con los grupos de contratos.

ABSTRACT: Law 16/2011, June 24th of Consumer Credit incorporated into national Law the Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of April 23 2008, concerning consumer credit contracts, and repealed Law 7/1993 of March 23 of Consumer Credit. In order to raise the consumer protection level, this Law has modified in several aspects the previous regulation. In this place it reflects only on one on this aspects, the linkage between the consumer credit and the financing contract. This study is tackled both from the perspective of the contribution of Jurisprudence as well as personal considerations carried out under the force of Law 7/1995 concerning the groups of contracts.

PALABRAS CLAVES: Contratos. Contratos vinculados. Consumidor. Crédito al consumo. Jurisprudencia. Causa.

KEY WORDS: Contracts. Linked contracts. Consumer. Consumer credit. Jurisprudence. Cause.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS CONTRATOS VINCULADOS EN LA LEY 7/1995, SOBRE CRÉDITO AL CONSUMO Y SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL: 1. Los artículos 14 y 15. 2. La contribución del operador jurídico: *A) Audiencias Provinciales. B) Tribunal Supremo: Sala de lo Civil, Sección 1.ª*. —III. LOS CONTRATOS VINCULADOS EN LA LEY 16/2011 DE CRÉDITO AL CONSUMO. PERSPECTIVAS DE INTERPRETACIÓN.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. PLANTEAMIENTO

La Ley 16/2011, de 24 de junio de Crédito al Consumo incorporó al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo[1], y derogó la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo[2]. Esta Directiva comunitaria se propuso —¡al igual que su predecesora, la Directiva 87/102/CE!— superar las diferencias sustanciales existentes entre los Estados miembros de la Unión en materia de crédito al consumo —que entorpecían el funcionamiento del mercado interior y reducían las posibilidades del consumidor de acogerse al crédito transfronterizo— y adaptarse a la evolución de las técnicas financieras, para elevar el nivel de protección del consumidor a la media de los Estados miembros[3]. Con este antecedente, la Ley 16/2011 incorporó mayores exigencias —que la Ley 7/1995— en lo atinente a la información que debe recibir el consumidor —desde la publicidad hasta la celebración del contrato, incluida esta última— (arts. 7 a 12, 16 a 19), e impuso al prestamista un control más severo del riesgo de la operación así como de la solvencia del consumidor (arts. 14 y 15), con el fin de evitar su endeudamiento excesivo. Además, se prestó especial atención a determinadas técnicas crediticias, como los contratos vinculados (arts. 26 y 29) y el otorgamiento de crédito bajo la forma de descubierto en cuenta corriente (arts. 19 y 20). A lo anterior habría que añadir otras novedades, así por ejemplo: la ampliación o redefinición de los contratos excluidos del ámbito de la ley (art. 3), la definición de la parte contratante «intermediaria de crédito» (art. 2.3)[4], la facultad del consumidor de poner fin a un contrato de crédito de duración indefinida (art. 27), y el derecho de desistimiento del consumidor (art. 28).

En este lugar, voy a reflexionar solo sobre uno de los aspectos tratados en esta Ley, a saber: los contratos vinculados. Hace algunos años abordé el estudio de los agrupamientos contractuales como técnica jurídica frente a los abusos asociados a la estructura subjetiva del Crédito al Consumo, desde la perspectiva de la Ley 7/1995[5]. Resulta oportuno revisar algunas de aquellas consideraciones a la luz de la nueva Ley en vigor, así como de las aportaciones más recientes de la jurisprudencia. Además, el reciente cierre de las clínicas Funnydent, con cientos de usuarios afectados, pone sobre el tapete la actualidad de los contratos vinculados.

II. LOS CONTRATOS VINCULADOS EN LA LEY 7/1995 DE 23 DE MARZO, SOBRE CRÉDITO AL CONSUMO Y SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL

1. Los artículos 14 y 15

Con carácter previo voy a precisar una cuestión terminológica. Tanto en la Ley de Crédito al Consumo derogada como en la actualmente en vigor, el legislador

para aludir conjuntamente a los contratos que concurren en la operación de crédito al consumo, estos son, el contrato de consumo y el contrato de financiación, se refiere a los contratos vinculados. En mi opinión, la vinculación contractual en las estructuras trilaterales —en cuanto concurren tres partes contratantes en su configuración y ejecución— de financiación constituye un apartado del fenómeno más amplio de la agrupación contractual. Este fenómeno se ha venido abriendo espacio en la teoría general de los contratos, en particular a través de su incidencia en determinados sectores de la contratación privada. La recepción normativa de los contratos vinculados en el ámbito del Crédito al Consumo puede considerarse una contribución al estudio del fenómeno —más amplio— de los grupos de contratos, tanto por haber «nominado» una de sus especies, como por haberle reconocido particulares efectos jurídicos. Con esta prevención, y reconociendo además que ni la doctrina, ni la jurisprudencia es unánime en la designación del fenómeno de que se trata, en estas líneas, me voy a referir a los contratos vinculados en cuanto especie o manifestación de la agrupación contractual.

La Ley 7/1995 reconocía ciertos efectos de la concurrencia de contratos vinculados en los artículos 14 y 15. En rigor, en el supuesto previsto en el artículo 14 «Eficacia de los contratos vinculados a la obtención del crédito», apartado 1, —al menos desde mi punto de vista— no llegaba a concurrir un verdadero grupo de contratos —porque pendientes de la condición los contratos no compartían existencia—[6], aunque sí se reconocían algunos de sus efectos en el apartado 2. Este inciso decía lo siguiente:

«La ineficacia del contrato, cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinará también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación, cuando concurran las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15, con los efectos previstos en el artículo 9».

Las circunstancias previstas en el artículo 15 —donde se reconocían «Los derechos ejercitables en los contratos vinculados»—, en los párrafos a), b), y c), de su apartado primero, a través de las cuales se valoraba la vinculación contractual —y que han sido suprimidas en la nueva Ley, como se verá — eran las siguientes:

a) Que el consumidor, para la adquisición de los bienes y servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquellos.
b) Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes y servicios, salvo que se trate de aquellos previstos en el párrafo siguiente de la presente letra, exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquel ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de este.

   En el caso de que se provean servicios de tracto sucesivo y prestación continuada, que entre el concedente del crédito y el proveedor de los mismos exista un acuerdo previo en virtud del cual aquel ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de este[7].

   El consumidor dispondrá de la opción de concertar el contrato de crédito con otro concedente distinto al que está vinculado el proveedor de los bienes y servicios en virtud de acuerdo previo.
c) Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente.

A su vez, en estas mismas circunstancias, más otras previstas en los incisos d) y e), el legislador reconocía al consumidor a crédito los siguientes derechos:

«1. El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le corresponden frente al proveedor de los bienes y servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido crédito, siempre que concurran todos los requisitos siguientes:

a) …
b) …
c) …
d) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme lo pactado.
e) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a que tiene derecho».

Como puede advertirse el legislador reconocía básicamente dos efectos jurídicos a los contratos vinculados: la propagación de la ineficacia de uno a otro contrato, así como el ejercicio por parte del consumidor de los mismos derechos que le correspondían frente al proveedor de los bienes y servicios, ante el empresario que le hubiera concedido crédito. Había que entender que la vinculación contractual derivaba de la concurrencia de las circunstancias previstas en los incisos a), b) y c), y ellas constituían el presupuesto de hecho tanto del propio artículo 15, primer apartado, como del artículo 14, segundo apartado.

De estos tres incisos, el más problemático, de cara a la efectiva protección del consumidor, fue, en especial hasta el año 2004, el inciso b) porque exigía la existencia de un acuerdo previo «en exclusiva» entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes y servicios. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (en adelante LMFAOS), añadió un segundo párrafo al inciso, aunque mantuvo intacta la redacción de la primera parte, con lo que no alcanzó a eliminar totalmente los inconvenientes —y lo que resultaba peor aún, la desprotección del consumidor a crédito— que suscitaba su interpretación. Con todo, el hecho de que se viniera a exigir un acuerdo previo, sin carácter exclusivo[8], en los casos de prestaciones de servicios de tracto sucesivo y continuado, reveló haberse tenido en cuenta el criterio más flexible con el que la mayoría de jurisprudencia —menor— venía interpretando tal requisito— con el fin de evitar el fraude a la ley—, particularmente con motivo de la resolución de los casos de los contratos de enseñanza de idiomas vinculados a un contrato de préstamo bancario.

Concretamente, los inconvenientes que se le atribuían a la exclusividad eran los siguientes: por un lado albergaba la posibilidad de impedir la aplicación del propio artículo, cada vez que, por ejemplo, el proveedor, siquiera ocasionalmente, contratase con otro prestamista[9]; y, por otro, en materia procesal, conducía al consumidor a exigirle una prueba casi imposible —lo que fue también matizado por la jurisprudencia—, demostrando, por una parte, la colaboración entre ambos empresarios, y por otra, que el proveedor no colaboraba con otros proveedores[10]. La realidad de los casos demostraba que había contratos vinculados en las estructuras trilaterales de financiación —con sus consiguientes efectos, y cuyo desconocimiento vendría a perjudicar al consumidor— fuera de las circunstancias previstas por el legislador. Lo más apremiante de todo esto era, desde mi punto de vista, no solo reconocer su existencia, sino justificar «positivamente»

la propagación de efectos jurídicos de uno a otro contrato, sin causar excepción al principio de los efectos relativos de los contratos.

2. La contribución del operador jurídico

En esta materia la contribución de la jurisprudencia ha sido decisiva. Salvo algunos pocos casos —resueltos por la jurisprudencia menor[11]—, el reconocimiento de los contratos vinculados en el Crédito al Consumo —y de sus efectos— ha estado asociado a una interpretación teleológica de la Ley, esto es conforme a la protección de los intereses de los consumidores a crédito[12]. Con esta perspectiva se han superado —poniéndose a su vez de manifiesto y constituyendo así el antecedente de la modificación normativa introducida por Ley 62/20003— los inconvenientes que se derivaban de una interpretación literal del requisito de la exclusividad.

Hasta hace relativamente poco tiempo, solo había aportaciones de las Audiencias Provinciales, pero a día de hoy hay doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. No sin cierto pesar, hay que decir que un abultado número de casos tuvo su antecedente en la necesidad de tutelar los intereses de aquellos alumnos frente al cierre de las academias de idiomas. Y es de esperar que, por razones similares, se repitan de manera inminente más casos con motivo del cierre de las Clínicas Funnydent. Como es sabido, aquellos alumnos de servicios de academias de idiomas habían contratado la financiación de los cursos —la mayoría las veces en la misma sede de la academia— con un financiador propuesto por el proveedor. Repentinamente este último dejó de prestar sus servicios. En estas circunstancias, los alumnos, al amparo del artículo 15 de la LCC, dejaron de pagar las cuotas del crédito otorgado por el financiador. Pero este adujo que el acuerdo con el proveedor «no revestía carácter exclusivo» y exigió igualmente la devolución de los préstamos. Al producirse los incumplimientos de los alumnos, el financiador procedió a incluirlos en la lista de deudores morosos. A través de asociaciones de consumidores y usuarios, las afectados por el cierre de estas academias —los alumnos— reclamaron judicialmente tanto la resolución del contrato de consumo, como la propagación de la ineficacia al contrato de financiación, con la consecuente restitución de las prestaciones (conforme art. 14.2 de la Ley de Crédito al Consumo 7/1995). Las entidades financieras, por su parte, opusieron la gratuidad del contrato, así como la falta de exclusividad en el pacto con el proveedor, para evitar en primer lugar la aplicación de la Ley —los contratos gratuitos estaban [y los siguen estando en la Ley 6/2011, aunque se ha mejorado a este respecto la redacción, cfr. art. 3 letra f)] excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 7/1995, conforme su artículo 2—, así como las consecuencias jurídicas que le seguían a los contratos vinculados. Hay que advertir que el mencionado cierre se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del artículo 15.1 —introducida por la Ley 62/2003— que eliminó para algunos casos —como el de autos— el requisito de la exclusividad. En estas circunstancias, la jurisprudencia tuvo ocasión de precisar tanto el alcance de la gratuidad, como el de la exclusividad.

En este lugar voy a traer a colación solo la aportación en relación con la exclusividad, a fin de no desvirtuar demasiado el objeto de esta reflexión. A este respecto, podría hacer referencia directamente la doctrina del Tribunal Supremo. Sin embargo no me resisto a exponer, en primer lugar, las aportaciones de las Audiencias Provinciales porque pienso que ha sido en esta instancia donde se afianzó una interpretación más acorde con los principios que inspiraban la Ley,

y que, a la postre, ella fue tanto el caldo de cultivo de la modificación al artículo 15 por la LMFAOS, señalada *ut supra,* como de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que expondré en el siguiente epígrafe.

A) Audiencias Provinciales

En esta instancia cabe destacar dos líneas de motivación. Por una parte, se decidió adaptar el requisito de la «exclusividad» a la función tuitiva de la Ley; y por otra parte, se optó por decidir sobre la base de la prueba de un acuerdo previo de colaboración entre proveedor y financiador, sin incidir en la «exclusividad». Muy brevemente, voy a exponer cada una de estas aportaciones, tomando en consideración solo algunas de las —muchas— sentencias que las ilustran.

En relación con la primera línea de motivación, advierto dos formas —no excluyentes entre sí, a mi modo de ver— de enfocar la cuestión, estas son: invirtiendo la carga de la prueba y/o reconociendo el acuerdo entre proveedor y financiador a través de indicios. En el primer grupo de casos se destacan: SAP de Huelva de 29 de setiembre de 2000[13], SAP de Girona de 26 de noviembre 2001[14], SAP de Valencia de 23 de febrero de 2004[15], SAP de Sevilla de 19 de mayo de 2004[16]. En todos ellos se «flexibilizó» —siguiendo la terminología del operador jurídico— la exclusividad admitiendo que el consumidor resultaba ajeno a la exclusividad del pacto entre las empresas y que, de conformidad con el principio de facilidad y disponibilidad probatoria, resultaba que la entidad de crédito tenía un mejor acceso a la prueba de la ausencia de pacto de exclusividad. Desde este consideración, se admitió que cumplidos los incisos a) y c) del artículo 15 1), existía un pacto «en exclusiva» entre proveedor y financiador, mientras este último no probase la contrario, y con independencia de que existiese una previsión contractual que expresamente negase la exclusividad. En mi opinión, estrictamente estas sentencias apenas «flexibilizan» la exclusividad —aunque así lo digan—, porque se la aborda desde un punto de vista formal, sin determinar el sentido y el alcance de su contenido. No obstante, el resultado de esta interpretación constituyó un paso hacia la armonización del texto literal de la norma con los intereses económicos de los consumidores a crédito.

Entre las sentencias que reconocieron «el pacto en exclusiva» a través de indicios —admitiendo a su vez o no explícitamente la inversión de la carga de la prueba— cabe aludir: SAP de Barcelona de 29 de diciembre 2003[17], SAP de Madrid de 13 de enero de 2004[18], y SAP de Guipúzcoa de 20 de setiembre de 2004[19], SAP Las Palmas de 19 de noviembre de 2004[20], y SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2005[21]. En estos casos la valoración de la «exclusividad» siguió la pista de los indicios, por lo que el punto de partido fue el propio caso concreto. Así, los jueces se fijaron si en el momento de la contratación se le habían ofrecido al consumidor —la mayoría de las veces alumno— otras posibilidades de financiación. Si resultaba que no, se entendía cumplida la exclusividad, incluso aunque el proveedor tuviese concertado para otro lugar o periodo de tiempo, sendos acuerdos con otras financieras. Otro aspecto que se valoró fue la «colaboración asidua y en masa entre el concedente de crédito y proveedor», que podía intuirse de la falta de contacto o relación directa del concedente de crédito con el consumidor y/o de la entrega por parte del propio proveedor al consumidor del impreso de solicitud de préstamo. Como puede advertirse, en esta ocasión no se llevó la cuestión a un plano estrictamente procesal, sino que, inductivamente se trató de determinar si los elementos fácticos del caso, interpretados contextualmente, podían dar por cumplidas las

circunstancias del artículo 15) 1. Al hilo de todo lo anterior se iban poniendo de manifiesto todas las inconveniencias que suscitaba la interpretación de la norma.

Por último —y no menos importante, antes al contrario— cabe aludir a un grupo de casos en los que directamente no se prestó atención a la exigencia de la exclusividad para determinar la concurrencia de los contratos vinculados. Así en: SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2000[22], SAP de Barcelona de 31 de enero de 2002[23], SSAP de Málaga de 17 de enero de 2002, 8 de marzo de 2002, 10 de mayo de 2002, 12 de julio de 2002[24]. En esta oportunidad, para extender la ineficacia del contrato de consumo al contrato de financiación, o para autorizar al consumidor a la oposición de excepciones frente al financiador, bastó con que se hubiese acreditado la existencia de un acuerdo previo entre proveedor y financiador, por el que el primero derivase sus clientes al segundo. En este ámbito, cabe destacar que la Audiencia de Málaga motivó también la repercusión de efectos jurídicos de uno a otro contrato, en la doctrina de los contratos conexos, saliéndose un poco de los márgenes del artículo 15. En mi opinión, está bien que se lo haya hecho así. Esta teoría constituye una categoría general, y por tanto más amplia y más dúctil que la descripción de las circunstancias previstas en el citado artículo 15. No está prevista, nominada, como tal en el ordenamiento jurídico pero, qué duda cabe, es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad. Ahora bien, no todos son virtudes. El principal inconveniente que presentan, a mi modo de ver, es la justificación normativa, positiva, de los efectos jurídicos intra-grupo con la plena vigencia de los efectos relativos de los contratos. Conforme lo señalé al comienzo de estas reflexiones, he abordado el estudio de los grupos de contratos en el Crédito al Consumo en otra ocasión, al hilo del cual he aportado una solución el citado inconveniente. A él me remito[25]. Basta aquí con recordar que la propagación de efectos jurídicos de uno a otro contrato agrupado, es en algunos casos, consecuencia de la interconexión causal —a la que se ha remitido también en algunas ocasiones la jurisprudencia menor[26]—, y esta tiene un apoyo normativo en el artículo 1274 del Código Civil.

B) Tribunal Supremo: Sala de lo Civil, Sección 1.ª

Conforme lo anticipé, las aportaciones de las Audiencias Provinciales han sido recogidas por el Tribunal Supremo y constituyen al día de hoy doctrina jurisprudencial. De un modo constante y reiterado —desde la sentencia de 25 de noviembre de 2009 (núm. 735/2009)[27] — se ha entendido que la exclusividad debe conectarse con la finalidad de la norma, que no puede ser otra que la de proteger la libertad del consumidor en la elección de la entidad financiera. Así las cosas, el criterio para determinar si el acuerdo de colaboración entre proveedor y prestamista se había concertado en exclusiva pasaba por el filtro de la efectiva libertad del consumidor para elegir, en el caso concreto, la persona del financiador. Desde esta tesitura —detección del acuerdo a través de los indicios— se entendió que, si había libertad de elección, el acuerdo de colaboración «no» se había concertado en exclusiva; por el contrario, si el consumidor no había tenido la oportunidad de elegir al prestamista, el acuerdo de colaboración «si» debía entenderse concertado en exclusiva.

El Tribunal Supremo ha entendido, además, que el motivo para admitir el pacto en exclusiva entre proveedor y financiador en estas circunstancias era la «conexión contractual» prevista sin el consentimiento del consumidor[28]. En relación con esta conexión, se ha expresado que «la naturaleza unitaria de la

operación económica característica del crédito al consumo se traduce —pese a la pluralidad de contratos en que interviene el consumidor y de personas con las que se vincula— en la razonable afirmación de una conexión funcional, por la interacción de fines, entre las distintas relaciones jurídicas —en este caso, las nacidas de los contratos de arrendamientos de servicios de enseñanza y de financiación—, que excluye la posibilidad de dar un tratamiento autónomo a cada una de las conexas, cual si se tratara de una realidad aislada del conjunto»[29].

Recientemente, al hilo de volver sobre la interpretación de la exclusividad, y siguiendo a este respecto la doctrina de la Sala, se ha señalado que «en este sentido se mueve tanto la Ley 16/2011 que actualmente contempla el régimen jurídico aplicable a los contratos de crédito al consumo, en donde, conforme a la Directiva 2008/48/CE, se elimina la exigencia misma del pacto de exclusividad, como la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ST JUE 2009/88, de 23 de abril, caso Luigi Scarpelli y Neos Banca S.A.). Del mismo modo la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, SSTS de 4 de febrero (núm. 14/2013) y 6 de mayo de 2013 (núm. 271/2013)»[30].

Como puede advertirse la doctrina jurisprudencial expuesta ha zanjado la cuestión sobre la interpretación de la exclusividad. Bien es verdad que la Ley 16/2011 va a evitar que se vuelva a discutir sobre la misma, por ha eliminado esta circunstancia, tal como lo anticipa el propio Tribunal Supremo. Sin embargo, aun podrían darse casos a los que se les deba aplicar la Ley anterior. Para ellos la interpretación expuesta. Además, en esta doctrina, se alude —como lo hicieron algunas Audiencias Provinciales— al motivo por el que debe interpretarse así la exclusividad —y que de otro modo hubiera llevado a la desprotección del consumidor a crédito—, este es: la conexión contractual y la naturaleza unitaria de la operación económica característica del crédito al consumo, que no se desvirtúa pese a la pluralidad de contratos.

En relación con esta alusión, cabe entender que el motivo último para admitir la propagación de efectos de uno a otro contrato —y a lo que queda claro que la exclusividad no es óbice— es la interconexión causal que existe entre aquellos contratos que concurren en la operación unitaria y que, conforme lo señalé en el epígrafe anterior, podría tener apoyo normativo en el artículo 1274 del Código Civil. Este artículo dice que la causa de los contratos remuneratorios es el servicio o beneficio que se remunera, y ello autoriza a admitir que el elemento causal de un contrato puede ser o estar en otro contrato diferente. Siendo así las cosas, las vicisitudes de ese «otro contrato» repercutirán en aquel primero que lo han tenido como causa. Desde esta consideración, entiendo —aunque no haya sido precisado así por el Tribunal Supremo— que puede justificarse la propagación de efectos jurídicos en un grupo de contratos, aunque ninguna norma específica lo contemple —o lo haga restringidamente como lo hacía la Ley 7/1995— resultando así que en este —en el grupo— la falta de causa de un contrato podría plantearse no solo por circunstancias relacionadas con el mismo, sino también por contingencias de los otros contratos que conforman el grupo y en los que los demás tienen su causa.

III. LOS CONTRATOS VINCULADOS EN LA LEY 16/2011 DE CRÉDITO AL CONSUMO. PERSPECTIVAS DE INTERPRETACIÓN

En esta materia, tal como he anticipado, el legislador ha hecho acopio de las aportaciones de la jurisprudencia, con lo que se ha mejorado —aunque no del todo, en mi opinión— la protección del consumidor a crédito.

La referencia a los contratos vinculados se encuentra en los artículos 26 y 29, y vienen a suceder a los artículos 14 y 15 de la Ley 7/1995, respectivamente. Como se ve, se mantiene la distinción entre lo que se ha denominado contrato de consumo vinculado al crédito, y contrato de crédito vinculado al de consumo

En el artículo 26 se contempla, en su primer párrafo, el supuesto del contrato de consumo condicionado a la obtención del crédito. Y en el segundo la propagación de la ineficacia del contrato de consumo al contrato de financiación, con los efectos previstos en el artículo 23, donde se establecen las reglas de la restitución de las prestaciones ante la ineficacia o resolución del contrato de adquisición.

Artículo 26: Eficacia de los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito:

1. La eficacia de los contratos de consumo cuyo objeto sea la adquisición por parte de un consumidor de los bienes y servicios, en los que consumidor y proveedor hayan acordado que el pago del precio por parte del consumidor se financie total o parcialmente mediante un contrato de crédito, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito. Será nulo el pacto en el contrato de consumo por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago, para el caso de que no se obtenga el crédito previsto.

Se tendrán por no puestas las cláusulas en las que el proveedor exija que el crédito para su financiación únicamente pueda ser otorgado por un determinado prestamista.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 29, la ineficacia del contrato de consumo determinará también la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación, con los efectos previstos en el artículo 23.

3. En todo caso, deberá quedar documentalmente acreditada la identidad del proveedor de los bienes o servicios en el contrato de consumo y la del prestamista en el contrato de crédito, de forma que cada uno de ellos aparezca ante el consumidor como sujeto de las operaciones relacionadas con los respectivos contratos de los que es parte.

El consumidor dispondrá en todo momento de la opción de no concertar el contrato de crédito, realizando el pago en la forma que acuerde con el proveedor en el contrato de consumo.

Por lo que respecta al caso del contrato de consumo vinculado al contrato de crédito mantengo mi opinión sobre la inexistencia de un verdadero grupo mientras el contrato de consumo condicione su existencia a la obtención del crédito porque, pendientes de la condición, los contratos no concurren pluralmente. Ahora, existentes los dos contratos, su vinculación, si conduce a admitir —como lo hace el segundo párrafo de este artículo— que se propague la ineficacia —en cualquiera de sus formas— de uno a otro contrato. Hay que advertir que, en esta oportunidad, no se hace depender de la ineficacia de la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 29, como sí lo hacía el artículo 14 en su relación con el 15 de la Ley anterior.

El tercer párrafo contiene una norma de nuevo cuño. Aunque con una redacción quizás un poco enrevesada, el legislador manda a que, frente al consumidor, aparezcan identificadas las partes de cada uno de los contratos relacionados en la operación. Como se ve el legislador introduce el término «operaciones», de escaso valor jurídico por cierto, para aludir —intuyo— al grupo de contratos que subyace en la estructura trilateral de financiación. Por lo que respeta a la identificación de las partes, hay que decir que ha sido un acierto su exigencia.

En efecto, no ha escapado al legislador que, en algunos casos de financiación —concretamente en la financiación indirecta[31]— el consumidor puede llegar a no ver la cara del financiador, aunque este concurra como parte contratante. Con el fin de evitar sorpresas —que en el plano jurídico podría traducirse en indefensión del consumidor— la norma contiene el deber de que aparezcan identificadas documentalmente las partes. Junto a este acierto, también hay que señalar que no se ha identificado a quien se le va a exigir este cumplimiento, esto es, si al proveedor-intermediario de crédito, si al financiador. Entiendo que a la parte que negocie con el consumidor, que es la cara, finalmente, de los dos contratos, el de consumo, y el de financiación.

El artículo 29 dice así:

Contratos de crédito vinculados. Derechos ejercitables.

1. Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo.

2. Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor.

3. El consumidor además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, podrá ejercer esos mismos derechos frente al prestamista, siempre que concurran todos los requisitos siguientes:

a) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato.
b) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.

Confrontándose esta norma con su antecesora, resultan dos modificaciones importantes: por una parte se ha eliminado el inciso b) que contenía la problemática exigencia de la exclusividad, y en su lugar, en el primer apartado, se ha definido la vinculación entre el contrato de crédito y el contrato de consumo, asociándose a esta circunstancia los mismos efectos jurídicos, estos son: que le consumidor pueda ejercitar contra el prestamista los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios; y por otra parte, se han incorporado las consecuencias del desistimiento previsto en el artículo 28[32].

Por lo que a los contratos vinculados se refiere, el legislador —siguiendo en este aspecto también las aportaciones de la jurisprudencia— se ha posicionado en el contrato de crédito, y desde él, atendiendo a su finalidad, esta es, la de servir a la financiación de un contrato de suministro de bienes o servicios específicos, ha relacionado ambos contratos en «una unidad comercial desde un punto de vista objetivo». A mi modo de ver, esta definición constituye una aproximación en clave descriptiva a los contratos vinculados, pero adolece de precisión jurídica. Se podría superar esta deficiencia entendiendo lo que dice la norma de esta manera: que «la causa» del contrato de crédito reside en el contrato de consumo y que, así conectados los contratos, entre ambos, también existe una causa global, que es el sustento jurídico objetivo de «esa unidad comercial» a la que alude el legislador.

Con todo, creo que así entendidos los contratos vinculados, resulta todavía más oportuno relacionar —conforme lo hicimos con la anterior legislación en vigor— la propagación de sus efectos intra-grupo con el artículo 1274 del Código Civil. Por lo demás, en esta justificación de efectos, anclada en el ordenamiento jurídico y no en categorías etéreas de difícil interpretación —así como la de «operación comercial»—, caben todas las manifestaciones de contratos vinculados que escapen a las —a veces rígidas como se ha visto— descripciones legales.

Cabe señalar otro aspecto relacionado con los contratos vinculados de esta Ley que se encuentra fuera de este artículo 29. Me estoy refiriendo al intermediario de crédito previsto en el artículo 2, donde se aluden a las tres partes que intervienen en la operación de crédito al consumo. Nótese que junto a las definiciones de consumidor y prestamista se podría esperar la de proveedor de bienes y servicios. Sin embargo, el legislador ha optado por subrayar la función de esta parte —y con ello la vinculación del contrato de consumo con el de financiación— en la intermediación del crédito, y desde ella lo ha definido. Así definidas las partes, se comprende con más claridad la intervención de cada uno de ellas en una estructura trilateral de financiación al consumo. Lo curioso es que esta alusión al proveedor de bienes y servicios en clave de intermediario de crédito, luego no se repite en la regulación de los efectos de los contratos vinculados, precisamente donde podría realizar su mejor aportación.

Por último, en lo que respecta a la interpretación judicial, no hay casos resueltos bajo la vigencia de esta nueva Ley. Las aportaciones recientes del operador jurídico ventilan casos a los que se les debió aplicar la Ley anterior. Hay una referencia del Tribunal Supremo a la Ley 16/2011 meramente ilustrativa en un caso de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. En esta oportunidad, al hilo de determinar tanto la aplicación al caso del artículo 15 de la Ley 7/1995, como el alcance de la exclusividad del acuerdo, se advierte que en el nuevo régimen jurídico aplicable a los contratos de crédito al consumo —siguiendo la doctrina de la Sala— se ha eliminado la exigencia del pacto de exclusividad[33].

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Lo analizado hasta aquí autoriza a precisar lo siguiente:

I. En la regulación de los contratos vinculados de la Ley 16/2011 sobre Crédito al Consumo —que ha incorporado al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, y ha derogado la Ley 7/1995— se han tenido especialmente en cuenta las aportaciones de la jurisprudencia.

II. Estas aportaciones habían ya puesto de manifiesto las dificultades que entrañaba la interpretación del pacto de exclusividad —previsto en el artículo 15.1 inciso b) de la Ley 7/1995— entre proveedor y financiador. Con tal motivo, la Ley de de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social, añadió un segundo párrafo al citado inciso, que eliminó la exigencia de la exclusividad en el pacto, en los casos de prestaciones de servicios de tracto sucesivo y continuado. A este respecto, destaca el abultado número de casos que siguieron al cierre de las academias de idiomas en este país. En la mayoría de ellos, se han reconocido los contratos vinculados y sus efectos desde una interpretación teleológica de la Ley 7/1995, bien invirtiendo la carga de la prueba de la exclusividad, bien

reconociendo la exclusividad del acuerdo a través de indicios, bien considerando el acuerdo entre proveedor y financiador, sin tener en cuenta la exclusividad.

III. Concretamente, los artículos 26 y 29 de la Ley 16/2011 —sucedáneos de los artículos 14 y 15 de la Ley 7/1995— contemplan, respectivamente, por un lado, la propagación de la ineficacia del contrato de consumo al de financiación —que ahora no depende de la concurrencia de las circunstancias del artículo 29, como sí lo hacía depender el artículo 14 en relación con el 15—, y por otro, las circunstancias en las que el consumidor puede oponer al prestamista los mismos derechos que tiene frente al proveedor.

IV. En términos generales, en mi opinión, este nuevo régimen ha mejorado la protección del consumidor a crédito, aunque no del todo.

V. En relación con el artículo 26, creo que ha sido un acierto incluir el deber de identificación de las partes que concurren en la operación. Se ve que no ha escapado al legislador que, en algunos casos de financiación —concretamente en la financiación indirecta— el consumidor puede llegar a no ver la cara del financiador, aunque este sí concurra como parte contratante.

VI. Por lo que respecta al artículo 29, hay dos modificaciones importantes: por una parte, la eliminación del carácter exclusivo del acuerdo, y por otra, la definición de la vinculación entre el contrato de crédito y el contrato de consumo. En lo que a los contratos vinculados se refiere, el legislador —siguiendo en este aspecto también las aportaciones de la jurisprudencia— se ha posicionado en el contrato de crédito, y desde él, atendiendo a su finalidad, esta es, la de servir a la financiación de un contrato de suministro de bienes o servicios específicos, ha relacionado ambos contratos en «una unidad comercial desde un punto de vista objetivo». A mi modo de ver, esta definición constituye una aproximación en clave descriptiva a los contratos vinculados, pero adolece de precisión jurídica. Se podría superar esta deficiencia entendiendo lo que dice la norma de esta manera: que «la causa» del contrato de crédito reside en el contrato de consumo y que, así conectados los contratos, entre ambos, también existe una causa global, que es el sustento jurídico objetivo de «esa unidad comercial» a la que alude el legislador.

VII. Así entendidos los contratos vinculados, resulta todavía más oportuno relacionar —conforme lo hice con la anterior legislación en vigor— la propagación de sus efectos intra-grupo con el artículo 1274 del Código Civil. Este artículo dice que la causa de los contratos remuneratorios es el servicio o beneficio que se remunera, y ello autoriza a admitir que el elemento causal de un contrato puede ser o estar en otro contrato diferente. Siendo así las cosas, las vicisitudes de ese «otro contrato» repercutirán en aquel primero que lo han tenido como causa. Desde esta consideración, entiendo —aunque no haya sido precisado así por el Tribunal Supremo— que puede justificarse la propagación de efectos jurídicos en un grupo de contratos, aunque ninguna norma específica lo contemple —o lo haga restringidamente como lo hacía la Ley 7/1995— resultando así que en este —en el grupo— la falta de causa de un contrato podría plantearse no solo por circunstancias relacionadas con el mismo, sino también por contingencias de los otros contratos que conforman el grupo y en los que los demás tienen su causa.

VIII. Por lo demás, en esta justificación de efectos, anclada en el ordenamiento jurídico y no en categorías etéreas de difícil interpretación —así como la de «operación comercial»—, caben todas las manifestaciones de contratos vinculados que escapen a las —a veces rígidas como se ha visto— descripciones legales.

V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA:

- núm. 735/2009 de 25 de noviembre de 2009 *(RJ* 2010, 145)
- núm. 33/2010 de 19 de febrero de 2010 *(RJ* 2010, 1787)
- núm. 35/2011de 1 de febrero de 2011*(RJ* 2011, 1813)
- núm. 80/2011de 22 de febrero de 2011 *(RJ* 2011, 2470)
- núm. 14/2013de 4 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 1842)
- núm. 271/2013 de 6 de mayo de 2013 (*(RJ* 2013, 4611)
- núm. 776/2014, de 28 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1553)

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP de Guipúzcoa de 10 de junio de 1998 *(AC* 1998, 7991)
- SAP de Zaragoza de 16 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 7206)
- SAP de Huelva de 29 de setiembre de 2000 *(AC* 2001, 546)
- SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 84951)
- SAP de Lleida de 8 de junio de 2001 *(JUR* 2000, 227983)
- SAP de Girona de 26 de noviembre de 2001 *(AC* 2002, 128)
- SAP de Barcelona de 31 de enero de 2002 *(JUR* 2002, 111950)
- SSAP de Málaga de 17 de enero de 2002 *(JUR* 2002, 97121), 8 de marzo de 2002 *(JUR* 2002, 175824), 10 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 250453), 12 de julio de 2002 *(JUR* 2002, 256934)
- SAP de Asturias de 14 de octubre de 2003 *(AC* 2004, 189).
- SAP de Barcelona de 29 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004, 52196)
- SAP de Valencia de 23 de febrero de 2004 *(JUR* 2004, 163852)
- SAP de Sevilla de 19 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 166345)
- SAP de Madrid de 13 de enero de 2004 *(JUR* 2004, 251790)
- SAP de Guipúzcoa de 20 de setiembre de 2004 *(JUR* 2004, 308888)
- SAP Las Palmas de 19 de noviembre de 2004 *(JUR* 2005, 25787)
- SAP Madrid 13 de enero de 2004 *(JUR* 2004, 251790)
- SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2005 *(JUR* 2005, 183496)
- SAP Barcelona de 20 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 126792)
- SAP Valencia de 24 de enero de 2006 *(JUR* 2006, 142154)

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ACEBES CORNEJO, R. (2005). Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo (LCC), *Act. civ.,* 2005, núm. 3, pp. 261-281.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2009). *Los grupos de contratos en el Crédito al Consumo,* La Ley, Madrid.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1996). *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados),* Tirant lo Blanch, Valencia.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2000). *La compraventa financiada de bienes de consumo,* Aranzadi, Navarra.

NAVAS NAVARRO, S. (2000). Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo, *EC,* núm. 53, pp. 33-46.

NOTAS

[1] DO L 133 de 22 de mayo de 2008, pp. 66-92.

[2] BOE 25 de junio de 2011, núm. 151.

[3] La necesidad de modificar la Directiva 87/102 se venía advirtiendo en el seno de las instituciones de la Unión desde hace ya más de una década. En este sentido, por ejemplo, se podría aludir a: COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102 CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de Crédito al Consumo,* COM (95) 117 final, de 11 de mayo de 1995, *passim*; *Informe sobre la aplicación de la Directiva 90/88/CEE,* COM (96) 79 final de 12.4.96, *passim; Informe resumido de reacciones y comentarios,* COM (97) 465 final de 24 de septiembre de 1997, *passim;* COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, *Servicios financieros: reforzar la confianza del consumidor. Medidas de seguimiento de su Libro Verde sobre «Servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores»,* COM (97) 309 final; *Documento de Síntesis elaborado por la Comisión General de Sanidad y Protección de los consumidores de la Comisión Europea,* cuyo texto puede consultarse en la página web de la Unión Europea: http: // www.europa.eu.int. Con el fin de atender a la modificación de la Directiva 87/102/CEE, el 11 de septiembre de 2002 la Comisión presentó una Propuesta de Directiva —DOCE N° C 331 E de 31 de diciembre de 2002 pp. 200-248— la cual constituye el antecedente más inmediato de la norma actualmente en vigor.

[4] El artículo 2 define las tres partes que intervienen en la operación de Crédito al Consumo. La novedad es la alusión al intermediario de crédito. No obstante, cabe destacarse también que en la definición del consumidor se sigue aludiendo únicamente a la persona física, mientras que en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios (en adelante TRLGDCU) —modificado en este aspecto por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que transpone al derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, de los derechos de los consumidores— considera también consumidores a «las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial» (cfr. art. 3, párr. 2). Por su carácter específico, y además porque en este aspecto la Ley española «sigue» la línea de lo previsto por el legislador comunitario (cfr. art. 59, párr. 2, TRLGDCU y art. 3 de la Directiva 2008/48/CE), en materia de crédito al consumo —entendemos— que «consumidor» es solo la persona física.

[5] ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2009): *Los grupos de contratos en el Crédito al Consumo,* La Ley, Madrid.

[6] Decía así el inciso 1: «La eficacia de los contratos de consumo, en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito. Será nulo el pacto incluido en el contrato por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago, para el caso de que no se obtenga el crédito de financiación previsto». Para la doctrina este configuraba el supuesto de la compraventa vinculada al crédito: *vid:* GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: (1996): *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados),* Tirant lo Blanch, Valencia, p. 70; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2000): *La compraventa financiada de bienes de consumo,* Aranzadi, Navarra, p. 140; NAVAS NAVARRO, S. (2000): Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo, *EC,* núm. 53, p. 34; ACEBES CORNEJO, R. (2005): Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo (LCC), *Act. civ.,* 2005, núm. 3, p. 263. He excluido la «compraventa vinculada al crédito» —siguiendo la terminología de la anterior doctrina— del análisis de supuestos de contratos vinculados en la Ley, porque estrictamente, el supuesto constituye un caso de contratos interconectados por una condición, y no de una pluralidad de contratos interconectados. En efecto, en los contratos intercondicionados bien el comienzo (condición suspensiva), bien el fin de la existencia (condición resolutoria), de uno de los dos, está subordinada al hecho incierto de la existencia del otro contrato; por lo que, aunque deba reconocerse cierta interferencia entre los contratos, lo cierto es que no llegan a coexistir juntos.

[7] Párrafo añadido por Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

[8] Lo propio hizo el TRLGDCU al regular el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor en un contrato vinculado a financiación: se exige —para que se pueda propagar la ineficacia sobrevenida al contrato de financiación, sin penalización alguna para el consumidor— solamente un acuerdo previo entre financiador y empresario contratante (cfr. art. 77).

[9] GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1996): El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados), *op. cit.*, p. 89.

[10] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2000): La compraventa financiada de bienes de consumo, *op. cit.,* pp. 201-204. En relación con la prueba de la exclusividad, y a fin de mantener la coherencia con uno de los principios relativos a la carga de la prueba de que no puede exigirse a nadie la prueba de un hecho negativo, por constituir una prueba diabólica, postula una modificación en la carga de la prueba. Debe ser el Financiador el que, si quiere impedir los efectos de la vinculación contractual, pruebe el hecho positivo que representa la colaboración de ese Proveedor con otros financiadores.

[11] En efecto, en algunos casos siguiendo una interpretación literal de la Ley se desconoció la vinculación entre el contrato de consumo y el contrato de financiación, por no concurrir el carácter «exclusivo» del acuerdo entre proveedor y financiador. Así: SAP de Guipúzcoa de 10 de junio de 1998 *(AC* 1998, 7991), SAP de Lleida de 8 de junio de 2001 *(JUR* 2000, 227983), SAP de Zaragoza de 16 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 7206) y SAP de Asturias de 14 de octubre de 2003 *(AC* 2004, 189).

[12] A este respecto es ilustrativo lo señalado por el Tribunal Supremo, precisamente en un caso de contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en el que debió precisarse la incidencia o proyección del artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo: «Como puede observarse, aunque instrumentalmente la interpretación literal suela ser el punto de partida del proceso interpretativo, no obstante, ello no determina que represente, inexorablemente, el punto final o de llegada del curso interpretativo, sobre todo en aquellos supuestos, como el presente caso, en donde de la propia interpretación literal no se infiera una atribución de sentido unívoca que dé una respuesta clara y precisa a las cuestiones planteadas (STS de 18 de junio de 2012, núm. 294/2012). En estos casos, por así decirlo, el proceso interpretativo debe seguir su curso hasta llegar a la «médula» de la razón o del sentido normativo, sin detenerse en la mera «corteza» de las palabras o términos empleados en la formulación normativa»: STS de 28 de abril de 2015 núm. 776/2014, Fundamento de Derecho Segundo. *(RJ* 2015, 1553).

[13] *AC* 2001, 546.

[14] *AC* 2002, 128.

[15] *JUR* 2004, 163852.

[16] *JUR* 2004, 166345.

[17] *JUR* 2004, 52196.

[18] *JUR* 2004, 251790.

[19] *JUR* 2004, 308888.

[20] *JUR* 2005, 25787.

[21] *JUR* 2005, 183496.

[22] *JUR* 2001, 84951.

[23] *JUR* 2002, 111950.

[24] Respectivamente: *JUR* 2002, 97121, *JUR* 2002, 175824, *JUR* 2002, 250453, *JUR* 2002, 256934.

[25] Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2009): Los grupos de contratos en el Crédito al Consumo, *op. cit.,* pp. 241 y sigs., pp. 315 y sigs.

[26] Así, entre otras: SAP Madrid 13 de enero de 2004 *(JUR* 2004, 251790), SAP Barcelona de 20 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 126792), SAP Valencia de 24 de enero de 2006 *(JUR* 2006, 142154).

[27] *RJ* 2010, 145, a la que le han seguido: STSS núm. 33/2010 de 19 de febrero de 2010 *(RJ* 2010, 1787), núm. 35/2011 de 1 de febrero de 2011 *(RJ* 2011, 1813), núm. 80/2011 de 22 de febrero de 2011 *(RJ* 2011, 2470), núm. 14/2013 de 4 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 1842) y núm. 271/2013 de 6 de mayo de 2013 *(RJ* 2013, 4611).

[28] STS de 25 de noviembre de 2009, Fundamento de Derecho Segundo.

[29] *Ibidem*.

[30] STS Sala de lo civil, núm. 776/2014, de 28 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1553).

[31] En esta especie de financiación el consumidor estipula un único contrato a plazos con el proveedor. Con el fin de obtener lo antes posible el dinero líquido transmite sus derechos de crédito —generalmente instrumentados en títulos cambiarios— a un financiador, bien mediante un contrato de descuento, bien mediante un contrato de *factoring.* Con el traspaso de los créditos del proveedor al financiador, resulta que este último sujeto viene a convertirse en financiador directo frente al proveedor, e indirecto frente al consumidor. Como se ve, en estos casos, el consumidor va a estar relacionado con una parte contractual a la que, si se me permite la expresión, «no le ha visto la cara». Sobre esta especie de financiación y las problemas que plantea: Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2009): Los grupos de contratos en el crédito al consumo, *op. cit.,* pp. 114-121.

[32] El legislador se ha decidido a regular concretamente el desistimiento en este ámbito. Hay que recordar que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios —bajo la vigencia de la Ley 7/1995— reguló en su artículo 77 el desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario y exigió como condición a la propagación de la ineficacia del contrato de consumo al de financiación, la concurrencia de un «acuerdo previo». Este artículo, que sigue en vigor, ha sido nuevamente modificado por la Ley 3/2014 —de incorporación al Derecho interno de la Directiva 2011/83/UE de los Derechos de los consumidores— la cual ha venido a extender su ámbito de aplicación a los contratos a distancia y a los celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario.

[33] STS Sala de lo civil, núm. 776/2014, de 28 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1553).

1.6. Responsabilidad

La ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito y la justicia restaurativa: sujetos pasivos y perjudicados por una amplia heterogeneidad de hechos delictivos

The law 4/2015, of the statute of the victim of the crime and the restorative justice: passive and other fellows for a heterogeneity of criminal facts

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Titular Acreditada del Departamento de Derecho Civil de la UNED

RESUMEN: La esperada Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, contempla un catálogo de derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, sin excepción. Con todo, también contempla las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. En particular y en consonancia con las reformas acometidas en el tramo final de la X Legislatura, en materia de menores, su interés superior es la máxima que ha de presidir cualquier procedimiento penal. Conviene destacar el concepto amplio de sujeto pasivo, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado, sea víctima directa o indirecta, como familiares o asimilados. Con esta Ley se transpone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y completa alguno de los aspectos de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo.

ABSTRACT: The prospective Law 4/2015, of April 27, of the Statute of the victim of the crime, it contemplates a catalog of rights, procedural and extraprocesales, of all the victims of crimes, without exception. It also contemplates the remissions to normative special as regards victims with special necessities or with special vulnerability. In particular and in consonance with the reformations in the final of the X Legislature, as regards smaller, their superior interest is the maxim that she must preside over any penal procedure. The passive victim, for any crime and whichever it is the nature of the physical, moral damage or material that has been caused, be direct or indirect victim, as family or assimilated. With this Law the Directive 2012/29/UE of the European Parliament and of the Council, of october of 2012, 25 for the one that minimum norms settle down on the rights, the support and the protection of the victims of crimes and it completes some of the aspects of the Law 29/2011, of September 22, of Recognition and the victims' of the terrorism integral protection.

PALABRAS CLAVE: Estatuto de la Víctima. Justicia restaurativa. Derecho de la Unión Europea.

KEY WORDS: Statute of the victim. Restorative justice. European Union law.

SUMARIO: I. ESTADO NORMATIVO PREVIO A LA LEY 4/2015, DE 27 DE ABRIL, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.—II. EL NUEVO ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO: EL MARCO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.—III. ACTOS TERRORISTAS *VS*. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA AUDIENCIA NACIONAL: 1. La Memoria de la Fiscalía del País Vasco de 2015: la «normalización» desde que ETA abandonara su actividad armada en octubre de 2011, podría traducirse también en que los casos de terrorismo los deje de juzgar la Audiencia Nacional, para que sean los Juzgados de Euskadi los que lo hagan: 2. Daños indemnizables al ser resultantes de actividad terrorista: SAN (contencioso-administrativa) de 24 de septiembre de 2014 y la STC 199/1987, de 16 de diciembre: 3. La STS, de 2 de octubre de 2014 (Sala de lo Civil): Derecho a la intimidad y a la propia imagen. La fotografía no autorizada por los progenitores de su hija con discapacidad a causa del atentado del 11 M, supone una lesión al derecho a la propia imagen: 4. La SAN, de 20 de noviembre de 2013 (contencioso-administrativa): Indemnización terrorista y satisfacción de una sola vez sin contemplar nuevos perjuicios: 5. La SAN, 15 de julio de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) rechaza derecho a percibir indemnizaciones como víctimas del terrorismo a las víctimas de los Grupos Antiterrorista de Liberación (GAL) cuando se haya acreditado su participación en la delincuencia organizada o su pertenencia a organizaciones terroristas como ETA: La aplicabilidad del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983: 6. STS, de 16 de noviembre de 2015 (Sala de lo Penal): Delito continuado de abusos sexuales y renuncia de los progenitores a cualquier tipo de indemnización: 7. SAP de Mérida, de 16 de junio de 2015: personación extemporánea como acusación y falta de legitimación para instar la condena del acusado de malos tratos al haber precluido el trámite dada la calificación emitida.—IV. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTE EL TERRORISMO DE ETA: EL RECURSO PRESENTADO POR EL QUE FUERA PORTAVOZ DE BATASUNA ARNALDO OTEGI, EN PRISIÓN DESDE 2009 Y OTRAS TRES PERSONAS CONDENADAS EN EL DENOMINADO «CASO BATERAGUNE», POR EL INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN DE LA FORMACIÓN ILEGALIZADA BAJO LAS ÓRDENES DE LA BANDA TERRORISTA ETA.—V. REFLEXIONES FINALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA. VI. RESOLUCIONES CITADAS

I. ESTADO NORMATIVO PREVIO A LA LEY 4/2015, DE 27 DE ABRIL, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

Antes de profundizar en esta materia, conviene tener en cuenta el estado normativo ya que resulta determinante, no tanto por la sucesión de disposiciones o la variada tipología adoptada por cada Comunidad Autónoma, sino por el punto de inflexión que marca el Estatuto de la Víctima, toda vez que ya no se circunscribe a actos terroristas, sino que ostenta un elástico ámbito de aplicación,

una notable disparidad de tipos penales, y un nutrido elenco de «afectados», en sentido amplio, por la comisión delito[1]. En definitiva, se aparta de sus precedentes más inmediatos, singularizados por el terrorismo de conocido sesgo, ajenos en sí, a la generalidad recién subrayada del Estatuto.

Directa consecuencia de lo dicho, y dado uno de sus múltiples objetivos[2], la Defensora del Pueblo, Sra. Soledad Becerril, en el estudio remitido al Congreso, en el ámbito de sus competencias y obligaciones institucionales, declara que «la escucha del menor, víctima o testigo» sobre la posición jurídica del menor y su derecho a ser escuchado en tres momentos especialmente relevantes del proceso penal: tanto en sede policial, como en la preconstitución de la prueba y el juicio oral. En suma, formula las recomendaciones propias de su cargo, para que las Administraciones den cumplimiento al nuevo Estatuto de la Víctima en relación a la escucha del menor, víctima o testigo[3].

Por tanto, y sin perder de vista el dato preliminar, de conformidad a la información proporcionada por el Ministerio del Interior, el marco legislativo estatal se compone de tres normas a la que se añade el nuevo Estatuto de la Víctima delito, un Reglamento y la Orden reguladora de la concesión de ayudas[4].

Con carácter previo a la nueva Ley por la que se aprueba el Estatuto de la Víctima, el Derecho aplicable era el previsto en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo[5], modificada por la Ley 2/2012, de 29 de junio; la Ley 3/2012, de 6 de julio; la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre y la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio; la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones[6] y la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992 —disposición adicional vigesimoctava—[7].

Adicionalmente, mediante Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo[8] y, la Orden INT/2026/2012, de 21 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de las convocatorias para la concesión de ayudas destinadas a asociaciones, fundaciones y entidades sin ánimo de lucro, cuyo objeto sea la atención a las víctimas del terrorismo[9].

En las Comunidades Autónomas y por orden alfabético,

a) Andalucía aprobó la Ley 10/2010, de 15 de noviembre, relativa a medidas para la asistencia y atención a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía[10];
b) Aragón la Ley 4/2008, de 17 de junio, de medidas a favor de las víctimas del Terrorismo[11], modificada por la Ley 10/2012, de 27 de diciembre[12];
c) Comunidad de Madrid, Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo[13], modificada por la Ley 7/1997, de 17 de febrero[14], Decreto 2/2007, de 10 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se actualiza la cuantía de las ayudas a las víctimas del terrorismo[15];
d) Comunidad Foral de Navarra, Ley Foral 9/2010, de 28 de abril, de ayuda a las víctimas del terrorismo[16];
e) Comunidad Valenciana Ley 1/2004, de 24 de mayo, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo[17], modificada por la Ley 10/2006, de 26 de diciembre[18] y por la Ley 3/2009, de 14 de abril[19] y Decreto 163/2005, de 4 de noviembre, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo[20];

f) Extremadura, la Ley 6/2005, de 27 de diciembre, de medidas para la asistencia y atención de las víctimas del terrorismo y de creación del Centro Extremeño de Estudios para la Paz[21];
g) País Vasco, la Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo[22], Decreto 290/2010, de 9 de noviembre, de desarrollo del sistema de asistencia integral a las Víctimas del Terrorismo[23];
h) Región de Murcia: Ley 7/2009, de 2 de noviembre, de ayuda a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia[24], modificada por la Ley 13/2009, de 23 de diciembre[25], Ley 6/2013, de 8 de julio, de medidas en materia tributaria del sector público, de política social y otras medidas administrativas —disposición final cuarta—[26] y Decreto 105/2012, de 27 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia[27].

En suma, y por cuanto atañe a la normativa de las Comunidades Autónomas, qué duda cabe figuran algunas de las más duramente azotadas por la vesanía terrorista, como sucede con la Comunidad Autónoma de Madrid, para colmar el ordenamiento de los Parlamentos Autónomas, la que fuese la última actualización de La Rioja.

II. EL NUEVO ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO: EL MARCO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

La mejor literatura contemporánea, subraya la construcción ineludible de un sistema donde se recojan los derechos de las víctimas de asuntos penales, y, en especial, de las que resulten de la comisión de actos terrorismo: así una de las vías debería ser la elaboración de un Estatuto de la Víctima, donde se especifique su papel protagonista y no, como hasta ahora, había sido la previsión procedimiental, en la que eran meros destinatario de las actuaciones, sin que fuesen parte en sentido estricto[28].

Con todo, ahora veremos qué texto resultante del Estatuto de la Víctima, acoge en un sentido muy amplio la noción técnica de sujeto pasivo delito, ya que integra tanto a afectados como a perjudicados. Sin embargo, cabe destacar que al tiempo, la Ley 4/2015, modifica las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que el ahora vigente artículo 110, declara: «Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.— Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante»[29].

En definitiva, al elemento humano se le da forma en la cuantificación de las consecuencias resarcitorias asumidas por el Estado[30]. En su día, como ya hemos dado cuenta, había sido prevista la redacción del Estatuto de la Víctima. En este sentido, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, contenía dos mandatos muy precisos para el ejecutivo. De una parte, la Disposición adicional sexta: *Carta Europea*

de Derechos de las Víctimas del Terrorismo. El Gobierno apoyará e impulsará la aprobación de la Carta Europea de Derechos de las Víctimas del Terrorismo, redactada en colaboración con todas las asociaciones de víctimas del terrorismo del ámbito europeo. Y de otra, su Disposición final primera sobre el *Desarrollo reglamentario*. 1. El Gobierno, en el plazo de 6 meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia, Economía y Hacienda, del Interior y de Trabajo e Inmigración, desarrollará reglamentariamente lo dispuesto en la misma. 2. En el plazo de un año, la Administración General del Estado establecerá los criterios esenciales para la elaboración de los protocolos de actuación para situaciones derivadas de un atentado terrorista. Igualmente, en dicho plazo, impulsará y coordinará la elaboración, ejecución y difusión de esos protocolos de actuación por parte del conjunto de Administraciones Públicas competentes en la materia.

En la esperada Ley 4/2015, de 27 de abril[31], del Estatuto de la Víctima del delito[32], con absoluta claridad, en su Exposición de Motivos, enhebra los antecedentes y fundamentos remotos de la Ley, fundados en la «Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización, y que fue el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea, germen de la normativa especial posterior. El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del Informe de la Comisión Europea de abril de 2009, que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado Estatuto»[33].

Sigue la Exposición de Motivos de la Ley 4/2015, de 27 de abril, advirtiendo sobre la situación nacional donde si bien «destaca la existencia de un marco normativo garante de los derechos de la víctima, aunque gran parte de esos derechos son exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular (…) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 18 de mayo de 2011, denominada *Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea*, reitera el examen de los aspectos de la protección existente hasta la fecha que conviene reforzar y la necesidad de un marco europeo de protección, como el diseñado con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección»[34].

En síntesis, con la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo[35]. Y la Ley constata la correspondiente transposición normativa[36].

El legislador español, con esta nueva Ley, no solo ha querido ofrecer un Estatuto de mínimos europeo, sino más ambicioso, con la pretensión de completar el Estado de Derecho, en particular, donde el Derecho procesal circunscribía en favor de la víctimas garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado[37].

III. ACTOS TERRORISTAS *VS.* RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA AUDIENCIA NACIONAL

1. La memoria de la Fiscalía del País Vasco de 2015: la «normalización» desde que ETA abandonara su actividad armada en octubre de 2011, podría traducirse también en que los casos de terrorismo los deje de juzgar la Audiencia Nacional, para que sean los Juzgados de Euskadi los que lo hagan

La tradicional controversia de la existencia de la Audiencia Nacional, ha sido reverdecida por la mencionada Memoria de la Fiscalía del País Vasco. En sus datos procedentes del año inmediatamente anterior, declara sobre los «Delitos de terrorismo. Hay que mencionar especialmente este tipo de delitos, incluidos en el Título XXII del código penal. Durante el año 2014 se han incoado seis diligencias de investigación por delito de apología del terrorismo o de humillación a las víctimas del artículo 578 del código penal. En cinco casos lo han sido por denuncia del Delegado del Gobierno en relación a actos públicos de homenaje a ex miembros de la organización terrorista ETA y bien se han archivado o bien se han remitido a la Fiscalía de la Audiencia Nacional. En otro caso se incoó por denuncia de COVITE, Colectivo de Víctimas del Terrorismo, y la Fiscalía remitió la causa al Tribunal Superior de Justicia. En este capítulo debemos destacar el procedimiento tramitado en la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia contra un parlamentario y presidente del partido político SORTU, en el que actuó como acusación particular la asociación Dignidad y Justicia y que fue sobreseído por la Sala por entender dicho tribunal, como informó desde un principio la Fiscalía, que dicho parlamentario actuaba en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Asimismo debemos destacar el Rollo Penal 7/2014 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, seguido contra el mismo parlamentario vasco, esta vez por delito de pertenencia a organización terrorista. En este procedimiento la Fiscalía pide seis años de prisión y actúan como acusación particular las asociaciones Dignidad y Justicia y la Asociación de Víctimas del Terrorismo. La incidencia en Euskadi de los procesos por estos delitos ha disminuido drásticamente desde que la organización ETA cesó su actividad terrorista en octubre de 2011. No obstante la investigación y enjuiciamiento de estos delitos es competencia de la Audiencia Nacional, salvo que se trate de aforados, como son todos los miembros del Parlamento Vasco. La competencia de la Audiencia Nacional para investigar y enjuiciar estos delitos no está recogida en la Ley Orgánica del Poder Judicial sino en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece: Los Juzgados Centrales de Instrucción, la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas; relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores. La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial. Es la misma ley la que con carácter de transitoriedad atribuye a la Audiencia Nacional estos delitos, y dice que la legislación que pueda modificar esta competencia se inspirará en el principio de inmediación judicial. Con total sujeción por tanto al principio de legalidad quizá ha llegado el momento de plantear esa modificación legal, pues las razones por las que en su día se atribuyó a dicho Tribunal estos delitos, la

presión terrorista contra los jueces o fiscales del lugar de comisión de los delitos, hace más de tres años que ha terminado»[38].

Sin duda, no es el momento en este artículo dedicado a dar cuenta de una novedad legislativa estatal en materia de víctimas, afectados y perjudicados, la valoración ni personal o política del acierto de estas afirmaciones sobre la «normalización», si bien conviene no olvidar otros datos como la propia estructura procesal jurisdiccional democrática elaborada en función de los tipos enjuiciados, así como la propia integración de miembros de la banda fuera en su sección política o armada, en las instituciones públicas en Ayuntamientos y Entidades públicas. Hecho en sí mismo dotado de un valor propio y susceptible de variadas interpretaciones, como el adjetivo normalización, todas ellas anfibológicas[39].

2. Daños indemnizables al ser resultantes de actividad terrorista: SAN (contencioso-administrativa) de 24 de septiembre de 2014 y la STC 199/1987, de 16 de diciembre

Los autos del caso, aprecian el recurso contencioso, por lo que declara la procedencia de la indemnización impetrada por la representación y defensa de Carlos Ramón, denegada en su día por resolución de 9 de abril de 2012 de la Directora General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo, actuando por delegación del Ministro del Interior.

Los hechos de autos se remontan al día 6 de julio de 1974, estando D. Carlos Ramón custodiando en el Hospital Provincial de San Sebastián al detenido D. Augusto, fue encañonado por cuatro miembros de ETA quienes bajo amenazas creíbles de muerte le obligaron a él y a su compañero a arrojarse al suelo, sustrayéndole las armas, dándose finalmente el grupo a la fuga en unión del detenido.

Por otra parte, la resolución de fecha 4 de febrero de 2012 de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, reconoció al actor la pensión extraordinaria de jubilación por incapacidad en acto de servicio. Resolución revisada consecuencia del requerimiento de 16 de noviembre de 2012 del cumplimiento de la sentencia 535/2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, mediante resolución de 27 de noviembre de 2012 de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas en la que se reconoce al interesado la pensión extraordinaria de jubilación derivada de acto terrorista.

Relata la sentencia de la Audiencia Nacional que «Interpuesto recurso contencioso-administrativo y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente para una vez recibido emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se dicte sentencia por la que por la que «revocando y anulando la resolución dictada el día 9 de abril de 2012 por la Directora General de la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo actuando por delegación del Ministro del Interior, adoptada en el expediente administrativo, resuelva estimar la solicitud de reconocimiento de la condición de víctima del terrorismo, y la indemnización prevista para los supuestos de incapacidad permanente total, de cien mil (100.000) euros, con sus intereses legales; con los pronunciamientos complementarios inherentes a tales declaraciones», pese a la expresa oposición de la Abogacía del Estado.

Apréciese que el fundamento de la desestimación de la resolución recurrida, radica en que la Administración no considera que los hechos causantes de la enfermedad revistan los caracteres de una «acción de naturaleza terrorista *strictu sensu*» y en el hecho de que las sucesivas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, no reconocieron la relación de causalidad entre dicha enfermedad y un acto terrorista, pese a la pericial practicada.

Declara la sentencia en sus Fundamentos de Derecho que «La doctrina del Tribunal Constitucional considera como característico de la actividad terrorista, el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. Suponiendo esta forma delictiva, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho, que suponga, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, un ataque al conjunto de la sociedad democrática (STC Pleno 199/1987, de 16 de diciembre).

Y precisamente, el supuesto de autos estima que el incidente determinante de la patología causante de la incapacidad permanente del actor, entra en el concepto de acto de terrorismo ya que su objeto era subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Reconocida, por tanto, la existencia de la relación causal entre las lesiones del actor y el acto terrorista, resulta que el recurrente es acreedor de las indemnizaciones previstas por la Ley 29/2011. Sobre este punto, las mencionada Ley precisa las prestaciones y las indemnizaciones atendiendo a diversos elementos, como el grado de incapacitación y las contingencias sufridas, previendo otros factores de ponderación, de manera que, en muchos casos, la determinación de las sumas a reconocer a las víctimas del terrorismo no resulta automática.

Por consiguiente, como para un supuesto semejante declaró esta misma Sección en la sentencia de 18 de septiembre de 2013 (recurso contencioso-administrativo número 45/2011), con anulación de la resolución impugnada, debe reconocerse el derecho del recurrente a que se le abonen las cantidades que correspondan con arreglo a las normas aplicables.

3. La STS, de 2 de octubre de 2014 (Sala de lo Civil): Derecho a la intimidad y a la propia imagen. La fotografía no autorizada por los progenitores de su hija con discapacidad a causa del atentado del 11-M, supone una lesión al derecho a la propia imagen

La propia sentencia nos resume cuáles son los derechos que entran en colisión en el presente asunto civil «1. La controversia objeto del proceso ha girado en torno al conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Así, los recursos dimanan de un procedimiento ordinario para la tutela de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen que fue iniciado, en su representación, por los padres de una joven víctima del atentado del 11-M, en estado neurovegetativo y por tanto, incapacitada a consecuencia de las graves lesiones y secuelas resultantes, y que permanecía ingresada desde entonces en una fundación (Fundación San José) en una sala para enfermos de tal índole (Unidad de Daño Cerebral). En concreto, los padres solicitaron la condena solidaria de todos los demandados (empresa editora y dos personas físicas) al pago de una indemnización (según dictamen pericial) por el daño moral sufrido a resultas de la publicación de un reportaje

en el suplemento «Crónica» del diario El Mundo, correspondiente al domingo 11 de marzo de 2007 (coincidiendo con el tercer aniversario del atentado), en el que, bajo el título «Muerta en vida desde el 11-M» se procedió a divulgar datos de la víctima, referentes a su situación clínica y a su vida personal, familiar y profesional, junto con tres fotografías, todo ello, sin el preceptivo consentimiento de sus representantes legales. En su contestación los demandados comparecidos (todos menos el Sr. Erasmo) se opusieron alegando, en síntesis, que el reportaje tenía interés general por la materia y porque la víctima, a su pesar, había alcanzado notoriedad pública por razón del atentado, que no se vulneró la intimidad porque solo se publicaron datos que ya eran conocidos y que tampoco se lesionó la propia imagen porque en ninguna de las fotos publicadas se la podía reconocer».

En buena lógica, en este supuesto prima el derecho a la propia imagen, especialmente al haber concursado tanto la expresa oposición de los padres, como la oposición a la casación interpuesta por el periódico recurrente. Se oponen el Ministerio Fiscal y la parte recurrida: «El primero recuerda el artículo 22 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, instrumento que se integra en nuestro ordenamiento jurídico (art. 91.1 CE) y la Ley de autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, al reconocer el derecho de toda persona a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a la salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley. En el presente caso, existe una especial protección que el ordenamiento jurídico concede a la demandante por su especial situación de vulnerabilidad. Por ello, si bien el reportaje emitido por su objeto tenía interés público, al afectar a una persona discapacitada y no existir consentimiento válidamente prestado, la revelación de los datos relativos a su salud suponen una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. En la misma línea hay que situar la oposición de la parte recurrida que destaca que los padres no se opusieron a la «*elaboración del reportaje periodístico sobre la unidad de daños cerebrales, sí (se opusieron) a un reportaje sobre su hija*», faltando el consentimiento escrito para esto último».

Apréciese que existían disposiciones normativas suficientes para condenar y por tanto que recayese la obligación de resarcir por parte del periódico que conculcó el derecho nacional y los Tratados de los que nuestro Estado forma parte, dada la redacción del artículo décimo de la CE, si bien aún no había sido aprobado el Estatuto de la Víctima en la que cupiese la ampliación de los sujetos pasivos, a los familiares afectados.

4. La SAN, de 20 de noviembre de 2013 (contencioso-administrativa): Indemnización terrorista y satisfacción de una sola vez sin contemplar nuevos perjuicios

De nuevo, y como la sentencia recogida *ut supra,* el acto impugnado es la resolución del Ministro de Interior, dictada por su delegación por el Director General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo, de fecha 29 de abril de 2011, por la que se desestima la solicitud de indemnización, presentada por el recurrente, al haber sido indemnizado con anterioridad.

El fundamento de la decisión administrativa se residencia, en que de conformidad con el artículo 2.3 de la Ley 32/1999 y el artículo 2.3 del Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre se establece que las indemnizaciones serán satisfechas de una sola vez.

Y la víctima recurrente «fundamenta su pretensión procesal en los hechos que se han hecho constar en el primer antecedente de hecho de esta sentencia, por

lo que se acreditado que el recurrente presenta unas lesiones no detectadas, que han determinado su inutilidad permanente para el servicio por acto de servicio y terrorista, en virtud de la Resolución de la Ministra de Defensa, arriba citada, por ello debe serle abonada la diferencia, con la indemnización que por atentado terrorista percibió, ya que la indemnización percibida era por lesiones permanentes no invariantes y ahora se ha determinado una incapacidad permanente total derivada de una enfermedad psíquica que no fue tenida en cuenta cuando se le otorgó la indemnización».

Y sobre este punto de la indemnización en una sola vez, se advierte por el juzgador que es un principio no una máxima indubitable, por lo que ahora bien el principio general que en dichas sentencias se establece, y al que hace referencia el Abogado del Estado, en el sentido que las indemnizaciones que se otorguen únicamente «se concederán por una sola vez» (art. 2.3 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo y 2.3 también del Reglamento de ejecución de la Ley, aprobado por Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre), criterio que ya venía establecido en el artículo 3.4 del Real Decreto 1311/1988, de 28 de octubre, por el que se aprobaba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, era objeto de matizaciones en cuanto, básicamente, estaba referida a los supuestos de agravamiento de la lesión o padecimiento que había sido ya objeto de valoración e indemnizado con anterioridad. Por ello, en las precitadas sentencias, se establece, como excepción a este principio general los supuestos que: «*… si bien podría darse el caso de la aparición posterior de secuelas derivadas de atentado terrorista, como manifestaciones diferidas en el tiempo de una acción terrorista que pudieran quizá propiciar una nueva valoración e indemnización*», y se reafirma al indicar las mismas: «*lo que no obstaría a la existencia de manifestaciones posteriores, silentes al tiempo de la sentencia, derivadas claramente de un acto terrorista*»[40].

5. La SAN, 15 de julio de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) rechaza derecho a percibir indemnizaciones como víctimas del terrorismo a las víctimas de los Grupos Antiterrorista de Liberación (GAL) cuando se haya acreditado su participación en la delincuencia organizada o su pertenencia a organizaciones terroristas como ETA: La aplicabilidad del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983

En este caso, y como en los anteriores de los que se ha dado cuenta, en vía contencioso-administrativa, el recurso de dirige contra la resolución del Ministro de Interior, dictada por su delegación por la Directora General de Ayudas a Víctimas del Terrorismo, de fecha 5 de diciembre de 2013, que desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución de la misma Autoridad, de fecha 13 de junio de 2013, que desestima la solicitud de indemnización al amparo de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

Desestima la SAP las pretensiones de la recurrente, toda vez que por la parte actora se fundamenta su pretensión procesal al estimar que desde la legalidad constitucional y desde la legalidad penal no está acreditada la pertenencia del hijo de los recurrentes a organización que perpetra delitos violentos, por lo que no es de aplicación el artículo 3 bis de la Ley 29/2011, aparte que este precepto legal ha sido introducido en la Ley con posterioridad a la solicitud de indemnización,

por lo que no es factible su aplicación retroactiva de una disposición restrictiva de derechos individuales; alega la teoría de los actos propios en cuanto que la Administración había reconocido indemnización a favor de los recurrentes por el mismo hecho, y concluye en la imposibilidad de establecer categorías entre las víctimas de terrorismo. Por la Abogacía del Estado se alega la corrección jurídica del acto impugnado, la plena aplicación del Convenio Europeo sobre Indemnizaciones a las Víctimas de Delitos Violentos, el acreditamiento por los informes de las fuerzas de seguridad de la pertenencia a ETA del hijo de la recurrente, y su valor probatorio en el ámbito del proceso que nos ocupa, sin que proceda aplicar la teoría de los actos propios cuando la vigencia de una nueva norma legal impide su aplicación actual. SEGUNDO. La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, como expresa su Exposición de Motivos busca la protección integral de las personas afectadas por actos terroristas, la proyección de los principios de respeto, justicia y solidaridad y el carácter tuitivo de la norma jurídica. Y en orden a su razón de ser, dice: «En efecto, memoria, dignidad, justicia y verdad, son las ideas fuerza que fundamentan el dispositivo normativo recogido en la presente Ley buscando en última instancia la reparación integral de la víctima. De acuerdo con estos cuatro principios fundamentales, el Estado reitera su compromiso de perseguir la derrota definitiva, incondicional y sin contrapartidas del terrorismo en todas sus manifestaciones». Y continua diciendo: «Las víctimas del terrorismo constituyen asimismo una referencia ética para nuestro sistema democrático. Simbolizan la defensa de la libertad y del Estado de Derecho frente a la amenaza terrorista. Los poderes públicos garantizarán que las víctimas sean tratadas con respeto a sus derechos y para asegurar la tutela efectiva de su dignidad. Añade: «Los principios de respeto, justicia y solidaridad son los que justifican que se haya reunido en un cuerpo normativo la plural legislación existente con anterioridad y que se vino aprobando desde los orígenes de nuestra democracia para dar respuesta a las necesidades de víctimas y familiares».

Finalmente, el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983, fue ratificado por España, mediante Instrumento de Ratificación, publicado en el BOE, núm. 312, de 29 de diciembre de 2001, el cual, en su artículo 8.2, dispone: «*Se podrá reducir o suprimir asimismo la indemnización si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos*». Por tanto, de conformidad con el artículo 96 de la Constitución española, este Tratado Internacional al haber sido publicado oficialmente es España en la fecha arriba indicada, forma parte del ordenamiento jurídico interno, con rango de ley, de plena aplicación desde su entrada en vigor el 1 de febrero de 2002, y por ello, susceptible de proyectarse respecto de quienes pudiendo ser víctima de acto terrorista, la constancia de su participación en delincuencia organizada o pertenencia a una organización dedicada a perpetrar delitos violentos imposibilita la obtención de título jurídico valido para ser acreedor de las ayudas que nuestro ordenamiento jurídico confiere a las víctimas de terrorismo».

6. STS, de 16 de noviembre de 2015 (Sala de lo Penal): Delito continuado de abusos sexuales y renuncia de los progenitores a cualquier tipo de indemnización

Declara la STS que el proceso debe contemplar medidas y actuaciones encaminadas a dispensar la adecuada protección a las víctimas y cuando se trata

de menores de edad debemos tener presente y atender a las necesidades de protección del menor, que adquieren especial relevancia tratándose de delitos como el presente que atentan a su indemnidad sexual. Así, hay que tener en cuenta el artículo 39.4 CE, la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Decisión Marco 2001/220JAI, del Consejo, de 15/03/2001, transpuesta a nuestra legislación interna por la Ley 4/2015, de 27/04, del Estatuto de la Víctima, que tiene como fin reunir en un único texto normativo los derechos de las víctimas, que hasta ahora se regulaban en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otros textos referidos a determinados tipos de víctimas, entre ellos, la L.O. 1/1996, de 15/01, de Protección Jurídica del Menor. Pues bien, la Ley 4/2015, publicada el 28/04/2015, en vigor a los seis meses de su publicación, se ocupa en su artículo 26.1 de las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, como son la grabación audiovisual de las declaraciones efectuadas en la fase de investigación y su reproducción en el juicio oral conforme a las condiciones determinadas por LECrim. o la toma de declaración por medio de expertos, que ya estaba establecida con carácter general en el artículo 433.3 LECrim., redactado por la Ley 8/2006, al que se añade un cuarto párrafo por la Ley 4/2015, que dispone «en el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesaria para evitar causarles graves perjuicios que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima siempre que ello resulte posible.— El juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales», lo cual constituye una excepción al principio de oralidad e inmediación en la práctica de la prueba derivado de la especial protección que debe dispensarse al menor o discapacitado.

Lo cierto es que pese a las cautelas indicadas, la falta de práctica de algunas pruebas, constituyen fundamento para la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la contravención de los derechos del acusado. Si bien, a estos efectos se quiere subrayar la incorporación jurisdiccional de la transcendencia de la Ley y sus efectos, pese a que en el caso de autos en particular, no proceda estimar las alegaciones de los progenitores ni de la menor.

7. SAP de Mérida, de 16 de junio de 2015: personación extemporánea como acusación y falta de legitimación para instar la condena del acusado de malos tratos al haber precluido el trámite dada la calificación emitida

En este caso, la resolución jurisdiccional ventila el valor y el sentido de la posición procesal de la víctima y su derecho a personarse y a instar la acusación del denunciado. Dice así la sentencia: «Aunque el artículo 785.3 puede ser una puerta abierta a la personación de las víctimas y a la flexible interpretación del ejercicio de la acción penal por parte de las mismas, tal precepto no deroga la previsión del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las posibles dudas que podían suscitarse a la hora de conciliar ambos preceptos las entendemos despejadas a la vista de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. Aunque no está todavía en vigor, sí es un instrumento muy

relevante de cara a interpretar la regulación vigente. Como podremos comprobar, esta Ley apenas cambia el panorama jurídico en esta materia. El título II de la Ley 4/2015 regula precisamente la participación de la víctima en el proceso penal. Su artículo 11 dispone que toda víctima tiene derecho a ejercer la acción penal conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir. Es decir, hay una remisión directa a la ley procesal penal. Ley 4/2015 que, además, ha modificado el famoso artículo 110 y ha introducido el artículo 109 bis. Este último y nuevo precepto comienza diciendo que «las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación delito, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación». Y la nueva redacción del artículo 110 no modifica la previsión actual, a saber: «los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación delito». Como puede observarse, la Ley 4/2015 nada quita ni pone a la regulación presente en orden a la personación de las víctimas como acusación particular. Esto nos viene a mostrar que la voluntad de la ley sigue siendo sujetar el ejercicio de la acción penal a un plazo concreto. Se desmonta así la tesis de que el artículo 785.3 había echado por tierra el efecto preclusivo previsto en el artículo 110. Es más, también la Ley 4/2015 ha dado nueva redacción al artículo 785.3. A partir del 28 de octubre de 2015 (fecha de entrada en vigor de la citada ley), el deber de información no será universal sino solo a petición de la propia víctima. Sea como fuere, hemos de incidir en que el artículo 785.3 realmente no regula la personación, ni el ejercicio de la acción penal por la víctima, que es justamente lo que contempla el artículo 110. El artículo 785.3 es expresión de un derecho básico de la víctima, cual es estar informado a lo largo de todo el proceso penal y, particularmente, de su resultado final (art. 3 de la Ley del Estatuto de la Víctima del delito). También tenemos que resaltar que, tras la introducción del artículo 785.3 por la Ley 38/2002, el legislador cambió después el artículo 110, sin alterar sin embargo el régimen de preclusión. Si, con la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, se añadió un tercer párrafo (párrafo que ha sido suprimido ahora, o más bien cambiado de ubicación, por la Ley 4/2015, de 24 de octubre), manteniéndose inalterada la previsión que exhortaba a los perjudicados a personarse como parte antes del trámite de calificación, sin retroacción alguna. En fin, tras la Ley 4/2015, no por su aplicación directa sino solo como expresión de la voluntad legal de cara a evaluar la legislación vigente, se confirma que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción tanto actual, como inminente (octubre de 2015), impide a la víctima sostener la acción penal después del trámite de calificación. Ni el artículo 110, ni la interpretación sistemática de los distintos preceptos que regulan el procedimiento abreviado, permiten prescindir de la regla general preclusiva de personación. Y esta solución lejos de ser discutible se cohonesta mejor con el derecho de defensa del acusado, que no puede quedar al albur de acusaciones nuevas y sorpresivas».

8. Práctica probatoria y consolidación de los derechos de la víctima de agresión sexual: la SAP de Tarragona, de 5 de junio de 2015

Como cuestión procedimental previa en el asunto que ventila la resolución se planteó «Primero: Al inicio del acto del juicio oral se abrió un turno previo para el planteamiento de cuestiones procesales o procedimentales o aportación de

nuevos medios probatorios, en aplicación analógica de lo previsto en el artículo 786 LECrim o respecto a la publicidad del juicio oral. La acusación pública solicitó la limitación parcial de la publicidad del acto cuando prestara declaración la Sra. Rosana. La defensa nada opuso y el tribunal lo acordó por considerar que concurrían los presupuestos justificativos de la restricción previstos en el artículo 680 LECrim y 25.2.d) de la Ley 4/2015 sobre el *Estatuto de la Víctima en el proceso penal*. La sala al amparo del artículo 701 a) LECrim trasladó a las partes la oportunidad de promover o no alguna petición con relación a la orden de práctica probatoria. La defensa del acusado Sr. Rodolfo interesó que su defendido prestara declaración en último lugar. La sala aceptó la propuesta por considerar que de esa manera se garantiza mejor el derecho de defensa y como lógica consecuencia se obtiene también mejor la finalidad pretendida en el mencionado artículo 701 LECrim de favorecer el descubrimiento de la verdad conforme al paradigma del proceso justo y equitativo».

9. Delitos de lesa humanidad contra la cúpula terrorista: Juzgado Central de Instrucción Auto, de 27 de noviembre de 2015

El Auto, a juicio de la autora de estas líneas, desgrana argumento por argumento, cada uno de los presupuestos constitutivos del delito, aportando la narración completa de la reciente historia de la banda.

Y en su virtud, dice que se desprende como indiciariamente acreditados los siguientes HECHOS:

A) La estrategia de ETA y la persecución sistemática de amplios sectores de la población como medio para alcanzar sus fines

La estrategia desarrollada por ETA a lo largo de su historia se ha basado en el uso combinado de la práctica del terrorismo y de la presión social para amedrentar, tanto al Estado español como a aquellos sectores de la sociedad que se oponían a su proyecto político y social. Lo que pretendía con dicha actividad terrorista era generar una situación insostenible para el Gobierno de España que le obligara a negociar políticamente con la banda terrorista y finalmente a aceptar sus pretensiones. Para generar dicha situación de terror en la población vasca y española, la actividad delictiva de ETA, complementada y apoyada por las actividades del resto de organizaciones del llamado MLNV, se dirige principalmente a la eliminación física (asesinato) o el amedrantamiento (mediante amenazas, extorsiones, presiones sociales de todo tipo y los atentados dirigidos a causar estragos materiales) de aquellas personas representativas, tanto de las instituciones del Estado como de sectores muy determinados de la sociedad vasca y española (grupos políticos, ideológicos, profesionales, económicos o sociales), que se caracterizaban por su oposición al proyecto político y social propugnado por la banda terrorista y su entorno, y que por ello suponían un obstáculo para la consecución de sus objetivos.

B) Grupos y colectivos víctimas de la violencia

Los colectivos concretos de la sociedad contra cuyos representantes o miembros ETA ha dirigido su actividad terrorista, han permanecido prácticamente sin

alteración desde el advenimiento de la democracia en España, sufriendo únicamente ligeras variaciones, que son consecuencia de las adaptaciones estratégicas que hacía la banda terrorista para, de acuerdo a sus análisis de la situación política y social en cada momento, mejorar la eficiencia de su actividad terrorista. Así, durante el periodo que se extiende desde 1978 hasta 1992, ante la creencia de que lo fundamental era presionar al Estado español, el objetivo era golpearlo en su columna vertebral, por lo que la mayor parte de las acciones terroristas de ETA se dirigen contra los «cuerpos represivos» (Guardia Civil y Policía, así como a los «colaboradores» de los mismos) y los «poderes fácticos» (las Fuerzas Armadas). No obstante, la actividad terrorista también se dirigió contra el poder económico español, contra los bienes de capital francés, contra los funcionarios de prisiones, en apoyo a reivindicaciones de tipo ecológico (Lemóniz, autovía del Leizarán…) y cometiendo secuestros con la finalidad de procurarse fondos. Como ya hemos señalado, lo que caracterizaba a las personas que eran objeto de la actividad delictiva realizada por ETA y el resto de organizaciones del MLNV era su posicionamiento ideológico o su adscripción a actividades o sectores institucionales, políticos, ideológicos, profesionales o sociales que a juicio de la banda terrorista impedían o dificultaban el desarrollo de su proyecto político, económico y social. Así, cuando en sus inicios ETA teorizaba sobre la «guerra revolucionaria» ya señalaba como uno de los objetivos de su actividad terrorista el atemorizar a los sectores de la población que se oponían a su proyecto político. Ese clima de acoso, miedo e inseguridad en la sociedad vasca y española que ETA y su entorno generan con su actividad terrorista, dirigida contra determinados sectores de la población, es corroborado por informes de instituciones que defienden los derechos humanos, como la Comisaría de Derechos Humanos de la Unión Europea, o el Defensor de la Comunidad Autónoma del País Vasco («Araterko»). De acuerdo con los informes de dichas instituciones, la violencia generada por ETA ha creado una situación de terror en la parte de la sociedad vasca que no se identifica como nacionalista, provocando en muchas localidades y comarcas de esa Comunidad Autónoma, sobre todo en aquellas donde gobernaban grupos políticos que legitimaban o justificaban la actividad terrorista de ETA, la sensación de desvalimiento e indefensión.

C) Violencia de persecución

La violencia de ETA tiene bajo su punto de mira a numerosos colectivos que, a la luz de las atrocidades cometidas por los terroristas, están sometidos a lo que se denomina violencia de persecución. En las ciudades y pueblos del País Vasco afloran con mayor crudeza las enormes dificultades de muchos representantes democráticos sometidos a persecución, viendo limitado gravemente el ejercicio de sus funciones públicas, que deben ser prestadas bajo la presión constante y con riesgo de su integridad física y moral y de su propia vida. Esta es una anormalidad de la convivencia democrática impropia de un Estado de Derecho, y que propicia que en algunos de nuestros municipios se haya producido de manera reiterada y constante un ataque a los derechos humanos y a las normas más elementales de una sociedad democrática. Son también muchas los agravios que soportan los miembros de los grupos perseguidos en muchos municipios vascos cuando se producen situaciones de humillación hacia las víctimas y de exaltación de los victimarios, cuando no de la propia actividad terrorista. Especialmente, en los pequeños municipios las manifestaciones de afecto o de desafecto resultan más

evidentes, creándose, en algunos casos, situaciones de asfixia que han propiciado el abandono de numerosas víctimas de su localidad o incluso de la comunidad autónoma vasca. Muchas veces las víctimas adoptan la decisión de abandonar su tierra, para preservar a sus hijos del ambiente del rechazo social, especialmente lacerante, después de haber perdido a sus seres queridos. Fuera de las víctimas indiscriminadas, la inmensa mayoría de las personas asesinadas o heridas por ETA pertenecían previamente a los grupos y colectivos amenazados.

C) Características estructurales de ETA: una organización jerarquizada y compartimentada

A finales de los años setenta y principios de los ochenta del siglo pasado la banda terrorista ETA queda definida en cuanto a organización, estructura y principios de funcionamiento. Con el denominado «centralismo democrático» como referente, se establece una jerarquía basada en una rígida disciplina, que al amparo de la clandestinidad y la aureola que rodea a los componentes de la denominada «cúpula» o «comité ejecutivo», se convierte en una férrea dictadura de este órgano que asume todas las funciones directivas, de tal manera que no hay prácticamente nada que esa estructura dirigente no controle, impulse o dirija. El llamado centralismo democrático es un principio organizativo marxista de funcionamiento interno que se sustenta en la correcta interrelación de dos conceptos: «dirección única», encargada de garantizar el cumplimiento de los acuerdos, de desarrollar las tareas de dirección entre congreso y congreso y de evitar la existencia de fracciones o tendencias internas; y «democracia interna», consistente en la participación consciente de toda la militancia en la elaboración y discusión de la línea política, en la elección de los órganos de dirección y, tanto directamente como por medio de la delegación en los miembros elegidos (designados), en la práctica constante de la organización. Esto es pura teoría, porque en la realidad la vanguardia o «dirección única», que ejerce la dirección política, impone sus decisiones al resto del «sujeto político». El comité ejecutivo ha sido tradicionalmente el máximo órgano directivo de ETA, la «cúpula» de la banda terrorista. Desde finales de la década de los setenta hasta 1992, la banda mantuvo a alguno de sus miembros originales. Las sucesivas incorporaciones a esta estructura dirigente, motivadas por la detención de sus integrantes, han sido de militantes que ya realizaban labores relacionadas con el comité ejecutivo, ejerciendo de lugartenientes o de segundos de los responsables de los «aparatos» que lo componían. Puede decirse que gracias a esa forma de relevo entre sus miembros, ETA ha mantenido una línea de continuidad en cuanto a facultades y forma de funcionamiento, obligada a ello por su carácter clandestino, que hace imposible que cualquier modificación sea adoptada por la mayoría. Lo que parece evidente es que los más altos cargos jerárquicos de ETA, entendiendo por tales los máximos responsables de los aparatos históricamente más importantes, más algunos otros que han destacado por su especial carisma o ascendiente dentro de la organización y por el desempeño de ciertas funciones quizá más destacadas, han tenido un alto nivel de capacidad decisoria, tanto en la determinación de la estrategia general como en la aprobación y ejecución de tácticas y actuaciones concretas. En definitiva, lo que caracteriza a la organización es que el núcleo de la dirección adopta las decisiones de especial relevancia, y los miembros subordinados, que son fungibles, es decir, susceptibles de ser sustituidos por otros en las mismas condiciones, las ejecutan sin poder formular objeción alguna a

las órdenes que reciben de la dirección o de los responsables de los aparatos político y militar.

D) Aproximación a las principales cúpulas de ETA durante el periodo investigado

Del análisis de los elementos documentales obrantes en la Jefatura de información de la Guardia Civil, se ha podido determinar que a lo largo de la historia de ETA han podido formar parte de la cúpula o «comité ejecutivo» de la banda terrorista un número aproximado de militantes de la misma situado entre 40 y 50 personas. Hay que tener en cuenta que determinar con exactitud las sucesivas-cúpulas de ETA, centrándolas en periodos cerrados o concretos de tiempo, ha resultado especialmente complicado debido fundamentalmente a que a lo largo del tiempo han ido entrando y saliendo sucesivamente militantes en la estructura dirigente de la banda terrorista, motivado principalmente por las detenciones de los mismos, fallecimientos de algunos de ellos, y en algún caso aislado por cuestiones de disciplina interna. Tras los atentados islamistas del 11 de marzo de 2004 los dirigentes de ETA, conscientes del enorme impacto que las citadas acciones terroristas cometidas en Madrid generaron en la sociedad, tanto a nivel nacional como internacional, decidieron no llevar a cabo atentados en los meses siguientes, con el objetivo de evitar un mayor número de reacciones adversas contra la violencia terrorista que ellos materializaban. Dentro de este periodo de no comisión de atentados por decisión estratégica de la cúpula dirigente de la organización, el 03/10/2004, la policía francesa, en colaboración con la Guardia Civil procedió a la detención de uno de los principales dirigentes de ETA en ese momento, Abelardo «Gallina», así como de su compañera Belinda «Zafiro», quien también ostentaba labores de máxima responsabilidad en ETA al estar encargada de las finanzas y de la gestión de los «zulos» que hasta ese momento tenía la banda terrorista. También se encontró una gran cantidad de documentación relativa al funcionamiento interno de ETA, hecho que permitió conocer en detalle las características de la financiación de la banda terrorista, su estructuración y los integrantes de sus cuadros de dirección. La operación policial descabezó de nuevo a ETA, cuyos militantes más cualificados tuvieron que, a lo largo de 2005, centrar una gran parte de sus esfuerzos y actividades en labores de reorganización interna con el objetivo de volver a la operatividad. Durante este periodo de tiempo, los comandos de ETA en el interior, siguiendo instrucciones de los nuevos responsables de ETA, intentaron cometer atentados mortales sin éxito, al ser frustrados los mismos por la eficaz actividad policial. El 22/03/2006 ETA difundió un comunicado en el que anunciaba el inicio de una «tregua». La declaración dio paso a un proceso de diálogo con el Gobierno español. La banda terrorista se mantendría sin cometer atentados mortales hasta el 30/12/2006, fecha en la que hizo estallar un coche bomba en el aparcamiento de vehículos de la Terminal 4 del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, causando la muerte a dos personas. En ese momento eran jefes militares de la organización los procesados Lucio, y Urbano, y jefe político Alejandro. La Sección 3.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y sentencia 18/2010, de 21 mayo 2010, condenó a cada uno de los integrantes del comando legal «ELURRA», Felipe, Mario y Victorino, a 1040 años de prisión por su participación en estos hechos. Este atentado puso fin a un importante periodo de tiempo sin acciones terroristas con resultado de muerte (más de tres años). Después de la explosión del coche-bomba en la T-4 del aeropuerto madrileño, ETA tardó seis meses en anunciar

su retorno a la actividad terrorista. A partir de esta fecha, la banda terrorista trató de llevar a cabo un importante esfuerzo en la comisión de atentados, pero la eficacia policial condujo al fracaso de su estrategia y de los planes elaborados para romper la «tregua», si bien consiguió ocasionar dos víctimas mortales, el asesinato de dos guardias civiles en diciembre de 2007 en Cap Bretón (Francia). Tras el final de la tregua decretada en 2006, ETA volvió a plantear una serie de debates en su seno para tratar de perfilar una estrategia adecuada renovada con la que afrontar la nueva etapa que se abría con la reanudación de la actividad terrorista. El atentado cometido en la T-4 del aeropuerto de Madrid-Barajas a finales de diciembre de ese año y las consecuencias que la materialización del mismo había acarreado, habían provocado divisiones en su seno, en especial entre algunos sectores de los presos de la banda terrorista que se vieron invadidos por un sentimiento de desánimo tras el fracaso de las conversaciones entre ETA y el Gobierno. Los dos sectores enfrentados luchaban por el poder dentro de ETA, un sector agrupaba a los responsables de los «aparatos militar y logístico» representados por Lucio «Torero», Urbano y Eduardo «Millonario»; y el otro al resto de las estructuras, entre las que se encontraban las del departamento politice y de finanzas, representados por Olegario «Cachas», Mariola «Baronesa» e Pedro Jesús. El enfrentamiento entre los dos bandos se saldó con la «victoria» del sector encabezado por Emilio. Sin embargo, la operación policial llevada a cabo en Burdeos (Francia) por la policía francesa en colaboración con la Guardia Civil en mayo de 2008 que se saldó con la detención de Olegario «Cachas», Mariola «Baronesa» e Pedro Jesús, hizo que el poder dentro de la banda terrorista quedase en manos, de Lucio «Torero», Eduardo «Millonario» y Jose Francisco quienes apostaron por desarrollar una línea «dura» de actividad terrorista.

E) Principales atentados cometidos durante el periodo investigado

Prueba de ello es que en este periodo de tiempo se llevaron a cabo varias acciones terroristas entre las que destacan los siguientes atentados con resultado de muerte…

Sin duda, este Auto es una de las resoluciones judiciales más documentadas sobre la reciente historia de esta banda y cómo su funcionamiento incurre en los elementos del tipo de lesa humanidad.

III. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTE EL TERRORISMO DE ETA: EL RECURSO PRESENTADO POR EL QUE FUERA PORTAVOZ DE BATASUNA ARNALDO OTEGI, EN PRISIÓN DESDE 2009 Y OTRAS TRES PERSONAS CONDENADAS EN EL DENOMINADO «CASO BATERAGUNE», POR EL INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN DE LA FORMACIÓN ILEGALIZADA BAJO LAS ÓRDENES DE LA BANDA TERRORISTA ETA

En este caso, no hemos tenido la oportunidad de tener la resolución entre las manos para poderla estudiar, si bien los medios de comunicación indican que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha acordado el 26 de noviembre de 2015, inadmitir parcialmente el recurso presentado por el que fuera portavoz de Batasuna Arnaldo Otegi por el denominado «caso Bateragune», si bien aplaza su decisión sobre la cuestión más relevante, que debe establecer si la Audiencia

Nacional vulneró los derechos del dirigente abertzale durante el juicio por este asunto, que le condenó por integración terrorista por intentar la reconstrucción de la formación ilegalizada bajo las órdenes de ETA.

Siguen las mismas fuentes, que las razones del aplazamiento, según ha señalado el Tribunal de Estrasburgo, obedecen al interés de la Sala de conocer la opinión del Gobierno de España al respecto de esta supuesta vulneración de los derechos de Otegi durante el juicio, por lo que se reclaman alegaciones al Ejecutivo. Puede que el dirigente abertzale acabe cumpliendo toda su condena ya que esta concluye en primavera.

En suma, se trata de dilucidar si el juicio vulneró el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que alude a la celebración de un juicio justo. Así, tendrán que valorar si la actuación de la magistrada de la Audiencia Nacional Ángela Murillo en el tribunal que le condenó por el 'caso Bateragune' vulneró sus derechos fundamentales. La defensa alegó que su imparcialidad estaba contaminada por el prejuicio mostrado en un juicio anterior contra Otegi.

Y como decimos las fuentes indirectas nos indican que «En el juicio por el homenaje al cabecilla de ETA 'Argala', Murillo preguntó a Otegi si condenaba el terrorismo etarra y, ante su negativa a responder, la magistrada afirmó: "Ya sabía yo que no me iba a contestar esa pregunta"».

El recurso fue presentado por la abogada de Otegi, Jone Goirizelaia, que alegó que la decisión del Tribunal Constitucional de denegar el amparo a Otegi y al resto de recurrentes —Arkaitz Rodríguez, Sonia Jacinto y Miren Zabaleta— vulneró la Convención Europea de Derechos Humanos. Alegaron concretamente vulneración de sus derechos a la imparcialidad judicial y a la presunción de inocencia.

Respecto a la imparcialidad del Tribunal Constitucional, que también había sido cuestionada por la defensa en su recurso, el tribunal de garantías europeo rechaza que pueda hablarse de falta de ella en el presidente del tribunal, Francisco Pérez de los Cobos, cuestionado por su militancia en el Partido Popular; y tampoco respecto del magistrado Antonio Narváez, que fue el fiscal que impulsó la ilegalización de Batasuna y que interpuso la demanda para pedir que no se inscribiera Sortu como partido político, en la que se incluían referencias al propio Otegi.

El TEDH rechaza contundentemente estos argumentos, que llega a tachar de «maliciosos», y avala las razones dadas en su día por el propio Tribunal Constitucional para rechazar las recusaciones que Otegi presentó en su día contra ambos.

Concluye que el hecho de que Narváez participara en dichas resoluciones «no justifica objetivamente los temores» en cuanto a la falta de imparcialidad de este tribunal.

El Supremo rebajó la condena a Otegi al entender que no debería haber sido condenado en grado de dirigente aunque ratificó la pena de diez años de inhabilitación que pesa sobre él.

El alto tribunal también había reducido de ocho a seis años de cárcel la condena a Miren Zabaleta, a la extesorera del PCTV Sonia Jacinto y al exresponsable de Haika en Álava Arkaitz Rodríguez, cuyos recursos han sido también rechazados por el tribunal de garantías.

Sobre la cuestión de fondo que queda pendiente el TC dijo en su día, que los datos obrantes en el proceso de Bateragune «no permiten afirmar que la magistrada tuviera una idea preconcebida acerca de la participación de Otegi» en este procedimiento.

La sentencia del tribunal de garantías español también rechazó que la condena de los acusados se basara en indicios y defendía que se han respetado las «exigencias constitucionales» para considerar enervada su presunción de inocencia.

El TC entendió que la circunstancia de que los recurrentes fueran miembros relevantes de la izquierda abertzale «en el sentido de compartir los objetivos secesionistas» de ETA no ha sido «concluyente por sí sola» para inferir que actuaban bajo la dirección de la organización terrorista.

Además, el TC rechazó que la negativa de Otegi a condenar la violencia se haya utilizado como «un elemento incriminatorio» respecto de su pertenencia a ETA.

Estrasburgo también cuenta con los argumentos de los magistrados discrepantes XIOL, Luis Ignacio ORTEGA, Encarnación ROCA y Fernando VALDÉS DAL-RÉ, que consideraron que «los prejuicios mostrados» por MURILLO en el procedimiento por enaltecimiento del terrorismo «resultan de aplicación y son también relevantes» para este caso y debían hacerse extensivos a todos los recurrentes en amparo.

El dirigente abertzale ya fue condenado en 2007 a siete años y tres meses de inhabilitación por un delito de enaltecimiento del terrorismo cometido al homenajear al etarra fallecido José Miguel BEÑARÁN 'Argala' en la localidad vizcaína de Arrigorriaga en diciembre de 2003».

En suma, parece que una parte de la sociedad reitera que la «cuestión» vasca ha desaparecido al integrarse en las instituciones públicas y no necesitar en definitiva otras fuentes de financiación que las procedentes de los erarios y arcas municipales. Otros, por el contrario, evidencian la pluralidad de frentes jurisdiccionales pendientes y, por tanto, expectantes también los derechos de las víctimas.

IV. REFLEXIONES FINALES

I. Si la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo, ampliaba su alcance y fines, y en particular, incluía expresamente los capítulos resarcitorios los daños personales y materiales. A mayor abundamiento, sus prescripciones tienen la cualidad de ser de aplicación retroactiva para quienes, en aplicación de la legislación anterior, hayan podido recibir en concepto de ayudas o indemnizaciones inferiores a las establecidas por la renovada norma[41]. Este sistema se seguía fundando en la responsabilidad civil de los criminalmente responsables de un acto terrorista, por lo que se reitera la distinción existente entre la Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, de la función asistencial que asume el Estado y en cuya virtud indemniza a las víctimas, subrogándose en las acciones civiles que a los perjudicados puedan corresponder.

II. El panorama legislativo cambia de forma radical con la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, contempla un catálogo de derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, sin excepción. Con todo, también contempla las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Y la singularidad más destacable es que la ampliación del sujeto pasivo delito, pasa a ser tan amplia que incluye a las víctimas y a terceros afectados por el tipo penal.

III. Sin duda, la actual crisis económica y la ausencia de atentados terroristas con consecuencias mortales por parte de la banda etarra, ha hecho que las encuestas y el pulso de la sociedad española, esté centrado en la crisis económica antes que en ETA, pese a las nuevas formas de terrorismo de las que nuestro Estado es objetivo expreso y del que también hemos tenido que soportar atentados indiscriminados. La cuestión que se nos plantea, es que si realmente

las normas son capaces de cerrar un capítulo de la historia más reciente de nuestros distintos órganos judiciales. Siempre hemos afirmado que primero va el hecho y luego el derecho, y tenemos que dudar de la capacidad constitutiva de la legislación cuando decide avanzar sobre la evidencia colectiva. De hecho es el caso de la precursora Ley de Trasplantes de órganos, que finalmente la evidencia acredita que los equipos sanitarios preguntan a los familiares del fallecido si ha lugar o no a la donación.

IV. En un ordenamiento jurídico cada vez más segmentado y estratificado, llama poderosamente la atención un Estatuto de la evidente amplitud de objetivos y sujetos a los que ampara. Tendremos que estar si los avances y reformas mejoran la situación procesal de la víctima, situada hasta ahora en el limbo procesal, y si los derechos de los colectivos especialmente vulnerables se ven materializados. La duda sistémica es si además, la norma tendrá utilidad en los delitos de lesa humanidad y terrorismo sea del sesgo que sea.

DEDICATORIA A LA DIÁSPORA VASCA: Cuando nos susurraron que nos teníamos que ir, también nos avisaron con sigilo que no podíamos avisar a nadie sobre nuestro viaje sin billete de retorno. Así que al poco, atropelladamente, nos montamos en un avión, como si en vez de amenazados fuésemos nosotros los verdugos que huyen con vergüenza del lugar del crimen. Pero fuimos nosotros los que nos fuimos. Sin despedirnos de nada ni de nadie, ni siquiera de nuestros amigos, olvidados por los que teníamos que abandonar, en un remedo de diáspora nunca reconocida, lo que había sido nuestra infancia. En realidad, daba igual el destino porque ya nunca nada volvería a ser igual. Eso sí, llegamos a una sociedad mucho más laxa, sin tensiones, sin persecuciones ni aislamientos, más moderna y seguramente más libre. Me costó detectar que como en cualquier otro tipo de violencia, la violencia terrorista solo genera violencia y que la cultura del maltrato extremo es capaz de crear mentes cuyas grandes aportaciones a la literatura (al margen del género epistolar y el «impuesto revolucionario») sea la de acertar en la diana de las creaciones publicitarias políticas: «Vota HB, donde más les duele». Otro tiro, otra nuca, otra diana, sí. El cartel estaba preñado de colores pasteles cual inocente arco iris. Lobos con piel de cordero. Mucho, mucho tiempo después de tanta ruptura y de tanto desgarro, volví a las verdes praderas de mi nostalgia. Y todo parecía más pequeño y definitivamente ajeno. Y aún hoy mi relato también irá sin mi firma porque el dolor pervive y el miedo también (Testimonio Anónimo de una Víctima de ETA); *JE SUIS PARIS!!*

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada en nota:

DOLZ LAGO (2009). Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo, *La Ley*, 7.302.

LLOVERAS (2002). Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial, *InDret*, 3, 2002, pp. 1-25.

MIR PUIGPELAT (2000). Indemnizaciones a las Víctimas del Terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su Reglamento de desarrollo, *Indret*, 1, pp. 1-25.

PÉREZ RIVAS (2014). Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE, *Boletín CeDe UsC*, 1369 http://revistas.usc.es/boletincede

REDONDO HERMIDA (2007). La víctima del terrorismo. Una reflexión jurídica, *Diario La Ley*, 807, 2007.
ROCA AGAPITO (2012). Análisis del nuevo régimen jurídico-económico de las víctimas del terrorismo, *La Ley*, 7.776, pp. 1-12.
SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2004). La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español, *ADPCP*, pp. 225-305.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

- ATEDH, 6 de noviembre de 2015
- STC 199/1987, de 16 de diciembre
- STS, de 16 de noviembre de 2015 (Sala de lo Penal)
- STS, de 2 de octubre de 2014 (Sala de lo Civil):
- SAN, 15 de julio de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- SAN (contencioso-administrativa) de 24 de septiembre de 2014
- SAN, de 20 de noviembre de 2013 (contencioso-administrativa) SAP de Mérida, de 16 de junio de 2015
- AJuzgado Central de Instrucción, de 27 de noviembre de 2015
- STsup de Justicia de la Comunitat Valenciana (Sala de lo social), 8 de abril de 2014
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de septiembre de 2015
- SAP de Tarragona, de 5 de junio de 2015

NOTAS

[1] Apréciese la amplitud con la que está concebida la norma, en particular, el ámbito subjetivo que se escapa a la noción tradicional del sujeto pasivo. Así: «*Artículo 2. Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima*. Las disposiciones de esta Ley serán aplicables: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos: 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de esta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.— Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados delito».

[2] *Artículo 26. Medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección*.1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en

una nueva fuente de perjuicios para la víctima delito. En particular, serán aplicables las siguientes: a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos. 2. El Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos: a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal. b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada. c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.3. Cuando existan dudas sobre la edad de la víctima y no pueda ser determinada con certeza, se presumirá que se trata de una persona menor de edad, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley.

[3] *Vid.,* https://www.defensordelpueblo.es/noticias/el-defensor-del-pueblo-presenta-a-mas-de-18-000-centros-educativos-el-apartado-sobre-derechos-de-los-ninos-de-su-pagina-web/ (consulta a noviembre de 2015). En particular de su Estudio, en las pp. 63 y sigs. en las recomendaciones, la primera de ella insta lo siguiente: Al Consejo General del Poder Judicial; Fiscalía General del Estado; Ministerio de Justicia; Direcciones Generales de la Policía, de la Guardia Civil, de los Mossos d'Esquadra, de la Ertzaintza, y de la Policía Foral de Navarra; Consejerías de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia; Consejo General de la Abogacía Española, y Consejo General de Procuradores de España. 1 Llevar a cabo programas de formación con motivo de la publicación del nuevo Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015), con especial atención a la víctima menor de edad, atendiendo a cuestiones como los nuevos derechos, forma de efectuar la declaración, motivación de las resoluciones y cualesquiera otros aspectos que fomenten la adecuada escucha del menor en el proceso penal, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del mencionado Estatuto.

[4] *Vid.,* http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/ayudas-y-subvenciones/a-victimas-de-actos-terroristas (consulta noviembre de 2015)

- A víctimas de actos terroristas
  - Normativa básica reguladora
  - Ámbito de aplicación
  - Requisitos para el reconocimiento de las ayudas y prestaciones
  - Daños personales
  - Daños materiales
  - Ayudas sanitarias y psicosociales
  - Ayudas educativas
  - Ayudas en materia de vivienda pública
  - Ayudas extraordinarias y a personas amenazadas
  - Anticipos
  - Derechos laborales
  - Procedimiento y competencia
  - Dípticos informativos
  - Programa de atención domiciliaria a víctimas del terrorismo
  - Subvenciones
  - Condecoraciones
  - Modelos de solicitud
  - Oficina electrónica de asistencia a las víctimas del terrorismo de la Audiencia Nacional
- En caso de determinados siniestros o catástrofes
- A entidades locales adscritas a los Planes de Emergencia Nuclear
- A asociaciones para la atención a las víctimas de accidentes de tráfico

• Para medidas alternativas a la pena privativa de libertad y programas de atención social
Modelos de SOLICITUD;
Atención a personas con DISCAPACIDAD AUDITIVA;
Guía de TRÁMITES 2015;
Teléfonos DE INTERÉS.

[5] *BOE* núm. 229, de 23 de septiembre.

[6] BOE núm. 276, de 18 de noviembre, y sus sucesivas reformas: modificada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre; por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre; por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril; por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre; por la Ley 14/2011, de 1 de junio; por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre; por la Ley 8/2013, de 26 de junio; por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio y por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre.

[7] *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre.

[8] *BOE* núm. 224, de 18 de septiembre. Corrección de errores en BOE núm. 225, de 19 de septiembre.

[9] *BOE* núm. 232, de 26 de septiembre.

[10] *BOJA* núm. 230, de 24 de noviembre; *BOE* núm. 296, de 6 de diciembre.

[11] *BOA* núm. 94, de 3 de julio; *BOE* núm. 189, de 6 de agosto.

[12] *BOA* núm. 253, de 31 de diciembre; *BOE* núm. 36, de 11 de febrero de 2013).

[13] *BOCM* núm. 307, de 27 de diciembre. Corrección de errores en *BOCM* núm. 14, de 17 de enero de 1997; *BOE* núm. 93, de 18 de abril de 1997.

[14] *BOCM* núm. 42, de 19 de febrero; *BOE* núm. 207, de 29 de agosto.

[15] *BOCM* núm. 9, de 11 de enero.

[16] *BON* núm. 57, de 10 de mayo; *BOE* núm. 132, de 31 de mayo.

[17] *DOGV* núm. 4762, de 27 de mayo; *BOE* núm. 157, de 30 de junio.

[18] *DOGV* núm. 5416, de 28 de diciembre; *BOE* núm. 20, de 23 de enero de 2007.

[19] *DOGV* núm. 5994, de 16 de abril; *BOE* núm. 110, de 6 de mayo.

[20] *DOGV* núm. 5131, de 9 de noviembre.

[21] *DOE* núm. 150, de 31 de diciembre; *BOE* núm. 40, de 16 de febrero de 2006.

[22] *BOPV* núm. 124, de 1 de julio; *BOE* núm. 212, de 3 de septiembre de 2011.

[23] *BOPV* núm. 239, de 15 de diciembre.

[24] *BORM* núm. 264, de 14 de noviembre de 2009. Corrección de errores en *BORM* núm. 52, de 4 de marzo de 2010; *BOE* núm. 35, de 10 de febrero de 2011.

[25] *DORM* núm. 300, de 30 de diciembre; *BOE* núm. 40, de 16 de febrero de 2011.

[26] *BOE* núm. 195, de 15 de agosto.

[27] *BORM* núm. 176, de 31 de julio.

[28] *V. gr.*, afirma SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH: «Instaurar mecanismos dirigidos a la reparación del daño causado a la víctima. En este sentido, y en lo que se refiere a la reparación de carácter económico, el sistema tradicional, que atribuye la responsabilidad al delincuente, muestra claras insuficiencias, que aconsejan la creación y desarrollo de los sistemas estatales de reparación. Esta necesidad, que ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales, se fundamenta, bien en el principio de solidaridad, derivado de la idea de Estado Social de Derecho, bien en el principio de responsabilidad, como obligación de los poderes públicos por el fracaso en su función de prevenir el delito. Los sistemas estatales de reparación existentes en nuestro ordenamiento interno acuden al primer principio expuesto como justificación y fundamento del sistema»; «un segundo objetivo básico que debe proponerse el sistema jurídico penal es evitar la victimización secundaria. Diversos instrumentos internacionales reconocen la existencia de este proceso y fijan los criterios y orientaciones para su prevención, que en síntesis son los siguientes: a) Reconocimiento del Estatuto jurídico de la víctima, esto es, de su condición de sujeto de derechos durante el proceso penal y durante todas las actuaciones» («La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español», *ADPCP*, 2004, p. 302).

[29] Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen

normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. *Vid.*, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de septiembre, de 2015.

[30] Los datos cuantitativos según el Ministerio de la Presidencia, datados de marzo de 2011, en su Informe sobre el Plan de Derechos humanos y el seguimiento de la acción en el interior y la protección de las víctimas del terrorismo. En él, reconocía que «el montante total del apoyo directo por todos los conceptos (fallecimientos, lesiones, incapacidades, ayudas materiales, ayudas extraordinarias, ayudas sanitarias, becas) ha ascendido en 2010 a 23.027.398 euros. En el año 2011 (enero a mayo) asciende a 6.921.639,35 euros. Lo que hace un total de 29.949.037,35 euros. El montante total de las Ayudas (familiares, escolares, psicológicas, prótesis, médicas, transportes, intérpretes, daños materiales, jurídicas) en colaboración con la Fundación de Víctimas del Terrorismo ha ascendido a un total de 151.666,48 euros en 2010. Entre enero y mayo del 2011 asciende a 61.330,12 euros. Lo que hace un total de 212.996,60 euros».

[31] Téngase en cuenta que el proyecto, que data del año 2014 fue presentado en su momento por los que fueran Ministros de Justicia, Sr. Alberto GALLARDÓN, el titular del ministerio del Interior, Sr. Jorge FERNÁNDEZ DÍAZ y la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Ana MATO, a colectivos de víctimas de terrorismo, violencia de género o a los familiares y víctimas del accidente del JK5022 de Spanair, ocurrido en Barajas el 20 de agosto de 2008.

[32] Los medios de comunicación y, en particular, Europa Press, dio cuenta de las declaraciones del entonces Ministro del ramo, Rafael CATALÁ, que dedicó la previsible aprobación por parte del Pleno del Senado del Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, a la memoria de las víctimas del terrorismo y ha asegurado que no es casual que se debata y vote un 11 de marzo, coincidiendo con el atentado contra los trenes de cercanías de Madrid que se cobró 191 vidas. «Sirva este acuerdo de homenaje», declaró el ministro, según Europa Press, que acudió a la cámara alta para defender el nuevo texto fruto de un «trabajo colectivo» que no hubiera alcanzado su actual «nivel y calidad» sin la participación de los distintos grupos durante su trámite parlamentario.

[33] En la memoria de la Fiscalía General que se remonta a 2008, avanzaba sobre la Audiencia Nacional, que «la actividad de asistencia y protección a las víctimas: la Fiscalía mantiene contactos permanentes con la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior, que después de varios años de trabajo con las víctimas atesora una extraordinaria experiencia de su problemática, y con la Abogacía del Estado, que ejercita las acciones civiles en que el Estado se subroga, habiendo elaborado un Protocolo de colaboración para la tutela, atención y ayuda a las víctimas del terrorismo, conscientes de que una colaboración en el cumplimiento de los fines de las tres instituciones supondrá un nuevo paso en la progresiva mejora de la actuación pública respecto de las personas que han sufrido tan grave y ciego daño. También se ha completado en lo posible la base de datos existente sobre las causas por hechos terroristas, base de datos que se actualiza permanentemente con los nuevos procedimientos. Para todo ello se ha creado una sección u oficina en la Fiscalía, dotada de los recursos humanos y materiales necesarios, que además alcance la normalización de contactos personalizados con las víctimas directas e indirectas de hechos terroristas, con la finalidad de ofrecerles cobertura jurídica y contacto con la administración de justicia desde el primer momento en que son conocidas».

[34] Por su parte RODRÍGUEZ URIBES, en su momento Director General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo, teniendo en cuenta la denunciada existencia de indemnizaciones no percibidas por alguna de las víctimas del atentado del Hipercor del año 1987 sostuvo lo siguiente: «Las víctimas del terrorismo y sus familias merecen que las distintas administraciones públicas y los numerosos colectivos y asociaciones que las representan trabajemos de la mano, con confianza, con la máxima sensibilidad y solidaridad y con un sentido alto del interés general. Un ejemplo de este trabajo coordinado y común se produjo a raíz del vigésimo aniversario del atentado de ETA en el Hipercor de Barcelona, el acto terrorista más indiscriminado de la banda, en el que murieron 21 personas y 45 resultaron heridas. La ACVOT organizó el homenaje con éxito y con altura de miras. Ese día, aunque habíamos tenido conversaciones previas en el mismo sentido, la asociación catalana denunció públicamente que todavía, 20 años después, había víctimas (de entre los heridos) que no habían sido indemnizados. Al día siguiente nos pusimos a trabajar y, efectivamente, descu-

brimos que 11 personas no habían recibido compensación económica alguna pese a que la sentencia de 2003 de la Audiencia Nacional se la reconocía expresamente. Desde entonces, hemos ido localizando a estas personas, en un goteo a veces difícil, para informarles de sus derechos y para facilitarles los trámites que exige la ley, entre otros la solicitud previa del interesado. Pero hemos tomado una decisión más importante y trascendente: ante la sospecha de que la misma situación se haya podido producir en otros casos, estamos revisando, una a una, con carácter general, todas las sentencias firmes por terrorismo que ha habido en nuestro país, desde el principio, para comprobar, a partir de nuestras bases de datos sobre ayudas, si se ha producido el mismo problema. No debe pasar desapercibido que se trata de personas que han sufrido en sus carnes el zarpazo terrorista, directamente y que, teniendo sus derechos reconocidos en sentencias firmes, no los han hecho efectivos por desconocimiento». En definitiva, las anteriores líneas constituyeron el fundamento programático del denominado 'Programa de recuperación de sentencias', pretende localizar a todos aquellos ciudadanos que no han cobrado indemnización como víctimas de ataques terroristas y explicarles la posibilidad de hacerlo».

[35] Otras políticas públicas destacables en la coherencia con la persecución de estos delitos, es la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DOUE de 5 de junio de 2015). La Directiva (UE) 2015/849 tiene por objeto la prevención de la utilización del sistema financiero de la Unión para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. La presente Directiva debe aplicarse igualmente a aquellas actividades de las entidades obligadas que se lleven a cabo a través de internet.

[36] Para un estudio, desde la perspectiva criminológica, de los derechos previstos en la Directiva, puede consultarse en red, PÉREZ RIVAS, «Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE», *Boletín CeDe UsC*, Febrero 2014, 1369 http://revistas.usc.es/boletincede

[37] En el Informe Del Consejo Fiscal Sobre Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, de 3 de noviembre de 2014.

[38] Memoria *cit.,* pp. 39 y 40. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Memoria_FS_PaisVasco_2015.pdf?idFile=634d2659-7281-4713-9050-310e9a064629 (última consulta noviembre de 2015).

[39] Nota emitida el 27 de noviembre de 2015: La Junta Electoral Central responde a la Defensora que en las listas del 20-D no figuran condenados por terrorismo inhabilitados: La Junta Electoral Central ha respondido al Defensor del Pueblo que, en las candidaturas presentadas para las elecciones del 20 diciembre, no figura ningún condenado por terrorismo u otros delitos que inhabiliten a los candidatos. La Defensora del Pueblo, Sra. Soledad Becerril, se dirigió el pasado 17 de noviembre al presidente de la Junta Electoral Central, Carlos Granados, para que se evitara que los condenados por delitos de terrorismo puedan presentar su candidatura a las próximas elecciones generales convocadas para el 20 de diciembre. En su respuesta, la Junta Electoral Central subraya que «la información aportada por la Audiencia Nacional permite comprobar que no está afectado por esas condenas ninguno de los candidatos proclamados por las respectivas Juntas Electorales Provinciales de los territorios afectados». La Defensora del Pueblo recordó que el artículo 6.2.b de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General establece que son inelegibles los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de terrorismo cuya pena contemple inhabilitación para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo. Según la ley, tampoco pueden ser elegidos aquellos condenados cuya sentencia establezca inhabilitación absoluta, especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal. Con esta actuación, la Institución quiere que se garantice el pleno cumplimiento de la ley en una cuestión que hiere la sensibilidad ciudadana y especialmente a las víctimas de terrorismo https://www.defensordelpueblo.es/noticias/la-junta-electoral-central-responde-a-la-defensora-que-en-las-listas-del-20-d-no-figuran-condenados-por-terrorismo-inhabilitados/ consultado en noviembre de 2015.

[40] *Vid.,* en idéntico sentido, la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana (TSJCV), 8 de abril de 2014, ha reconocido a una mujer una invalidez permanente total al agravarse las dolencias que había sufrido como consecuencia de un acto de terrorismo y que en su día le valieron el reconocimiento de incapacidad parcial por resolución judicial.

[41] Dice la Disposición adicional primera. *Aplicación retroactiva a quienes ya hubieran obtenido ayudas e indemnizaciones.* Quienes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley hubieran percibido como resultado total del importe de las ayudas y del pago, en su caso, de las cuantías por responsabilidad civil fijada en sentencia firme, una cuantía inferior a la señalada en el anexo I de esta Ley podrán solicitar en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor del Reglamento de la Ley, el abono de las diferencias que pudieran corresponderles.

1.7. Concursal

La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores

Rescission of structural modifications in bankruptcy proceeding

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES

Profesora Doctora de Derecho Mercantil

Universidad Antonio de Nebrija

RESUMEN: El Derecho concursal español no excluye la posibilidad de rescindir una operación de modificación estructural en el seno de un procedimiento de concurso de acreedores. No obstante, esta cuestión ha suscitado un amplio debate en la doctrina y la jurisprudencia, que se decantan mayoritariamente por considerar inatacables estas operaciones según la regla vigente en el Derecho societario.

ABSTRACT: The Spanish Bankruptcy Law does not exclude the possibility to rescind an operation regarding a structural modification within the bankruptcy proceeding. However, this issue has sparked a wide debate that has taken place within the Academia and also within the wording of Spanish court decisions. These operations have been considered mostly as unassailable under the rule that is in force under Spanish Corporate Law.

PALABRAS CLAVE: Modificaciones estructurales. Concurso de acreedores. Rescisoria concursal. Derecho de oposición.

KEY WORDS: Structural modifications. Bankruptcy. Right to object. Insolvency rescission.

SUMARIO: I. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRASLATIVAS Y EL CONCURSO DE ACREEDORES.—II. LA RESCISIÓN DE LA OPERACIÓN EN EL SENO DEL CONCURSO Y LOS MECANISMOS DE TUTELA ESPECÍFICOS: 1. La impugnación de los actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso. 2. La impugnación de las modificaciones estructurales. 3. Los mecanismos específicos de tutela en el ámbito de la normativa mercantil.—III. LAS POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA IMPUGNABILIDAD DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.—IV. EL PRINCIPIO DE «INIMPUGNABILIDAD» DE LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL TRASLATIVA Y EL REMEDIO RESARCITORIO.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRASLATIVAS Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

Más allá de las simples modificaciones estatutarias, las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles afectan a la estructura patrimonial o personal de la sociedad (*v.* preámbulo LME), se dirigen a adecuar la organización societaria a las necesidades empresariales, y hacen posible el aprovechamiento de los valores materiales e inmateriales de la empresa. Por ello, constituyen operaciones de reestructuración societaria susceptibles de desencadenar consecuencias patrimoniales relevantes con trascendencia en un procedimiento de concurso de acreedores. Si bien, son las modificaciones estructurales de carácter traslativo, aquellas que conllevan la transmisión en bloque, por sucesión universal, de todo el patrimonio societario a favor de otra u otras sociedades (*v. gr.* fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo), las que mayor relevancia tienen en el ámbito concursal[1].

La fenomenología de las reestructuraciones societarias traslativas puede ser muy variada y los motivos económicos que las sustentan resultan perfectamente válidos[2]. De hecho, en cuanto afectan directamente a la solvencia de la sociedad, es habitual que se acuda a ellas para tratar de mejorar la situación financiera de la empresa y evitar el concurso o propiciar una solución del concurso más factible y rápida. De ahí que la doctrina las vea como una alternativa al concurso de acreedores[3], y en la práctica se empleen más en una fase preconcursal, como técnica preventiva de la insolvencia, que como medio de solución del concurso[4]. En este sentido, se mantiene que si bien las modificaciones estructurales no están destinadas a lograr la satisfacción de los derechos de crédito concurrentes sobre la sociedad deudora, «pueden servir de eficaz instrumento para lograrlo»[5].

Frente a los problemas financieros de la empresa, ante los administradores sociales parecen abrirse dos opciones: o bien permanecen inactivos y se dejan llevar por la inercia de la crisis, prosiguiendo la actividad sin esperanza y con la certidumbre de que se acabe en una situación de insolvencia de todo el grupo empresarial; o bien buscan una solución alternativa en la reestructuración de la empresa y del negocio, tratando de mantener el valor del patrimonio, protegiendo a los acreedores y manteniendo la actividad y los puestos de trabajo. Ante esta disyuntiva, la propia evolución del Derecho societario por un lado, y del Derecho concursal por otro, pone de relieve que frente a los acreedores resulta más garantista llevar a cabo la operación reorganizativa, pese a la propia incertidumbre que comporta, que permanecer en la inactividad. Así, *en el ámbito societario* se observa una evolución dirigida tanto a incrementar los mecanismos legales de control y tutela de las operaciones societarias que suponen modificaciones estatutarias, cuanto a procurar la conservación de estos negocios de reorganización en aras de la seguridad jurídica y la operatividad societaria, limitando las posibilidades de impugnación. Al mismo tiempo, *en el ámbito concursal*, con las reformas de la regulación en los últimos años, se han potenciado las soluciones preventivas de la insolvencia o alternativas al concurso (*v. gr.* Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, o la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que convalida el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero); hasta el punto de que se afirma una evolución del Derecho concursal español hacia lo que podría denominarse el «Derecho de la reestructuración empresarial» que, «sin abandonar la finalidad básica de la satisfacción de los acreedores, persigue el mantenimiento de empresas viables con dificultades financieras»[6].

Por tanto, no es extraño que dentro de la sociedad la operación de reestructuración societaria se aprecie como una «contramedida» frente a las dificultades del grupo, con efectos positivos sobre el plano patrimonial, económico y financiero. Cuando la sociedad es titular de diversos negocios o activos que, por sus características o naturaleza, tienen una diferente exposición al riesgo o son unos más prósperos que otros, por motivos de racionalización empresarial y antes de que la sociedad acabe insolvente, los titulares de la misma tratan de separar unos activos o negocios de los otros[7]. No es casual, en consecuencia, que la operación más controvertida en el ámbito concursal haya sido la escisión, a la que se acude para separar la parte más afectada por la crisis de una organización empresarial, subsistiendo la sociedad que se escinde y pasando la unidad económica que se desgaja a ser absorbida por otra sociedad saneada y previamente existente[8].

En el ámbito de las modificaciones estructurales, la escisión permite diferenciar, dentro de las actividades que desarrolla el grupo empresarial, los negocios y activos más prósperos y viables de los más expuestos e inviables, con el fin de contrarrestar problemas de financiación y frenar el riesgo de insolvencia. Todo ello, sin perjuicio de que, posteriormente, alguna de las sociedades participantes en la modificación estructural traslativa, por lo general la sociedad parcialmente escindida, sea declarada en concurso de acreedores. Ahora bien, el hecho de que la modificación estructural esté conectada de forma directa e inmediata a la situación de insolvencia de la sociedad participante en la operación no permite deducir una relación causa-efecto entre la reestructuración empresarial y el concurso[9]. No obstante, no deja de ser habitual que en el concurso posterior a la modificación estructural la operación se impugne por considerarla perjudicial para la masa activa del concurso o por entender que se realizó en fraude de acreedores (en concreto, de los acreedores de la sociedad parcialmente escindida, que pierden los activos económicamente «útiles», que pasan a otra sociedad ya existente o se atribuyen a una nueva sociedad)[10].

II. LA RESCISIÓN DE LA OPERACIÓN EN EL SENO DEL CONCURSO Y LOS MECANISMOS DE TUTELA ESPECÍFICOS

1. La impugnación de los actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso

En el Capítulo IV de la Ley Concursal, relativo a los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa, se regula la posibilidad de «reintegración» de la masa de bienes del concurso mediante el ejercicio de la rescisoria concursal (art. 71.1, 2 y 3 LC) o bien mediante el recurso a otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho (art. 71.6 LC). La reconstrucción del patrimonio del concursado, que ha podido verse mermado por actos del deudor anteriores a la declaración de concurso, hace de estas acciones un importante instrumento al servicio de la finalidad solutoria del concurso, la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente[11]. El criterio básico para determinar el ámbito de aplicación de las acciones de reintegración se encuentra en el momento de realización del acto. Por un lado, en relación con los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción rescisoria concursal. Por otro, los actos realizados por el deudor fuera de ese «periodo sospechoso» de dos años previos al concurso,

solo podrán impugnarse con arreglo a otras acciones que procedan conforme a derecho: acciones civiles de nulidad, anulabilidad o rescisión[12].

La reintegración de la masa activa en el concurso de acreedores, se lleva a cabo a través de una acción que se califica como rescisoria, si bien constituye una rescisoria especial propia del procedimiento concursal[13]. El ejercicio de esta rescisoria concursal se sujeta por la norma a la concurrencia de dos requisitos: que se trate de actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso y que el acto sea perjudicial para la masa activa[14]. Ni se requiere la intención fraudulenta, ni es preciso que medie vinculación alguna entre el acto objeto de impugnación y el estado de insolvencia del deudor-concursado, de forma que, el elemento fundamental sobre el que se asienta la rescisoria concursal es el perjuicio para la masa activa[15]. Un perjuicio que la jurisprudencia ha identificado con el concepto de «sacrificio patrimonial injustificado», que exige, junto a la minoración del activo patrimonial, una ausencia de justificación de esa disminución o devaluación patrimonial desde la perspectiva de las legítimas expectativas de cobro de los acreedores concursales[16].

Junto a ello, se mantiene la compatibilidad entre la acción rescisoria concursal y las acciones de impugnación generales. Tanto unas como otras estarían sujetas para su ejercicio a un mismo régimen procesal, habrían de ejercerse ante el juez del concurso y tramitarse por la vía del incidente concursal, y participan del mismo régimen de legitimación, si bien, el plazo para el ejercicio de las acciones de impugnación generales dependerá de su distinta naturaleza (art. 72 LC)[17].

2. La impugnación de las modificaciones estructurales

No es infrecuente que muchas operaciones de reestructuración societaria mediante fusiones o escisiones se acometan con el fin de poner remedio a los problemas financieros de la empresa. Ahora bien, si fracasa la operación, en el concurso posterior es posible que se plantee la cuestión de su rescindibilidad, ya sea por la vía de la rescisoria concursal, en los dos años previos a la declaración de concurso, ya sea por la vía de la revocatoria ordinaria, dentro del plazo de cuatro años siguientes al momento en que la acción pudo ejercitarse[18]. En tal caso, habrá que considerar a la luz del análisis de la operación y de sus efectos sobre la sociedad concursada, en qué medida se ha producido un perjuicio para la masa activa concursal, esto es, si la operación ha supuesto un sacrificio patrimonial para la concursada que resulta injustificado desde la perspectiva de la satisfacción de los acreedores concursales.

En el ámbito de la rescisión concursal y del perjuicio para la masa activa, los casos más relevantes son aquellos en los que la sociedad que transmite una o varias partes de su patrimonio por sucesión universal, sobrevive al proceso y continúa existiendo, pero es declarada posteriormente en concurso. Estas escisiones constituyen «operaciones accionariales» en las que a cambio de los bloques patrimoniales transmitidos, los socios de la sociedad escindida perciben como contraprestación acciones o participaciones de otra sociedad. En principio, la sociedad escindida no puede sufrir perjuicio alguno, más allá de la reducción patrimonial que conlleva la escisión, pues no es ella la que recibe la contraprestación. Si las acciones o participaciones que conforman la contrapartida no han sido valoradas correctamente, el perjuicio habrá de ser soportado por los socios.

Ahora bien, cuando la sociedad se hubiera despatrimonializado de forma ruinosa serán los acreedores que permanecen en la sociedad escindida los más dañados.

Para la valoración del perjuicio, la Ley Concursal establece una serie de presunciones. Por un lado, el perjuicio determinante de la rescisoria concursal puede presumirse de forma absoluta en los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, o cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto para las garantías en los supuestos de presunción relativa (art. 71.2 LC). Por otro lado, el perjuicio se presumirá, salvo prueba en contrario, en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas obligaciones contraídas en sustitución de las preexistentes, y en los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso (art. 71.3 LC).

Atendidas estas presunciones no parece que la modificación estructural pueda encajar en ninguno de los supuestos descritos[19], de manera que «el perjuicio habrá de ser probado por quien ejercite la acción rescisoria», a no ser que resulte aplicable alguna de las excepciones legales al régimen de la rescisión concursal, que contemplan supuestos exentos de rescisión. Sin embargo, de una parte, no parece que una modificación estructural pueda ser considerada un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales (art. 71.5-1.º LC) y, de otra, solo sería posible limitar la rescindibilidad de la modificación estructural cuando forme parte del contenido de un acuerdo de refinanciación que se ajuste a los requisitos legalmente previstos (art. 71 bis y disp. ad. 4.ª LC)[20].

3. Los mecanismos específicos de tutela en el ámbito de la normativa mercantil

Además de los mecanismos societarios de que disponen los socios como posibles perjudicados en la operación de reorganización empresarial, las modificaciones estructurales de alcance traslativo se caracterizan por la existencia de especiales instrumentos de protección de los intereses de los acreedores.

El legislador ha dotado de específicos medios de tutela a los acreedores que pueden verse afectados por la operación de reestructuración societaria. Junto a los particulares requisitos de publicidad que rodean estas operaciones[21], a la tutela *ex ante* que proporciona el derecho de oposición (art. 44 LME, aplicable a la escisión en virtud de la remisión genérica contenida en el art. 73.1 LME, y a la cesión global de activo y pasivo en base al art. 88 LME), se suma una tutela *ex post*, que prevé la responsabilidad solidaria de todas las sociedades, tanto de la escindida como de la sociedad de nueva creación, por las obligaciones asumidas por la sociedad beneficiaria que resulten incumplidas (art. 80 LME). No cabe duda de que estas normas cumplen una clara función de garantía, que se justifica en las cualidades que presentan las operaciones de división patrimonial como la escisión y los consecuentes peligros que pueden implicar para los acreedores sociales[22].

Ahora bien, el principal mecanismo de tutela con que cuentan los acreedores de la sociedad escindida es el derecho de oposición. De hecho este mecanismo de protección de acreedores tiene tal trascendencia que al analizar el procedi-

miento de modificación estructural, junto a las tradicionales fases de preparación, decisión y ejecución, se suele incluir una fase de tutela de los acreedores en la que se articula el derecho de oposición, que podría llegar a impedir que el acuerdo de modificación estructural se perfeccionara (art. 44.3 LME)[23]. Además, con la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales por el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (convalidado por la Ley 1/2012, de 22 de junio), parecen ampliarse las posibilidades de acción de los acreedores en los casos en los que, no obstante la prohibición expresa de la ley, la fusión o la escisión se lleven a cabo sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor (*v.* Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2012, III.2). La norma recoge la posibilidad de que una vez inscrita la modificación estructural, el acreedor que, habiéndose opuesto en tiempo y forma, no haya recibido de la sociedad deudora la debida garantía, puede solicitar al registrador mercantil que haga constar por nota marginal el ejercicio del derecho de oposición. La vigencia de esta nota marginal es de seis meses. Asimismo, el acreedor puede también solicitar al registrador mercantil que haga constar la anotación preventiva de la demanda interpuesta ante el juzgado de lo mercantil, contra la sociedad adquirente del patrimonio, en la que solicite la prestación de garantía de pago del crédito (art. 44.4 LME).

El colofón a la tutela societaria se encuentra en el régimen de impugnación de estas operaciones que, de acuerdo con las directrices europeas, establece el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Con arreglo a este precepto, los distintos interesados pueden impugnar la modificación estructural que no se ajuste a Derecho antes de que devenga eficaz[24].

III. LAS POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA IMPUGNABILIDAD DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

La mayoría de los autores[25] y las decisiones de los tribunales[26] se han manifestado en contra de la posibilidad de que las modificaciones estructurales traslativas puedan ser objeto de impugnación en el procedimiento concursal. Las razones apuntadas son de orden sistemático y lógico, de carácter finalista o teleológico, o bien se amparan en la interpretación literal de las normas.

En principio, se toma en consideración el hecho de que la tutela previa con que cuentan los acreedores que podrían resultar perjudicados por la operación de reestructuración societaria en el ámbito mercantil, haría innecesaria la protección concursal que proporcionan las acciones de reintegración[27]. Los mecanismos societarios de protección de los intereses implicados en la operación, esencialmente el derecho de oposición, permiten afirmar que los acreedores deben ser diligentes y acudir en su momento a las garantías previstas en la Ley de Modificaciones Estructurales. Si no ejercen aquella tutela no parece razonable, posteriormente, desvirtuar las limitaciones que de forma literal y clara establece esa normativa y admitir la impugnación de la operación, pues ello quebrantaría la seguridad jurídica en una materia de tanta trascendencia para el buen desarrollo de la actividad empresarial[28].

Cuando la operación de escisión parcial se desarrolló con arreglo al procedimiento legalmente establecido no resultaría admisible mantener que los acreedores, en muchos casos acreedores profesionales, fueron inducidos a error a la hora de valorar el ejercicio de su derecho de oposición y por ello no ejercieron los

mecanismos legales previstos para la defensa de sus derechos. Si los acreedores no plantearon oposición alguna a la operación ni exigieron garantías para su crédito, no pueden luego vestir esa oposición con el traje concursal de la rescisión.

Frente a ello, se afirma que, en el Ordenamiento español, el derecho de oposición se configura como «un mecanismo de tutela del crédito de carácter rigurosamente preventivo», que puede esgrimirse únicamente por los acreedores titulares de créditos no vencidos, de modo que podrían existir numerosos acreedores con créditos ya vencidos que no podrán oponerse a la operación[29]. Además, la existencia de otros mecanismos de tutela de los acreedores en las operaciones divisorias del patrimonio social como la escisión, tampoco es garantía suficiente para los acreedores de la sociedad escindida[30].

En los tribunales, aún en el caso de que se llegara a considerar que el derecho de oposición previsto en este tipo de operaciones de reestructuración societaria traslativa no constituye garantía suficiente para todos los acreedores, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, de 6 de marzo de 2014, mantiene:

«Cierto es que la garantía de los créditos anteriores, incluso hipotecaria, pudiera finalmente no ser suficiente, como de hecho revela la práctica constantemente, y cierto es también que la acción de reintegración concursal siempre acaba por reforzar la garantía patrimonial con que inicialmente contaban los créditos contraídos con posterioridad al acto rescindido; pero no son estas razones que permitan eludir los claros términos del artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales ni prescindir de las motivaciones de seguridad jurídica en que la norma se funda, a su vez basadas […] en la trascendencia de los efectos de las modificaciones estructurales en el ámbito patrimonial (mediante la transmisión a título universal), y en la integración de los socios de la/s sociedad/es transmitente/s en la/s adquirente/s […].

No se trata de fundar la resistencia de la modificación estructural sobre el vértigo que genera la complejidad y trascendencia de las consecuencias que su rescisión acarrearía […], sino de interpretar la norma según su verdadero sentido y finalidad. En este sentido, aunque se pueda compartir la tajante afirmación […] según la cual la acción de reintegración concursal es por completo ajena a las previsiones de la Ley de Modificaciones Estructurales, y aunque sin duda alguna el perjuicio relevante desde la perspectiva del concurso es diferente del que debe tratar de evitar la normativa reguladora de las modificaciones estructurales de compañías mercantiles (y esta es la idea rectora de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Cuarta, de 29 de octubre de 2013), no tiene sentido ignorar no ya los términos del artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales, sino también el hecho de que algunas de las modificaciones estructurales traslativas, como la escisión, ni siquiera admiten desde el concurso de la sociedad escindida una valoración como la que impone el artículo 71 de la Ley Concursal, como no sea forzando la naturaleza de la operación y con consecuencias gravemente dañosas para la seguridad jurídica».

Se apuntan en esta resolución otros argumentos encaminados igualmente a rechazar la impugnación de las modificaciones estructurales traslativas en aras de la seguridad jurídica y el mantenimiento con el mayor alcance posible de los actos jurídico-societarios. Así, desde una interpretación finalista de las normas, se hace referencia a la tramitación parlamentaria de la Ley de Modificaciones

Estructurales, que en la enmienda núm. 76 presentada por el Grupo Parlamentario catalán, incluye la siguiente justificación:

«Las modificaciones estructurales están sujetas al cumplimiento de un exigente y costosísimo procedimiento que concluye con la inscripción en el Registro Mercantil y que debe pasar por el trámite previo del control de legalidad del registrador a la vista de la escritura intervenida por el notario público.

La redacción vigente del artículo 246 de la Ley de Sociedades Anónimas, que el Proyecto mantiene, no solo plantea dudas serias de interpretación, sino que resulta gravemente contraria a las más mínimas exigencias de seguridad jurídica. La anulación al cabo de los años, muchos años, por sentencia judicial de una fusión o escisión inscritas obligan a volver al estado de cosas anterior a la fusión o escisión, lo que en muchos de los casos es prácticamente imposible y solución antieconómica siempre»[31].

Por último, en base al argumento literal, se alude al artículo 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que establece el «principio de inimpugnabilidad de la fusión inscrita», por el que «ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley». Un principio que resulta aplicable a la escisión con arreglo al régimen jurídico previsto para esta operación en el artículo 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales, y que constituiría una manifestación más del principio general de conservación de los negocios, vigente en el Derecho de obligaciones y contratos[32]. La regla civil de conservación de los negocios adquiere singular fuerza en el ámbito de las operaciones de reestructuración societaria, de modo que solo en el supuesto de que se incumplan alguno de los requisitos imperativos previstos en el *iter* de la Ley de Modificaciones Estructurales podría ejercitarse la acción de nulidad en el breve plazo de caducidad de tres meses contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad (art. 47.2 LME).

Esta regla de inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita se adecúa a lo establecido en las Directivas Tercera (78/855/CEE) y Sexta (82/891/CEE), en materia de fusiones y escisiones[33], ha sido acogida también para la sociedad anónima europea (art. 30.I del Reglamento comunitario 2157/2001), y está asimismo presente en el régimen de la fusión transfronteriza (art. 17 de la Directiva 2005/56/CEE). Todas estas normas atienden al criterio alemán e italiano de blindar las modificaciones estructurales una vez inscritas en el Registro mercantil[34].

En cuanto al alcance de la regla de inimpugnabilidad, como se afirma en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, de 6 de marzo de 2014, no deja de ser significativo que la ley española utilice la expresión impugnación, apartándose así de los precedentes de la norma (art. 246 LSA), que se referían únicamente a la nulidad o anulabilidad. A juicio del magistrado, ello permite «con mejor apoyo en la literalidad del precepto» entender que con el término impugnación se cubren todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio (acciones de nulidad, anulabilidad, resolutorias y rescisorias). Ahora bien, aun cuando la regulación prevista en la Ley de Sociedades Anónimas únicamente preveía la impugnación por nulidad o anulabilidad, ya los tribunales se habían manifestado contrarios a la impugnación de este tipo de operaciones societarias, como revela la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 19 de abril de 2013:

«[…] la Ley de Sociedades Anónimas, […] únicamente preveía la impugnación por nulidad o anulabilidad de los acuerdos de las juntas generales de accionistas en el plazo de seis meses contados desde la fecha en que la fusión fue oponible a quien invoca la nulidad. En esta norma y con los precedentes comunitarios citados ya la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) quiso ver en su sentencia de 5 de mayo de 2008 que "la nulidad de la fusión, por tanto, se diseñó dotándola de un carácter de excepcionalidad y bajo un principio de conservación, lo que en principio significa que la protección de los socios minoritarios al amparo de su derecho de información y el deber social de justificar la fusión deben modularse, en caso de una intervención judicial *ex post,* con el propósito legal de preservar sus efectos" y que el propio preámbulo de la tercera directiva establecía que se pretendía con ello "garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades interesadas como entre estas y los terceros, así como entre los accionistas, limitar los casos de nulidad, y establecer, por una parte, el principio de regularización cada vez que sea posible, y por otra, un plazo breve para invocar la nulidad"».

Bajo el Derecho vigente se afirma en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015:

«Aun cuando el artículo 71.5 de la Ley Concursal no excluya expresamente las operaciones de modificación estructural de la acción de reintegración, debemos entender que ello tampoco es posible por imperativo legal, pues el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales protege este tipo de operaciones frente a «cualquier acción impugnatoria», entre ellas, las de naturaleza rescisoria, como la concursal».

Y en otro lugar de esta última resolución, se insiste:

«No desconoce este juzgador que la Ley Concursal es ley especial y que en su artículo 71.5 no excluye expresamente del ejercicio de la acción rescisoria concursal las modificaciones estructurales, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis o de la disposición adicional 4.ª. Ahora bien, ello no significa que la operación de modificación estructural pueda ser rescindida pues existe otra norma, el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que la prohíbe expresamente. Retomando lo que dije al principio, tal precepto blinda a este tipo de operaciones, una vez inscritas en el Registro Mercantil, frente a cualquier acción impugnatoria, entre ellas, las de naturaleza rescisoria como la concursal».

IV. EL PRINCIPIO DE «INIMPUGNABILIDAD» DE LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL TRASLATIVA Y EL REMEDIO RESARCITORIO

Conforme a la interpretación literal de la norma, el principio de inimpugnabilidad de las modificaciones estructurales traslativas inscritas, que proclama el artículo 47.1 de la Ley, impediría toda posibilidad de impugnación, cualquiera que sea la modalidad de ineficacia alegada: nulidad, anulabilidad o rescisión. Por tanto, nada añade que el legislador hubiera pensado o no en la rescisión concursal al establecer esta norma, lo relevante es que, con ello, subviene a las exigencias de la seguridad jurídica, que se concretan en el mantenimiento

de estos actos jurídico-societarios, y sirve también a la necesidad de evitar las enormes dificultades prácticas, objetivas y jurídicas, que conllevaría deshacer la modificación estructural inscrita. La voluntad legislativa, orientada claramente hacia la seguridad jurídica, cerraría la puerta a posteriores invalidaciones de una operación de reestructuración societaria traslativa y se sustentaría en una evidencia práctica, la inviabilidad real de hacer frente a las consecuencias restitutorias de la rescisión. El Derecho concursal con la posibilidad de rescindir los actos perjudiciales para la masa activa habría de ceder para mantener la plena vigencia de las normas societarias.

En consecuencia, la modificación estructural societaria debería sujetarse en todo caso a las reglas y principios que le son propios y que, una vez inscrita la operación, atribuiría a los posibles perjudicados una tutela esencialmente resarcitoria (art. 47.1 *in fine* LME)[35]. No obstante, frente a las opiniones encaminadas a considerar que la acción de resarcimiento puede absorber plenamente la función de la acción rescisoria concursal, se ha afirmado que la acción indemnizatoria va asociada al eventual carácter ilícito de la modificación estructural, pues sustituye a la tutela real que representa la posibilidad de impugnar la operación de reestructuración societaria y obtener su declaración de nulidad; y, ante esa ilicitud del acto propia de la tutela indemnizatoria, la acción rescisoria concursal se dirige contra actos perfectamente válidos y eficaces, como corresponde a su carácter rescisorio. Por tanto, atendidas estas consideraciones, la acción de resarcimiento, «solo podría considerarse apta para subsumir la función de la acción rescisoria cuando se diera la coincidencia de que existiera algún vicio de ilicitud en la operación y la modificación estructural hubiera causado un perjuicio a la masa activa, lo que no es, desde luego, descartable y puede ir de la mano»[36].

V. CONCLUSIONES

I. Las sociedades pueden acudir a las modificaciones estructurales traslativas como una medida de prevención de la insolvencia, como una alternativa al concurso, o bien dentro de la solución concursal convenida.

II. La conexión entre la operación de reestructuración societaria y la situación de insolvencia de la sociedad no permite entender que existe una relación automática causa-efecto entre la modificación estructural y el concurso y que la operación conlleva un perjuicio para la masa activa o se ha realizado en fraude de acreedores.

III. Si bien la mayor parte de la doctrina y las decisiones de los tribunales se manifiestan en contra de la posibilidad de impugnar las operaciones de modificación estructural traslativa por la vía de las acciones de reintegración concursales en aras de la seguridad jurídica, es preciso tomar en consideración si la tutela que proporciona la normativa societaria es suficiente protección para los acreedores que podrían resultar perjudicados en la operación.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 16 de septiembre de 2010
- STS de 27 de octubre de 2010
- STS de 12 de abril de 2012

- STS 26 de octubre de 2012
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 10 de septiembre de 2013
- STS de 8 de abril de 2014
- STS de 21 de abril de 2014
- STS de 30 de abril de 2014
- STS de 12 de febrero de 2015
- STS de 23 de febrero de 2015
- STS de 17 de marzo de 2015

AUDIENCIAS

- SAP de Barcelona de 5 de mayo de 2008
- SAP de Zaragoza de 10 de abril de 2013
- SAP de Zaragoza de 19 de abril de 2013
- SAP de Las Palmas de 29 de octubre de 2013

JUZGADOS

- SJM de Barcelona, 31 de julio de 2012
- SJM de Pamplona, 5 de marzo de 2014
- SJM de La Coruña, 6 de marzo de 2014
- SJM de Barcelona, 13 de febrero de 2015

VII. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN, E. (2010). Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *AAMN*, núm. 31, 140-145.

BETHENCOURT, G. (2015). Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 1173-1205.

CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011). *ADCo,* núm. 27, 387-428.

ESPIGARES HUETE, J. C. (2011). *La acción rescisoria concursal.* Pamplona: Civitas.

GARCÍA-CRUCES, J. A. (2014). Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio». *La reintegración en el Concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 31-76.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. *Problemas actuales del concurso de acreedores* (Sebastián Quetglas y Veiga Copo, dir.). Pamplona: Civitas, 275-309.

GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Madrid: Dykinson.

GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (2012). La rescisión de las modificaciones estructurales societarias. *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mer-*

cantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012 (Beltrán y Sanjuan, dirs.). Pamplona: Civitas, 198-207.
GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013). Interpretación e integración del contrato. *Tratado de Contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 938-950.
HERBOSA, I. (2015). La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo). *ADCo*, núm. 36, 129-169.
JEREZ, C. (2013). La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *ADCo*, núm. 28, 69-102
LEÓN SANZ, F. J. (2013). La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia. *ADCo*, núm. 30, 75-98.
MARINA COLL, R. (2015). Las modificaciones estructurales en el concurso. *El Derecho de la insolvencia* (Campuzano/Sanjuán y Muñoz, dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, 741-760.
PARRA LUCÁN, M. A. (2010). La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos. *ADCo.,* núm. 19, 45-86.
— (2014). El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso. *La reintegración en el Concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 241-317.
PÉREZ DE ONTIVEROS, C. (2015). Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana. *ADCo.,* núm. 35, 9-42.
PÉREZ TROYA, A. (2012). Modificaciones estructurales. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal* (BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES). Pamplona: Aranzadi, 2067-2093.
PÉREZ TROYA, A. (2013). Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* (García-Cruces, J. A., dir.). Madrid: Bosch, 423-464.
— (2014). La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. *La reintegración en el concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 587-630.
PULGAR, J. (2012). *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*. Madrid: La Ley.
— Hacia un derecho de reestructuración de empresas en crisis. *Otrosí*, núm. 6, 53-57.
QUICIOS MOLINA, S. (2013). La ineficacia contractual. *Tratado de Contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1361-1591.
SANCHO GARGALLO, I. (2012). Las acciones de reintegración. *Tratado judicial de la insolvencia* (Prendes Carril y Muñoz Paredes, dirs.). Pamplona: Aranzadi, 1141-1245.
SANJUAN Y MUÑOZ, E. (2012). El perjuicio para la masa activa. *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012* (Beltrán y Sanjuan, dirs.). Pamplona: Civitas, 129-161.
VILATA MENADAS, S. (2012). Operaciones de reestructuración societaria ante la crisis empresarial. Las modificaciones estructurales. *Tratado judicial de la insolvencia* (Prendes Carril y Muñoz Paredes, dirs.). Pamplona: Aranzadi, 159-190.

NOTAS

[1] V. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. *Problemas actuales del concurso de acreedores* (Sebastián Quetglas y Veiga Copo, dir.). Pamplona: Civitas, pp. 275 y sigs., especialmente, p. 277.

[2] Las razones que justifican el recurso a este tipo de operaciones van desde alteraciones sustanciales en el seno del sector de la actividad desarrollada o en la operativa del negocio, que exigen separar actividades o redistribuirlas para diluir riesgos, a la necesidad de buscar una dimensión óptima que facilite la obtención de recursos, pasando por la potenciación de una concreta actividad, o la búsqueda de la mayor eficiencia al menor coste posible. También la finalidad tributaria, la reducción de la carga impositiva, la búsqueda de sinergias en la administración, o la pura necesidad de sanear la sociedad, deslindando las actividades que funcionan bien de las que atraviesan dificultades, evitando así la contaminación o el arrastre de aquellas por estas, parecen motivos suficientes para acudir a la mecánica de la reestructuración societaria traslativa.

[3] V. BELTRÁN, E. (2010). Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *AAMN*, núm. 31, pp. 140 y sigs., y PÉREZ TROYA, A. (2013). Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* (García-Cruces, J. A., dir.). Madrid: Bosch, pp. 424 y sigs. Esta autora diferencia tres funciones distintas de las modificaciones estructurales en las situaciones de crisis: una *función preventiva de la insolvencia*, con la prevención del propio concurso de acreedores; una *función alternativa del concurso*, con la reversión de la situación de insolvencia, ya sea actual o inminente; y una *función solutiva del concurso de acreedores*, con la integración de la operación en el procedimiento concursal. La propia Ley Concursal reconoce «la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada» en el contenido de la propuesta de convenio (art. 100.3). Señala, asimismo, la autora citada, que lo ideal es que las modificaciones estructurales prevengan o constituyan una alternativa al concurso, o al menos se hallen ya iniciadas cuando el concurso se declare, entre otras razones porque compatibilizar el procedimiento concursal y el proceso de modificación estructural será más fácil cuanto más desarrollada se encuentre la operación.

Sobre la modificaciones estructurales como técnicas que pueden propiciar un saneamiento preconcursal de las empresas en crisis, v. PULGAR, J. (2012). *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*. Madrid: La Ley, pp. 275 y sigs. Y, en relación con las modificaciones estructurales dentro del convenio concursal, v. BETHENCOURT G. (2015). Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, pp. 1173 y sigs.

[4] V. LEÓN SANZ, F. J. (2013). La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia. *ADCo*, núm. 30, pp. 76 y 81.

[5] V. GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (2012). La rescisión de las modificaciones estructurales societarias. *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012* (Beltrán y Sanjuan, dirs.). Pamplona: Civitas, p. 199.

[6] V. PULGAR, J. (2014). Hacia un derecho de reestructuración de empresas en crisis. *Otrosí*, núm. 6, p. 53.

[7] V. CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011). *ADCo,* núm. 27, p. 401.

[8] V. VILATA MENADAS, S. (2012). Operaciones de reestructuración societaria ante la crisis empresarial. Las modificaciones estructurales. *Tratado judicial de la insolvencia* (Prendes Carril y Muñoz Paredes, dirs.). Pamplona: Aranzadi, p. 166.

[9] Los tribunales corroboran esta afirmación. La SJM núm. 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015, dictada en un supuesto en el que se escinde una rama del negocio con el fin de obtener financiación, considera que: «Las modificaciones estructurales son negocios jurídicos complejos que pueden obedecer a una multitud de variables y factores como inte-

reses económicos, fiscales, externalización de recursos, aislamiento de «activos tóxicos», etc. todo ello, para obtener la máxima rentabilidad de un negocio. Por tanto, una modificación estructural, per se, no tiene por qué ser interpretada como un acto perjudicial para la empresa que se fusiona o escinde ni que su finalidad sea la de defraudar a los acreedores. Al contrario, puede tener por objetivo salvar la empresa o, al menos, aislar aquellas ramas de negocio que no resultan económicamente viables de la que sí son rentables para seguir generando beneficios y pagar las deudas contraídas. Por tanto, como la buena fe se presume, quien sostenga que tal operación obedeció a un ánimo defraudatorio y que causó un perjuicio para la masa, le corresponde la carga de probar el daño, la actuación negligente y el nexo causal».

[10] Con la conocida «crisis del ladrillo» se llevaron a cabo por parte de algunas corporaciones empresariales operaciones de escisión parcial encaminadas a diferenciar la rama de construcción y promoción inmobiliaria de las demás actividades desarrolladas por la corporación. De este modo, cuando la sociedad parcialmente escindida entra en concurso, la mayor parte de los créditos que financiaron la actividad de construcción y promoción están en poder de la SAREB, y los activos dotados de valor no pertenecen a la concursada sino a una sociedad distinta. En estas situaciones encontramos un importante acreedor dentro del concurso que resulta subsidiariamente legitimado para el ejercicio de las acciones previstas por la Ley Concursal para impugnar los actos perjudiciales para la masa activa (art. 72.1 LC). Ahora bien, la circunstancia de que en esos concursos la SAREB sea quien promueva las acciones rescisorias y demás acciones de impugnación contenidas en la ley (art. 71 LC) podría plantear, además, un problema de legitimación activa, ya que en el momento en que se llevó a cabo la modificación estructural, la SAREB no tenía la condición de acreedor.

La SAREB se crea con un estatuto jurídico especial por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, donde se encuentran limitaciones y excepciones jurídicas muy destacables al régimen general de cesión de créditos o de venta de inmuebles. La transmisión de los créditos a la SAREB se efectúa *ex lege*, sin necesidad de consentimiento de terceros, sin que deban cumplirse los requisitos legales propios del ámbito de las modificaciones estructurales, y sin que sean oponibles cláusulas estatutarias y contractuales. En consecuencia, no estamos ante una novación de créditos, pero tampoco hay una cesión de créditos sujeta al régimen general civil o mercantil. No obstante, parece claro que, a efectos procesales e incluso materiales, la SAREB se subroga en la posición del anterior acreedor, pero no está vinculada por los actos de este.

[11] V. ESPIGARES HUETE, J. C. (2011). *La acción rescisoria concursal.* Pamplona: Civitas, p. 21, quien la califica de «complemento vital de la garantía patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil».

[12] PARRA LUCÁN, M. A. (2010). La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos. *ADCo.,* núm. 19, pp. 45 y sigs.; también PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso. *La reintegración en el Concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, pp. 241 y sigs.

[13] V. ESPIGARES HUETE, J. C. (2011). *La acción rescisoria concursal*, *cit.,* pp. 31 y sigs.

Se trata de una acción que «nace con el concurso, como uno de los efectos de su declaración, solo puede ejercitarse durante su vigencia y tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso», v. SANCHO GARGALLO, I. (2012). Las acciones de reintegración. *Tratado judicial de la insolvencia* (Prendes Carril y Muñoz Paredes, dirs.). Pamplona: Aranzadi, pgs.1143.

V., asimismo, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 2014, [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo], donde se afirma la «naturaleza rescisoria» de esta acción, que tiene por objeto declarar la ineficacia funcional, que no estructural, de un acto originariamente válido pero que deviene ineficaz por circunstancias posteriores. De modo que, estamos ante una acción que nace con el concurso, se agota con él y se rige por su propia normativa.

[14] V. GARCÍA-CRUCES, J. A. (2014). Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio». *La reintegración en el Concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, pp. 40 y sigs.

[15] V. SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2012). El perjuicio para la masa activa. *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012* (Beltrán y Sanjuan, dirs.). Pamplona: Civitas, pp. 129 y sigs.

[16] V. SANCHO GARGALLO, I. (2012). Las acciones de reintegración. *Tratado judicial de la insolvencia*, *cit*., pp. 1146 y sigs. y HERBOSA, I. (2015). La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo). *ADCo*, núm. 36, pp. 131 y sigs. También, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010 [R. 2006, 1924], 27 de octubre de 2010 [R. 2007, 10],12 de abril de 2012 [R. 2009, 482], 26 de octubre de 2012 [672/2010], 10 de julio de 2013 [R. 2011, 440], 21 y 30 de abril de 2014 [RR. 2012, 914 y 2012, 745, respectivamente]; y las más recientes de 12 y 23 de febrero, y 17 de marzo de 2015 [RR. 2013, 1502, 2013, 1047 y 2013, 1245, respectivamente].

[17] Dadas las cautelas a las que debe sujetarse cualquier operación de modificación estructural, con intervención de notario y registrador, dentro de un régimen propio de reglas y principios contenido en la normativa especial sobre modificaciones estructurales, no parece factible el ejercicio de acciones de nulidad y anulabilidad. Otra cosa es la posibilidad de impugnación mediante la revocatoria, cuando la operación produzca un resultado lesivo o fraudulento y concurran los demás presupuestos legales previstos para su ejercicio. En este sentido se manifiesta la generalidad de la doctrina, *v.* JEREZ, C. (2013). La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *ADCo*, núm. 28, pp. 71 y sigs., quien afirma que la pauliana constituye un complemento eficaz para las acciones de reintegración de la masa activa del concurso; conclusión que funda en el hecho de que el Código Civil permite un concepto objetivo de fraude que ha sido adoptado por la jurisprudencia, de modo que, los tribunales han flexibilizado la concurrencia del requisito del fraude para incidir en el perjuicio. De ahí que la concepción actual del fraude exigido para la revocatoria ordinaria se aproxime al concepto de perjuicio injustificado que debe concurrir en la acción rescisoria concursal, v. PÉREZ DE ONTIVEROS, C. (2015). Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana. *ADCo.,* núm. 35, p. 22. Frente a ello, PARRA LUCÁN considera que «esta jurisprudencia, al identificar la insolvencia con la lesión patrimonial del derecho de crédito, lo que hace es, no interpretar la regulación del Código Civil sobre la pauliana, sino inventarse una acción que no está recogida en el Código y que se parece mucho a la rescisoria concursal». De ahí sus dudas en relación con la aplicación de la revocatoria ordinaria en el concurso, en cuanto instrumento de protección individual del crédito, dirigido no a la reintegración del patrimonio del deudor-concursado, sino a permitir que el acreedor cobre su crédito con la ejecución de los bienes, v. El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso. La reintegración en el Concurso de acreedores, *ob. cit.,* pp. 273 y 258.

Al respecto, la STS de 18 de abril de 2013 [R. 2009, 1878] afirma: «Bajo la normativa concursal anterior, en principio, no debería existir ningún obstáculo para que pudiera ejercitarse la acción pauliana después de la declaración de concurso de acreedores del deudor, pues no existe prohibición al respecto.

Cuestión distinta es que, sin alteración de la naturaleza de la acción y de sus presupuestos, podamos entender que varían la legitimación activa para su ejercicio y el destino de la restitución. Esto es, el ejercicio de la acción pauliana deberá basarse en la defraudación de determinados derechos de crédito existentes al tiempo de la realización del acto impugnado, por lo que los efectos de la rescisión afectarán hasta el montante del perjuicio ocasionado a dichos derechos, pero lo obtenido se destinará a reintegrar la masa del concurso, para evitar una alteración de la par condicio creditorum. De ahí que la legitimación activa para su ejercicio no corresponda a los acreedores directamente afectados por el acto de disposición, sino a la sindicatura del concurso, como órgano que representa los intereses de la masa y los intereses colectivos de todos los acreedores que conforman la masa pasiva. […]

El artículo 71 LC, además de configurar una acción rescisoria propia, denominada concursal, basada en el perjuicio para la masa activa, prevé expresamente que su ejercicio "no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme

a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquellas contiene el artículo siguiente". Lógicamente, entre estas acciones de impugnación se encuentra la acción pauliana, sin que exista ninguna razón para excluirla. La remisión a las normas de legitimación previstas en el artículo 72 LC determina que la legitimación para el ejercicio de cualquiera de estas posibles acciones de impugnación, una vez declarado el concurso, corresponderá a la administración concursal. Solo excepcionalmente, "los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento"».

[18] V. QUICIOS MOLINA, S. (2013). La ineficacia contractual. *Tratado de Contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1479.

[19] En principio, la existencia de contraprestación impide la calificación de la modificación estructural como un negocio gratuito y, en cuanto a los negocios onerosos, la condición de persona especialmente relacionada debe concurrir al tiempo de realizarse la operación, de modo que no basta con que sea una consecuencia del negocio societario. Por lo que respecta a las garantías, cuando la garantía se constituya como consecuencia del ejercicio por los acreedores del derecho de oposición (art. 44 LME), esto es, en cumplimiento de una obligación legal, no parece que deba aplicarse la presunción, v, sobre estos extremos, GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.,* pp. 287 a 290.

En la SJM 1 de La Coruña, de 6 de marzo de 2013, se afirma al respecto: «Supuesto, en primer lugar, que el traspaso en bloque por sucesión universal de una parte del patrimonio social a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, pudiera ser considerado un acto (dispositivo) realizado por el deudor, y no una reorganización del patrimonio social decidida por los socios al amparo de las posibilidades que, por su condición de propietarios de la compañía, les ofrece la LME, la Ley exige que el acto haya ocasionado un perjuicio para la masa activa, entendido como un sacrificio patrimonial no justificado y valorado ex ante, al tiempo de la realización del acto impugnado.

[…] Pues bien, sin olvidar que lo traspasado no son meramente activos —sino un conjunto patrimonial […]—, esa idea de perjuicio patrimonial no sirve para valorar la situación de la compañía escindida y después declarada en concurso; porque si se entiende que la justificación del acto dispositivo radica en la existencia de una contraprestación de valor económico equivalente al del neto patrimonial traspasado, a lo sumo podríamos identificarla con la reducción del pasivo no exigible de la compañía escindida, incluida, en la medida necesaria, la cifra del capital social. Por la propia naturaleza de la escisión, en ningún caso podrá recibir la escindida de la sociedad beneficiaria contraprestación alguna por el traspaso en bloque de parte de su patrimonio.

[…] No por ello, desde luego, puede afirmarse que el traspaso patrimonial sea gratuito: son los socios los que, asumiendo las razones organizativas y económicas que en el parecer de los administradores justificaban la operación, deciden llevarla a cabo, reubican en otra sociedad la porción patrimonial escindida (que conforma un unidad económica), sin oposición de los acreedores, y reciben las acciones, cuotas sociales o participaciones sociales que les corresponden en la sociedad beneficiaria, reduciendo simultáneamente la sociedad escindida su capital en la cuantía necesaria. La operación tiene causa onerosa propia del negocio o contrato social, pues en cierto modo anticipa o concreta virtualmente los derechos de los socios sobre el patrimonio neto. Es, en todo caso, distinta de la propia de los contratos bilaterales y no consiste tampoco en la mera liberalidad de la sociedad escindida».

[20] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.,* pp. 291 y 292, y CERDÁ ALBERO (2012), quien afirma «la conexión entre el sistema del acuerdo de refinanciación y la disciplina de las modificaciones estructurales», v. Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011), *cit.,* p. 408.

En la sentencia del JM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015, antes citada (n. 9), que tiene su origen en un incidente planteado por el administrador concursal en ejercicio de la acción de reintegración de una operación de escisión parcial por concurrir las presunciones pre-

vistas en los artículos 71.2 y 71.3-1.º, se afirma en relación con estas presunciones: «Considera la administración concursal que la escisión parcial fue una operación a título gratuito pues la concursada transmitió unos bienes a la compañía SANSIPALMA sin obtener nada a cambio.

Este juzgador no comparte tal conclusión. La operación de modificación estructural es una decisión que se adopta por la junta general de socios de la sociedad escindida, socios que en su día realizaron una inversión de capital que pretenden rentabilizar, bien participando en el reparto de dividendos, bien mediante el reparto del haber social en caso de disolución, bien acordando una reestructuración del patrimonio social para hacer a la empresa económicamente más rentable o viable. Es decir, son decisiones que se adoptan por los socios promovidas por un claro interés económico que no lucrativo, máxime cuando esos socios siguen participando en la sociedad que recibe esos activos y pasivos procedentes de la escisión, mediante el correspondiente canje de acciones o participaciones. En este sentido, las SSTS 19/3/1997 y 30/1/2002 o la SAP de Zaragoza, sección 5.ª, de 19 de abril de 2013. Según esta última: "En todo caso, esta no era una operación gratuita, los socios eran reales titulares de parte del capital social de la escindida y lo son ahora, por canje, cuyas reglas y valoraciones no han sido objeto de impugnación, por lo que en modo alguno el acto ha de tildarse de gratuito (…)".

La administración concursal también argumenta, de forma alternativa a la anterior, que la operación fue un acto oneroso pero a favor de una empresa del mismo grupo, al compartir los mismos socios y órgano de administración.

Nuevamente, procede su desestimación pues ya hemos dicho que no son aplicables las presunciones legales del artículo 71.3.1 LC. Es más, aunque lo fuera, tal como dispuso la SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2013, para determinar si hay o no grupo de empresas y por tanto, si estamos ante personas vinculadas a los efectos del artículo 93.2.3 LC, no basta con que las empresas compartan unos mismos socios y un mismo órgano de administración sino que, con arreglo al artículo 42 C.co al que se remite la DT 6.ª, es necesario que una de ellas ejerza el control directo o indirecto sobre la otra, es decir, que estemos ante sociedad dominante (o matriz) y dominada (o filial), circunstancias que no concurren en este caso pues la sociedad ESTATECNIC ni participa del capital social de SANSIPALMA ni forma parte de su órgano de administración.

Reproduzco los argumentos expuestos en la citada sentencia por la importancia de los mismos:

En el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada.

Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso.

No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos. Ciertamente, los artículos 25, 25 bis, 71.3.º y 93.2.3.º, cuando aluden a grupos de sociedades por distintos motivos, no excluyen las relaciones horizontales. Sí lo hace, sin embargo, la disposición adicional sexta, que es aplicable a todos ellos.

Tampoco aceptamos recurrir a criterios teleológicos o finalistas de interpretación, cuando estimamos que la interpretación literal no ofrece dudas. Se sostiene, en este sentido, y será objeto de un voto particular discrepante, una interpretación de grupo societario, compatible con el tenor literal del artículo 42 del Código de Comercio y más acorde con el espíritu y la finalidad de la norma, que gravita sobre el concepto de control directo o indirecto ejercido por un tercero. Debemos recordar, a estos efectos, que la situación de control la ejerce en el presente caso una persona física, Teodulfo, por lo que no consta que ninguna de las personas o sociedades integrantes de ese grupo en sentido más amplio haya consolidado cuentas. Tampoco, lógicamente, las dos sociedades enfrentadas en este procedimiento».

Por todo ello, la sentencia concluye: «Es innegable que la simple salida de los terrenos de ESTATECNIC a SANSIPALMA supuso una aminoración patrimonial. Ahora bien, fue un detrimento patrimonial justificado».

[21] Una modificación estructural supone una operación societaria compleja que se desarrolla en distintas fases —de preparación, decisión y ejecución—. En la fase preparatoria, destaca la publicidad inherente a la inserción del proyecto común de fusión en la web corporativa y el depósito en el Registro mercantil (art. 32 LME). En la fase decisoria, se prevé, como sistema de información normal, el de la inserción en la web corporativa de determinados documentos antes de la convocatoria de la junta que habrá de decidir sobre la fusión, permitiendo descargarlos e imprimirlos (art. 39 LME). También en esta fase se prevé la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio (art. 43 LME). No obstante, la publicidad y el depósito de los documentos exigidos por la ley (así como la necesidad del informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, v., artículo 78.3 para la escisión) no existirá cuando se aplique la simplificación procedimental, porque el acuerdo se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la operación, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto (art. 42 LME). Por último, en la fase de ejecución, se establece la elevación del acuerdo a escritura pública y su inscripción en el Registro mercantil competente (arts. 45 y 46 LME). La inscripción tiene una eficacia constitutiva tanto en los casos de fusión como en los supuestos de transformación, escisión, cesión global de activo y pasivo y traslado al extranjero del domicilio social (arts. 19, 46.1, 73, 89.2 y 102 LME). En consecuencia, los efectos intrínsecos o esenciales del acto inscrito dependen de la inscripción, de modo que el negocio no produce los efectos que le son propios en tanto no se inscriba en el Registro mercantil. V. GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Madrid: Dykinson, en especial, pp. 233 a 237.

[22] En estas situaciones, el conjunto de bienes que respondía de unas determinadas deudas resulta fragmentado sin contar con el consentimiento de los acreedores. De ahí la medida dirigida a mantener la misma responsabilidad patrimonial con que antes contaban, y que obliga, por un lado, a las sociedades beneficiarias de la escisión hasta el importe del activo neto atribuido a cada una de ellas y, por otro, a la sociedad escindida subsistente por la totalidad de la obligación. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la responsabilidad de las beneficiarias no solo está limitada al importe del activo neto que hubieran recibido, sino que no alcanza a las deudas que conserva la sociedad escindida y, en el caso de que la sociedad escindida hubiera devenido insolvente, precisamente, lo que perjudica al acreedor es seguir con el mismo deudor que se ha desprendido de sus activos más atractivos. V. GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *cit.*, pp. 385 a 393.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA y VILLORIA (2014) apuntan que «este mecanismo tampoco resulta de aplicación en cualquier supuesto de escisión y en relación con los acreedores de todas las sociedades participantes. En concreto, la responsabilidad solidaria opera para las obligaciones atribuidas a una sociedad beneficiaria, pero no respecto de las obligaciones asociadas al patrimonio que mantenga la propia sociedad escindida cuando sobreviva al proceso, como en el caso de una escisión parcial, ya que el legislador español no hizo uso de esta posibilidad que contenía la Directiva 82/891/CEE, referente a la escisión de sociedades anónimas (art. 12.6)», *v.* Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.*, p. 295.

[23] Este derecho se ha calificado de «medida muy radical y contundente de protección de los acreedores sociales que puedan verse amenazados por la escisión proyectada», los cuales pueden paralizar toda la operación mientras no sean pagados o garantizados. No obstante, este sistema de protección preventiva presenta importantes debilidades: no protege a todos los acreedores, ya que deja fuera a los que tienen sus créditos vencidos, y, sobre todo, «su eficacia presupone que el acreedor consigue enterarse de la operación proyectada y reaccionar dentro del breve plazo de un mes con que cuenta para ello»; plazo que habrá de contarse «desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos». V. GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *cit.*, pp. 382-385.

También, GARCÍA DE ENTERRÍA y VILLORIA (2014) señalan que «a veces se olvida que el derecho de oposición está limitado a determinados acreedores: aquellos cuyos créditos hayan nacido antes de la inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de su depósito en el Registro mercantil y que no estén vencidos en ese momento, y siempre que los créditos no estén suficientemente garantizados (art. 44.2 LME). Por tanto, quedan fuera de esta protección los titulares de créditos vencidos en un momento anterior, los acreedores que disfruten de garantía suficiente, y también los titulares de créditos que se contraigan después de la operación en cuestión», *v.* Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.,* p. 293.

[24] No obstante, la Ley solo regula la impugnación de la fusión ya inscrita, porque la regla especial está dirigida a la protección del tráfico y de la apariencia jurídica, para lo cual se restringen las causas de impugnación. El plazo de ejercicio de la acción es de tres meses contados desde la publicación de la inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, fecha en la que la fusión resulta oponible a quien invoca la nulidad (art. 20 C. de Co.). V. GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *cit.,* pp. 305-309.

[25] En la doctrina, destacan CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), *cit.,* p. 410; GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (2012). La rescisión de las modificaciones estructurales societarias. *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 de abril de 2012*, *cit.,* pp. 203 y 204; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. *Problemas actuales del concurso de acreedores*, *cit.,* p. 298; y MARINA COLL, R. (2015). Las modificaciones estructurales en el concurso. *El Derecho de la insolvencia* (Campuzano/Sanjuan y Muñoz, dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 751.

Sin embargo, no han faltado quienes mantienen la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a la modificación estructural, así BELTRÁN, E. (2010). Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores, *cit.,* p. 141, PÉREZ TROYA, A. (2012). Modificaciones estructurales. Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal* (BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES). Pamplona: Aranzadi, p. 2082. También, GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, *cit.,* pp. 309 a 311.

[26] La generalidad de las resoluciones que han abordado esta cuestión son contrarias a la impugnación concursal de estas operaciones: la SJM 1 de Barcelona, de 31 de julio de 2012, la SAP de Zaragoza, de 19 de abril de 2013, la SJM de Pamplona, de 5 de marzo de 2014, la SJM de La Coruña de 6 de marzo de 2014, y, muy especialmente, la SJM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015. Solo la SAP de Las Palmas de 29 de octubre de 2013, que revoca la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 12 de diciembre de 2011, se manifiesta a favor de la impugnación. Y hay que tener en cuenta, como indica la SJM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015, que: «[…] dicha sentencia [en referencia a la SAP de Las Palmas, de 29 de octubre de 2013] fue dictada al amparo del antiguo texto de la LSA, el cual solo blindaba a las modificaciones estructurales respecto de las acciones de nulidad y de anulabilidad, no así frente a las resolutorias o rescisorias».

[27] CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), *cit.,* pp. 402 a 406.

[28] La SAP de Zaragoza, de 10 de abril de 2013, en un supuesto de ejercicio de acción revocatoria o pauliana contra la concursada, en concepto de sociedad escindida, afirma: «Un primer examen muestra que las normas dirigidas a la protección del crédito en las modificaciones estructurales son de mayor amplitud, concreción y detalle que las genéricas previstas para todo tipo de créditos, con lo que de alguna manera, pudiera entenderse que ha de prevalecer la normativa especial sobre la general».

También, la SJM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015, establece que: «[…] los acreedores que tenía la concursada antes de la escisión, conocían perfectamente que la operación se iba a llevar a cabo y, pudiendo oponerse, no lo hicieron. Y los nuevos acreedores, cuando contrataron con la concursada tras la escisión, ya sabían con qué patrimonio

contaba por lo que, como bien dice la SJM núm. 1 de Barcelona, de 31 de julio de 2012, no resulta admisible ahora otorgarles, por la vía de la rescisión concursal, una "garantía adicional" para el cobro de su crédito, no estando la misma justificada».

[29] V. PÉREZ TROYA, A. (2014). La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. *La reintegración en el concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, pp. 593 y sigs. Esta autora expone que, a diferencia de lo que acontece en Derecho italiano, en nuestro Ordenamiento no podría considerarse «subsumida» en el derecho de oposición la función de la acción revocatoria. No solo la configuración del derecho de oposición en Italia es menos rigurosa y no excluye a los acreedores con créditos vencidos, sino que «el ordenamiento italiano resulta bastante más favorecedor de los acreedores que el nuestro en otros sentidos». Además, la reforma de 2012 habría debilitado notoriamente la eficacia aparejada al ejercicio del derecho de oposición, alejándonos aún más del sistema italiano, al admitir que la operación de modificación estructural pueda llevarse a efecto, no obstante el ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, ya que, cuando la operación se inscriba a pesar de existir oposición, lo que se reconoce al «acreedor vulnerado» es la posibilidad de solicitar del registrador que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar que ejerció su derecho. Por tanto, parece que incluso los acreedores con derecho de oposición y que hubieran ejercido ese derecho pueden verse enfrentados a una operación que perjudique sus intereses. A mayor abundamiento, si la operación acaba determinando la insolvencia de la sociedad, los acreedores opuestos difícilmente podrán ver satisfecha la prestación de garantía del pago de su crédito, que es, en definitiva, la única expectativa tutelada por el sistema español, a costa de un importante sistema de cargas que se hace recaer sobre los propios acreedores.

[30] No solo porque la norma que recoge la responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas (art. 80 LME) deja claro que las sociedades beneficiarias no responden del incumplimiento de las obligaciones que permanezcan en la sociedad escindida, sino porque se establece la «responsabilidad ilimitada» de la sociedad escindida por las deudas que se transmiten a las sociedades beneficiarias. De este modo, los acreedores que queden en la sociedad parcialmente escindida pueden ver reducida la garantía patrimonial para la satisfacción de sus créditos, al tiempo que, el patrimonio societario de la escindida, que se ha visto reducido con la operación, queda obligado a satisfacer las obligaciones que incumplan las sociedades beneficiarias, *v.* PÉREZ TROYA, A. (2014). La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. La reintegración en el concurso de acreedores, *cit.,* pp. 596 y sigs. En este sentido, GONZÁLEZ-MENESES y ÁLVAREZ (2013) afirman que la cuestión de la rescisión concursal de la escisión que se ha podido utilizar para separar las ramas de actividad más rentables y los mejores activos para pasarlas a las sociedades beneficiarias, se ha planteado «aprovechando que el artículo 80 LME olvida establecer la responsabilidad de las beneficiarias por las deudas de las escindidas», *v.* Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *cit.,* p. 309.

[31] V. CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), *cit.,* pp. 412 y 413.

Por su parte, PÉREZ TROYA (2014) considera que el efecto de la rescisión concursal no tiene que consistir, necesariamente, y en todos los casos, en un «deshacer» la operación como si no se hubiera producido, lo que podría ser, ciertamente, impracticable y muchas veces innecesario. La operación solo se habrá de ver afectada «en los límites necesarios que exija la reparación del perjuicio a la masa activa», v. La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. *La reintegración en el concurso de acreedores*, *cit.,* pp. 602 y sigs.

[32] Sobre este principio que inspira la hermenéutica contractual, *v.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013). Interpretación e integración del contrato. *Tratado de Contratos* (BERCOVITZ, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 942.

[33] En concreto, la Directiva 2011/35/UE sobre fusiones de las sociedades anónimas, de 5 de abril de 2011, que codifica la Tercera Directiva, declara que «es preciso, con miras a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades interesadas como entre estas y los terceros, así como entre los accionistas, limitar los casos de nulidad y establecer, por una parte, el principio de la regularización cada vez que sea posible y, por otra, un plazo breve para invocar la nulidad» (considerando 10.º). Asimismo, la Directiva

obliga a los Estados miembros a «organizar el régimen de nulidades de la fusión» bajo un conjunto de condiciones, entre las cuales se incluye que «la resolución que pronuncie la nulidad de la fusión no afectará por sí misma a la validez de las obligaciones nacidas a cargo o en beneficio de la sociedad absorbente, con anterioridad a la resolución y con posterioridad a la fecha en la que surta efecto la fusión», *v.* GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.,* p. 296. Estos autores apuntan a que se trataría de una disciplina que presenta una evidente analogía con la mecánica de la nulidad de las sociedades. Por un lado, aunque por regla general la inscripción en el Registro mercantil carece de eficacia convalidante o sanatoria, la Ley limita las causas de nulidad del acto inscrito, consiguiendo de este modo efectos semejantes a los de la convalidación. Una vez inscrita una sociedad de capital, la acción de nulidad solo puede ejercitarse por las causas taxativamente establecidas por la Ley (art. 56 LSC). De la misma manera, las modificaciones estructurales, una vez inscritas, solo pueden impugnarse en un plazo muy breve (arts. 20, 47.2 y 90 LME). Por otro lado, dada la especial naturaleza institucional u organizativa del contrato de sociedad, por la que se crea un nuevo sujeto dotado de personalidad jurídica, los efectos característicos de la nulidad o de la ineficacia, consistentes en la restitución de las prestaciones realizadas como forma de restablecer la situación jurídica de partida, son inviables en relación con la sociedad, que origina un ente personalizado que se inserta en el tráfico generando todo tipo de relaciones internas y con terceros.

[34] En el Derecho alemán la norma se contiene en el parágrafo 20 (2) del *Umwandlungsgesetz* para la fusión («*Mängel der Spaltung lassen die Wirkungen der Eintragung nach Absatz 1 unberührt*»), y con idéntica fórmula para la rescisión en el parágrafo 131 (2) del mismo texto legal. En Italia, el artículo 2504 quater del *codice civile* establece una regla semejante («*Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidita dell'atto di fusione non puo essere pronunciata*»). V. CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), *cit.,* pp. 411 y sigs.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, de mayo de 2014, establece en el artículo 263-29, sobre impugnación de la fusión: «El acuerdo de fusión podrá ser impugnado antes de la inscripción en el Registro Mercantil. Una vez inscrita, la fusión no podrá ser impugnada».

[35] En el mismo sentido, el artículo 263-31 del Anteproyecto de Código Mercantil dispone que: «La nueva sociedad o la sociedad absorbente responderán de los daños y perjuicios que la fusión hubiera causado a los socios o a los terceros, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieran incurrido los administradores».

Sobre la regla indemnizatoria, *v.* CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), *cit.,* pp. 421 y sigs.

GARCÍA DE ENTERRÍA y VILLORIA (2014), tras afirmar la inatacabilidad de las operaciones de modificación estructural una vez ejecutadas, no pierden de vista el dato de que la impugnación prevista en la normativa societaria no tiene por objeto las mismas irregularidades que la rescisión y, en base a ello, entienden: «En su caso, y dado que los motivos que sustentan la firmeza de las operaciones de modificación estructural una vez ejecutadas no siempre excluyen la posible existencia de un perjuicio para la masa activa de la sociedad concursada y por tanto el posible fundamento de las acciones de reintegración, debe entenderse que estas podrían ejercitarse en su caso con una finalidad meramente resarcitoria, al tratarse de una posibilidad expresamente prevista tanto por el artículo 73.2 de la Ley Concursal como por el artículo 47.1 de la LME», *v.* Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.,* p. 299.

[36] PÉREZ TROYA, A. (2014). La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. La reintegración en el concurso de acreedores, *cit.,* p. 601.

2. MERCANTIL

Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria

Some Problems of Securitisation in Foreclosure

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: Acerca de la cuestión de la distribución de la legitimación entre la entidad emisora de participaciones hipotecarias y el partícipe, falta una legislación o una doctrina previa de los tribunales que permita a los operadores jurídicos conocer con razonable certeza el ámbito de su legitimación (auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada de 6 marzo 2015).

ABSTRACT: There is no legislation or established court doctrine of which legal practitioners can avail themselves in order to act with reasonable certainty regarding the distribution of legal standing between a bank that has issued mortgage bonds and its bondholders (Court of First Instance Number 1 of Fuenlabrada, decree of 6 March 2015).

PALABRAS CLAVE. Derecho de contratos. Participaciones hipotecarias. Cesiones de créditos

KEY WORDS: Contract law. Mortgage bonds. Assignment of receivables.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LAS PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y LOS CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS COMO CESIONES DE CRÉDITOS.—II. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CESIONES DE HIPOTECAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. —III. DEL CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN POR EL DEUDOR CEDIDO. —IV. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL CASO DE PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS.—V. EPÍLOGO.—VI. BIBLIOGRAFÍA. —VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN. LAS PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y LOS CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS COMO CESIONES DE CRÉDITOS

En términos generales, puede decirse que un proceso de titulización es aquel proceso financiero mediante el cual se transforman unos activos generalmente

ilíquidos (créditos/préstamos) en títulos o valores negociables, mediante su cesión a un fondo de titulización, quien a su vez emite estos valores para su colocación entre inversores institucionales, lo que permite a las entidades de crédito financiar su actividad sin tener que acudir a otras vías, como por ejemplo, a ampliaciones de capital.

Ello supone, de conformidad con la normativa aplicable, que la entidad que concedió el crédito/préstamo deja de ser la acreedora del mismo, a través de su cesión al fondo de titulización, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas.

Uno de los problemas de dicho proceso financiero, en cuanto a lo que ahora nos ocupa, es que el Banco de España viene entendiendo que de conformidad con la normativa reguladora de las titulizaciones de activos, no se desprende que en ningún momento los deudores tengan que ser informados, ni de la incorporación ni de la baja de sus préstamos a un Fondo de Titulización, con la lógica indefensión que la cuestión puede generar al respecto.

En España, se suele afirmar que más del noventa por ciento de las titulizaciones ha sido originada por entidades de crédito vendiendo sus activos a fondos de titulización, pero también vendiendo pasivos bancarios que posteriormente se titulizan), *vid.* al respecto sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª) núm. 100/2015 de 24 de febrero de 2015 *(AC* 2015, 546) donde en un litigio relativo a la titulización de activos financieros entre el correspondiente Fondo de Titulización de Activos y la acreedora hipotecaria inicial, acerca de la responsabilidad de esta sobre la verificación de los requisitos de los préstamos hipotecarios titulizados en cuanto a la falta de control del riesgo de dichos activos, se expresa literalmente lo siguiente: «*En ningún momento se ha cuestionado el contenido de lo convenio, ni tampoco que la cedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1529 del Código Civil y 348 Código de comercio, a los que se hace referencia en la estipulación 6 del contrato estaba obligadas a responder solo de la existencia y legitimidad de los préstamos hipotecarios que cedían y de las participaciones y certificados emitidos; añadiendo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil —autonomía de la voluntad de las partes— que esa responsabilidad concretada a la existencia y legitimidad lo sería «en los términos y condiciones declarados en la estipulación 8 siguiente»*, es decir, ni siquiera entre los intervinientes de la titulización cuando litigan entre ellos discuten la cesión del crédito existente.

Pues bien, cuando como en el caso de la correspondiente ejecución hipotecaria los activos del Fondo estará formados normalmente por participaciones y certificados de transmisión hipotecaria, que son títulos similares a las participaciones hipotecarias pero con una inferior calidad crediticia, la cuestión procesal correspondiente a la legitimación activa para la ejecución del préstamo garantizado con la hipoteca titulizada resulta sumamente relevante y necesaria de predeterminar de antemano debido al carácter de Orden Público de la misma, como con posterioridad tendremos ocasión de exponer a la luz del auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 95777).

Sin embargo, los deudores hipotecarios tienen verdaderas dificultades para conocer efectivamente si su hipoteca ha sido o no titulizada ya que la búsqueda a través de los registros oficiales de la CNMV para lograr el conocimiento del correspondiente Folleto de Emisión y la Escritura de constitución del Fondo, suele ser bastante complicada, a partir de los datos de la entidad de crédito que ha titulizado su hipoteca, para la gran mayoría de deudores hipotecarios carentes,

por lo general, de formación financiera para emprender la referida búsqueda. Otro recurso que se viene utilizando es solicitar ayuda al Banco de España, ante la falta de colaboración de la correspondiente entidad de crédito titulizadora, pero como hemos advertido la respuesta tampoco viene siendo satisfactoria.

En este sentido, hemos de tener presente que la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, reforma el régimen de las titulizaciones en España, según su propia Exposición de Motivos, con el siguiente alcance:

«*La reforma del régimen de las titulizaciones, contenida en el título III, se articula en torno a tres ejes que, en línea con las tendencias internacionales, incrementarán la transparencia, calidad y simplicidad de las titulizaciones en España. En primer lugar, ante la enorme dispersión normativa existente en el régimen jurídico español de las titulizaciones, esta Ley opera su necesaria refundición, para garantizar la coherencia y sistemática de todos los preceptos que disciplinan esta materia, aportando mayor claridad y seguridad jurídica al marco regulatorio. En este sentido, cabe destacar que se unifican en una única categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria. No obstante, los fondos de titulización hipotecaria existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley cohabitarán con los nuevos fondos de titulización de activos hasta que se extingan progresivamente. El segundo eje rector de esta Ley pretende aproximar nuestro régimen jurídico al de otras jurisdicciones europeas más avanzadas en la materia. Con esta finalidad se flexibiliza la operativa de estos instrumentos, y se suprimen aquellos obstáculos que impiden replicar en España determinadas estrategias innovadoras de titulización de probado éxito y utilidad en países de nuestro entorno. Por último, se fortalecen sustantivamente las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, en línea con las mejores prácticas internacionales, y se especifican las funciones que deben cumplir las sociedades gestoras que, en todo caso, incluirán la administración y gestión de los activos agrupados en los fondos de titulización, sin perjuicio de la repercusión al fondo de titulización de los gastos que correspondan, de acuerdo con lo previsto en la escritura de constitución*».

Es decir, se nos dice por el legislador que la Ley persigue fortalecer sustantivamente las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, aunque a estos efectos se regula, en esta materia, solo lo siguiente:

«*Artículo 34. Obligaciones de información.*

1. De cada uno de los fondos que gestionen y en los términos previstos en esta Ley, las sociedades gestoras de fondos de titulización deberán publicar en su página web:

a) La escritura de constitución y, en su caso, las demás escrituras públicas otorgadas con posterioridad,

b) el folleto de emisión y, en su caso, sus suplementos, y

c) el informe anual y los informes trimestrales.

2. La sociedad gestora deberá poder acreditar en cualquier momento el cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en el apartado anterior.

3. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá determinar la forma, contenido y demás condiciones de elaboración y publicación de la información a la que se refiere este capítulo».

«*Artículo 35. Informe anual e informes trimestrales.*

1. El informe anual deberá contener:

a) Cuentas anuales debidamente auditadas, acompañadas del correspondiente informe de auditoría.

b) Una relación desglosada de los activos cedidos al fondo, de acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

c) Una relación desglosada de los pasivos del fondo, de acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

d) En su caso, indicación del importe de los compromisos que se deriven de los instrumentos derivados contratados.

e) El desglose de las comisiones satisfechas y conceptos de las mismas.

f) Un informe sobre el cumplimiento de las demás reglas de funcionamiento del fondo establecidas en la escritura de constitución. En caso de que la sociedad gestora realice una gestión activa, un informe sobre el cumplimiento de las políticas de gestión de activos y de riesgos.

g) Cualquier otra información que pueda determinar la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

2. El informe anual deberá remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para su inscripción en el registro correspondiente, en los cuatro meses siguientes a la finalización del ejercicio anterior.

3. Los informes trimestrales, que tendrán la información a que se refieren las letras b) a g) del apartado 1 de este artículo, habrán de remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en los dos meses siguientes a la finalización del trimestre natural, que los incorporará al registro correspondiente.

4. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberán sujetarse los estados financieros de los fondos y el alcance y contenido de los informes especiales de auditores u otros expertos independientes».

Por lo tanto y ante lo anterior, ¿requerirá la Comisión Nacional del Mercado de Valores que en los Informes Anuales de las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización integren la comunicación a los deudores hipotecarios consistente en que su crédito ha sido titulizado?, sinceramente lo dudo muchísimo, a raíz de los propios antecedentes de la CNMV en materia de protección del inversor.

Así, por ejemplo, en materia de derivados financieros ya asistimos en su día a un conocido documento elaborado por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores titulado como <Delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura>[1], que a nuestro juicio supuso un claro paso hacia atrás para la contratación de estos derivados financieros por dejar al margen de los mismos la aplicación de la normativa MIFID, cuando estén ligados o vinculados a préstamos o créditos ofertados por las entidades de crédito, en contra claramente de los criterios establecidos por la normativa comunitaria de aplicación.

A lo anterior, tampoco coadyuva el razonamiento consistente en que la emisión y negociación de títulos relativos al Mercado Hipotecario, participaciones hipotecarias, queden al margen del Registro de la Propiedad, salvo cuando vayan no destinadas a inversores profesionales (siendo precisamente el supuesto más común, cuando van dirigidas a inversores profesionales) puesto que el artículo 29 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, establece lo siguiente:

«*Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, tal y como se definen en el artículo 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado, se emitirán en escritura pública, de la que se tomará nota en el Registro de la Propiedad, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente. Practicada la nota marginal, los terceros que adquieran algún derecho sobre el préstamo o crédito hipotecario lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses*».

Y para la negociación, el artículo 32 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, establece lo siguiente:

«*Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, tal y como se definen en el artículo 78.bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado, su transmisión se formalizará en escritura pública, de la que se tomará nota en el Registro de la Propiedad, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente*».

Lo mismo, ha de decirse para los certificados de transmisión de hipoteca, ya que la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero remite al régimen legal de las participaciones hipotecarias, teniendo además presente que según dicha Disposición Adicional excluye a los inversores no profesionales como tenedores de los certificados de transmisión de hipotecas.

Tal ausencia de constancia en el Registro de la Propiedad, en este caso para los bonos hipotecarios, también se reforzó en su día con la modificación el artículo 13 de la Ley del Mercado Hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, 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, que prevé lo siguiente:

«*El capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre los préstamos y créditos hipotecarios que se afecten en escritura pública, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora, y, si existen, por los activos de sustitución contemplados en el apartado segundo del artículo 17 que se afecten en escritura pública y por los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión, en las condiciones que reglamentariamente se determinen*».

Siendo la redacción anterior del referido artículo 13 de la Ley del Mercado Hipotecario, la siguiente:

«*El capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados por los créditos hipotecarios que se afecten en la escritura de emisión, lo que se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota al margen de las respectivas inscripciones de las hipotecas afectadas*».

A pesar de otras diferencias existentes, entre los bonos y las participaciones hipotecarias, la principal a los efectos que nos ocupa es que las participaciones hipotecarias se configuran como una auténtica cesión del crédito hipotecario.

En este sentido, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, que establece lo siguiente:

«*En tercer lugar, se introduce también un cierto grado de actualización en el régimen de las participaciones hipotecarias. Queda definitivamente claro que mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa. La entidad de crédito que emite las participaciones hipotecarias traslada la totalidad del riesgo de la parte del crédito que se cede. Se aclara, además, que cada uno de los títulos de participación hipotecaria representa una participación en un crédito particular, no en un grupo de créditos*».

En función de lo anterior, en los casos de participaciones hipotecarias donde efectivamente cada valor se referirá a una participación en un determinado préstamo o crédito hipotecario, en las que el emisor conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario pero produciéndose una cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa, es donde se nos muestra con claridad el debate que se está suscitando en la práctica acerca de la legitimación activa del Fondo de Titulización o de la entidad de crédito originariamente acreedora hipotecaria antes de la cesión del crédito hipotecario operada tras la emisión de las cédulas hipotecarias y sobre el acceso de la emisión y negociación de dichas participaciones hipotecarias al Registro de la Propiedad. Aunque también ha de manifestarse que los certificados de transmisión de hipotecas, se configuran como auténticas cesiones de créditos, por lo que la problemática es similar.

Destaca a nuestro juicio sobre este tema, el acertado auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 95777), que analiza las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas, como auténticas cesiones de créditos hipotecarios, desde la base del siguiente razonamiento:

«Aunque la actual regulación sustantiva y procesal es discordante, la tesis de la cesión nos parece hoy suficientemente consolidada por las siguientes razones:

1.ª Precisamente por la cesión operada, lo único que conserva el titular de la participación es «la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo» (art. 26.3 II init. RMH 2009; para el CTH, disp. ad. 1.ª 7 RMH 2009). Obsérvese el inciso «en su caso», luego no siempre (como en la titularidad fiduciaria), refiriéndose el caso a la cesión parcial.

2.ª El artículo 15 párr. VI LMH menciona expresamente la cesión: «La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo». En efecto, la salida patrimonial o venta incondicional es requisito indispensable para la desvinculación del riesgo de crédito de los préstamos hipotecarios, permitiendo obtener liquidez a la entidad emisora, aligerando su balance y reduciendo sus requerimientos de recursos propios. Para anotar una baja de activos financieros en el balance del cedente debe verificarse la transferencia efectiva de los derechos contractuales asociados a los activos de la entidad emisora. De forma específica para las entidades financieras, así lo

dispone la Circular 4/2004 del Banco de España (*RCL* 2004, 2693 y *RCL* 2006, 1296), norma 23.ª: «Baja del balance de los activos financieros».

3.ª Abona la tesis de que el crédito hipotecario sale del patrimonio de la entidad emisora que «en caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación solo será impugnable en los términos del artículo 10, y, en consecuencia, el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación» (art. 15 últ. LMH).

4.ª *Finalmente, esta es la actual interpretación reglamentaria, lo que nos parece decisivo. La disposición adicional Segunda de la LMH efectúa una llamada reglamentaria para que el Gobierno dicte «normas complementarias para el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario». En ellas se nos dice: «Queda definitivamente claro que mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa. La entidad de crédito que emite las participaciones hipotecarias traslada la totalidad del riesgo de la parte del crédito que se cede. Se aclara, además, que cada uno de los títulos de participación hipotecaria representa una participación en un crédito particular, no en un grupo de créditos» (Preámbulo del RMH 2009, apartado III, párr. IV).*

Respecto a los certificados de transmisión de hipoteca, se configuran «como una cesión de crédito al igual que las participaciones hipotecarias» (Preámbulo del RMH, apartado V, párr. I med.)».

II. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CESIONES DE HIPOTECAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La cuestión sobre el carácter constitutivo o no de la inscripción de la cesión de la hipoteca en el Registro de la Propiedad está muy discutida a nivel de nuestras Audiencias Provinciales.

Un buen resumen de dicha discusión, nos lo ofrece el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª) núm. 48/2014 de 14 de febrero de 2014 *(AC* 2014, 1952), de la forma siguiente:

«*Las alegaciones expuestas en los motivos de apelación nos trasladan a un debate abierto donde existen posturas divergentes entre las Audiencias Provinciales, e, incluso entre las Secciones que las componen, como ocurre en esta de Madrid. La posición sostenida por la apelante es defendida también en resoluciones, entre otras, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, A 24 de octubre de 2003, Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, A 5 de febrero de 2013* (JUR *2013, 137483) o de la Sección 21.ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, A 20 de abril de 1999* (AC *1999, 8420). El fundamento principal se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989* (RJ *1989, 4797), que tras declarar la legitimación del cesionario a título universal para ejercitar todos los derechos que correspondieron a la sociedad cedente o adjudicante, declara igualmente que las exigencias formales recogidas en el artículo 149 LH* (RCL *1946, 886) referidas al crédito hipotecario cedido han de ser entendidas en relación a los terceros, pues la inscripción no es constitutiva y solo robustece el título inscrito frente a esos terceros a efectos de la fe pública registral.*

La posición contraria se defiende, entre otras, por la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.ª, A 4 de febrero de 2013 o la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, A 25 de febrero de 2013 (JUR 2013, 159484), teniendo especial interés el auto dictado por la Sección 11.ª el día 13 de marzo de 2013 (AC *2013, 1063) donde*

se recogen también las diferentes posturas, concluyendo que la modificación del artículo 149 LH (RCL *1946, 886) distingue en su redacción actual entre la cesión del préstamo hipotecario y la cesión de la hipoteca, de modo que si para la primera se limita a establecer que «podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil* (LEG *1889, 27)», en cuanto a la «cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad», de modo que si bien resulta incuestionable la posibilidad de ceder el préstamo sin especiales requisitos formales, la utilización del procedimiento sumario y especial de ejecución de la garantía hipotecaria impone que la cesión se haya hecho constar en escritura pública e inscrito en el Registro. Ese argumento permite explicar la ausencia de colisión con la tesis mantenida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de junio de 1989 cuando la redacción del primer párrafo del artículo 149 LH* (RCL *1946, 886) era otra, donde se decía: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro», pues la norma no diferenciaba, como ahora, entre el negocio jurídico financiero y su garantía a efectos de establecer las exigencias formales para la cesión. Es más, la nueva redacción se muestra como una aclaración, o si se quiere, acentuación del rigor especialmente buscado por el Legislador frente a las dudas que pudiesen surgir de la redacción anterior, de modo que carecería de sentido el precepto y vacío de contenido si se prescinde de la obligación de inscribir la cesión de la hipoteca como un presupuesto formal para posibilitar la ejecución de la garantía real en el procedimiento sumario. Por eso, como se razona en el Auto de la Sección 11.ª, en cuanto el acreedor cesionario tiene a su disposición varias vías legales para exigir el crédito cedido, si quiere ejecutar la garantía hipotecaria acudiendo al procedimiento especial y sumario, con las ventajas procesales que ello le comporta, habrá de cumplir las formalidades exigidas para optar a esa vía. En consecuencia, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues ni se priva a la ejecutante de la posibilidad de acudir a otro proceso, ni de instar el de ejecución cuando las formalidades legalmente impuestas se cumplan. Este es el criterio de la Sección 25.ª mantenido ya en resoluciones dictadas en procedimientos de apelación 1027/2012, 1043/2012 y 143/2013».*

En el ámbito de las reestructuraciones bancarias, tampoco la posición de la conocida jurisprudencia menor es unánime, como también resume el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) núm. 337/2014 de 18 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 50578), de la siguiente forma: «*Así analizando las resoluciones de nuestros tribunales y sin ánimo de ser exhaustivos encontramos posiciones encontradas, admitiendo la legitimación de las nuevas sociedades la Sección 11 de la Audiencia de Barcelona (auto de 15 de septiembre de 2011), Sección 8.ª de la Audiencia de Sevilla (auto de 3 de junio de 2013), la Sección 12.ª de la Audiencia de Madrid (auto de 11 de enero de 2013) y esta misma Sección 14 de la Audiencia de Madrid, mientras que es negada por la Sección 3.ª de la Audiencia de Castellón a la que nos hemos referido, por la Sección 9.ª de la Audiencia de Valencia (auto de 4 de febrero de 2012), Sección 19.ª de la Audiencia de Madrid (auto de 18 de enero de 2013) y Sección 11.ª de la misma Audiencia (auto 25 de febrero de 2013), aunque, estas últimas, más que en el carácter formal y constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario, tema que ya hemos abordado anteriormente, inciden en los problemas que la ausencia de la inscripción de la cesión del crédito puedan suponer para llevar adelante con las debidas garantías el proceso de ejecución hipotecaria».*

La Magistrada, titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 100 de Madrid, de ejecuciones hipotecarias, favorable a la inscripción del ejecutante (cesionario) en el Registro de la Propiedad, con argumentos también basados en el Código de Buenas Prácticas Bancarias, nos concluye lo siguiente[2]:

a) El ejecutante hipotecario ha de justificar necesariamente que es el titular actual del derecho real que pretende ejecutar, mediante certificación expedida por el Registrador de la Propiedad, sin que sea suficiente que acredite su condición de dueño actual del crédito cualquiera que sea su título de adquisición.
b) El Tribunal ha de examinar, de oficio, la legitimación del actor y que esta cumple todos los requisitos exigidos, entre ellos como dejo dicho que es el titular actual del derecho en el Registro de la Propiedad.
c) Si se incumple alguno de estos postulados, y pese a la falta de alguno de los requisitos se despacha ejecución, el ejecutado puede hacer valer sus derechos mediante el planteamiento de nulidad de actuaciones, o acudiendo al procedimiento declarativo posterior.
d) La inscripción en el Registro de la Propiedad de la titularidad actual del derecho hipotecario, facilita que el deudor pueda acceder a los beneficios derivados del Código de Buenas Prácticas.>

También, tras la modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007, se pronuncian sobre el carácter constitutivo de la cesión del crédito hipotecario, un gran sector doctrinal destacando autores como GARCÍA GARCÍA, PÉREZ-RUBIO y PARRA LUCÁN[3], sin embargo, manteniendo la postura contraria destaca la posición de CARRASCO PERERA[4].

Ante este panorama judicial y doctrinal, la extracción de una conclusión unánime sobre la cuestión es absolutamente imposible. Sin embargo, en nuestra opinión, somos partidarios de defender el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad por la propia dicción del artículo 149 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, dada la distinción entre la cesión del préstamo hipotecario y la cesión de la hipoteca, de modo que si para la primera se limita a establecer que «*podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil*», en cuanto a la «*cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*».

En el tema que ahora nos ocupa, si mantenemos el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad en virtud de lo previsto en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria (modificado en 2007) no puede entenderse cómo en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero pese a explicarnos en su Exposición de Motivos que las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas son auténticas cesiones de créditos, con posterioridad niega la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad a las participaciones hipotecarias a menos que vayan destinadas a inversores no profesionales y vetar también el acceso registral de los certificados de transmisión de hipotecas ya que estos solo pueden ser dirigidos a inversores profesionales.

En nuestra opinión, carece de sentido lógico y además entendemos que supone un exceso reglamentario frente al texto legislativo que redunda, como casi

siempre suele suceder, en un perjuicio del deudor hipotecario desconocedor del titular de la correspondiente participación hipotecaria y por tanto indefenso ante las posibilidades de actuación en cuanto a la nulidad de actuaciones por falta de legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria instado por el emisor de las participaciones hipotecarias (primitivo acreedor hipotecario) y no por el Fondo de Titulización, si no se ha observado el proceso de legitimación al efecto que regula el artículo 31 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, tal y como tendremos oportunidad de ver con posterioridad.

III. DEL CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN POR EL DEUDOR CEDIDO

Conviene comenzar esta cuestión relativa al conocimiento de la cesión por el deudor cedido, recordando el FJ núm. 14 de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 792/2009 de 16 diciembre de 2009 *(RJ* 2010, 702)[5], cuando declara abusiva la cláusula de exoneración de la comunicación de la cesión del crédito hipotecario razonando lo siguiente:

«A la misma se refiere el fundamento de derecho vigesimoprimero de la sentencia recurrida que la recoge con el siguiente tenor literal: «En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste».

La sentencia recurrida acoge los argumentos de las entidades BBVA y CAJA MADRID en orden a estimar que la cláusula controvertida no es incardinable en el Apartado 10.ª de la DA 1.ª LGDCyU que se refiere a «la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de este». Argumenta, en síntesis, que no se trata de cesión de contrato sino de crédito y que no hay merma de garantías del consumidor, ni siquiera en el caso de que haya transmisión de la hipoteca, además de que el artículo 242 RH expresamente autoriza la renuncia del deudor, precepto que no es incompatible con la DA 1.ª LGDCU. Asimismo hace referencia a la aplicabilidad, pese a la cláusula, de los artículos 1198, 1527 y 1887 del Código Civil, según la alegación efectuada por Caja Madrid.

Para responder a este motivo debe significarse que la cesión a que se refiere la cláusula lo es de contrato. Así resulta de la referencia a préstamo, y no a derecho de crédito derivado del préstamo, y de manera incontestable resulta en el texto de la póliza de Caja Madrid [no recogido en el fundamento de la resolución recurrida] que se refiere a transferir «todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, al efecto, le concede el artículo 149 de la vigente Ley Hipotecaria». A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio [RJ *2006, 5394] y 6 de noviembre de 2006* [RJ *2006, 9425], 8 de junio de 2007* [RJ *2007, 3465], 3 de noviembre de 2008, 30 de marzo de 2009* [RJ *2009, 2001]). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2003, 19 de febrero de*

2004, 16 de marzo de 2005, 29 de junio de 2006 [RJ *2006, 5394], 8 de junio de 2007* [RJ *2007, 3465], 3 de noviembre de 2008* [RJ *2008, 5886]), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1.ª, en el caso apartados 2.ª —reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo—, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de este), y 14 —imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor—, como de la normativa general de los artículos 10.1,c) y 10 bis,1, párrafo primero, de la LGDCU.*

Sostiene la resolución impugnada que la cláusula genérica que transcribe recoge una cesión de crédito, y no unas cesión de contrato, y acoge la tesis de la parte recurrida de que la cláusula no se opone a la aplicabilidad de los artículos 1198, 1527 y 1887 del Código Civil.

Si así fuere, la cláusula [que transcribe la resolución recurrida] no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los artículos 1112, 1528 y 1878 del Código Civil y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7138], 15 de julio de 2002 [RJ 2002, 7178], 26 de marzo y 13 de julio de 2004, 13 de julio de 2007, 3 de noviembre de 2009 [RJ 2009, 5826]). Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación «contra proferentem» (art. 1288 del Código Civil), es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los artículos 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1.ª LGDCU. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2001 [RJ *2001, 7138]); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2002* [RJ *2002]. La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma [conocimiento], merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1.ª LGDCU que considera abusiva «la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos». La limitación al principio de autonomía de la voluntad* ex *artículo 1255 del Código Civil se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente. 7178]).*

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El artículo 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al artículo 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el artículo 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas «Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven

del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley» (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso)».

Pues bien, el artículo 242 del Reglamento Hipotecario, prevé lo siguiente:

«*Artículo 242.*
Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley».

Mientras que el artículo 151 de la Ley Hipotecaria, establece lo siguiente:

«*Artículo 151.*
Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta».

Es decir, pese a la eliminación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria del requisito de notificación al deudor cedido y pese a admitirse la disociación entre la cesión del crédito garantizado con hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca en cuanto se somete a aquella a la cesión de créditos prevista en el artículo 1526 del Código Civil, mientras que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza ese crédito debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, no podemos desatender la vigencia del artículo 151 de la Ley Hipotecaria y del artículo 242 del Reglamento Hipotecario, lo que hacen inclinarnos por la necesaria notificación al deudor cedido de la cesión del crédito hipotecario para evitar que el deudor pueda pagar al cedente con efectos liberatorios, puesto que de lo contrario, carece de sentido la responsabilidad del cedente de los daños y perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta de notificación, debiéndose sostener por otro lado que dicha renuncia puede ser considerada abusiva en la contratación con consumidores y usuarios[6].

A este respecto, tampoco podemos olvidar que el artículo 176 del Reglamento Hipotecario, regula lo siguiente:

«Artículo 176.
La inscripción de cesión de créditos hipotecarios, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y este pagare al cedente, podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 de la Ley».

O sea, que inscrita la cesión del crédito hipotecario y no constando en el Registro de la Propiedad el conocimiento del deudor, se permite el pago por el deudor al cedente y la cancelación de la referida inscripción mediante la acreditación del referido pago, aunque las reglas generales del pago efectuado por buena fe deberían hacer extensible también dicha liberación del deudor cedido pese a que la inscripción de la cesión no se hubiera inscrito, si se defiende la postura no constitutiva de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario.

El reflejo de lo anterior, en las relaciones internas entre el emisor y el Fondo de Titulización, se produce en el artículo 33 del Real Decreto 716/2009, de 24

de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, que regula lo siguiente:

«*Artículo 33. Extinción.*

1. Extinguido el préstamo o crédito hipotecario participado, el titular de las participaciones conservará acción contra el emisor hasta el cumplimiento de sus obligaciones, en cuyo momento procederá su rescate. Las participaciones hipotecarias se extinguirán por amortización o por inutilización de las que por cualquier causa obren en poder y posesión legítima de la entidad emisora.

2. En su caso, al extenderse el asiento de cancelación del préstamo o crédito hipotecario participado, para lo que bastará el pago al acreedor hipotecario o cualquier otra causa legal, se cancelará de oficio la nota marginal de emisión de participaciones.

El acta notarial de amortización o inutilización del título de participación en poder de la entidad emisora será título para la cancelación de la afectación, bien total, bien parcial, respecto de los amortizados o inutilizados».

Sin embargo, la perversión del sistema puede manifestarse también si entra en juego el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, para los casos en los cuales se cede un crédito hipotecario nulo o extinguido, pero que consta inscrito en el Registro en el Registro de la Propiedad.

En este sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO[7] efectúa las siguientes reflexiones en un interesante trabajo:

«Esta diversidad de soluciones según cuál sea el orden de los hechos, me lleva a la necesidad de diferenciar una serie de situaciones, en las que unas veces debe ser protegida la apariencia del que adquirió el crédito confiando en la apariencia registral (art. 144 LH), y otras el que pagó desconociendo sin su culpa el cambio de acreedor (arts. 1164 y 1527 del Código Civil):

1. La primera situación es la más clara, plena aplicación del artículo 144 LH: el deudor paga, o extingue de otro modo su deuda, y no procede a cancelar la hipoteca, de forma que el antiguo acreedor, basándose en la apariencia registral, transmite a un tercero de buena fe que inscribe su adquisición y la notifica al antiguo deudor. Es claro que, en tal circunstancia, procede la plena aplicación del artículo 144 LH, y que la hipoteca renacerá con independencia del crédito, como una carga real autónoma. Esto será así, a mi juicio, incluso cuando aún no se haya realizado la notificación al antiguo deudor, ya que, siendo el pago anterior a la cesión, no puede decirse que el pago del deudor haya venido provocado o propiciado por la falta de notificación.

2. Situación, en cierto modo, totalmente inversa a la primera: el titular del crédito hipotecario lo cede, se omite su inscripción o su notificación, y el deudor paga desconociendo la cesión y cancela la hipoteca. En ese caso, merece plena protección el deudor, conforme con los artículos 1164 y 1527 del Código Civil.

3. Una situación un tanto extraña, parecida a la descrita en el número 1, pero con solución distinta: se paga el crédito hipotecario, no se cancela la hipoteca, y el antiguo acreedor procede a ceder a un tercero que no inscribe. El tercero no se verá protegido, pues no llegó a inscribir, y la realidad es que el crédito es inexistente. El deudor podrá cancelar y quedará protegido frente a cualquier pretensión del adquirente del crédito, que al amparo del artículo 1529 del Código Civil habrá de dirigirse contra el antiguo acreedor. Lo mismo sucederá,

y con más razón, cuando a esa misma sucesión —pago, no cancelación, cesión no inscrita— se suma al final la cancelación del crédito hipotecario por pago.

4. Otra posibilidad, parecida ahora a la descrita en el número 2, es aquella en la que se produce primero la cesión del crédito hipotecario todavía existente, sin proceder a su inscripción o notificación, de forma que el deudor paga de buena fe al acreedor aparente, pero tampoco procede a la cancelación. Lo mismo que en el caso anterior, la falta de inscripción —o notificación— del adquirente del crédito, unida a la protección del que paga al acreedor aparente, determina la protección del deudor. La misma solución sería aplicable incluso cuando a la misma sucesión vista —cesión no inscrita o no notificada, pago al acreedor aparente sin dar lugar a cancelación— se le suma al final la inscripción de la cesión. Aunque en este caso el supuesto pueda parecerse al recogido en el número 1, el orden es aquí diverso, pues aquí se procede primero a la cesión, omitiendo entonces algo, mientras que en el número 1 se produce primero el pago, y es el deudor el que realiza la primera omisión. Por tanto, en el supuesto que ahora contemplamos hay un elemento o momento de negligencia del cesionario, que no se produce en el número 1. Con las debidas adaptaciones, es por tanto el supuesto que sirve de base a la resolución de 24 de abril de 1991.

Para cerrar la exposición de supuestos, quiero aclarar la cierta extrañeza que puede provocar que, en los casos expuestos en los números 2 y 4, los pagos y extinciones realizados por el deudor con un acreedor aparente afecten al cesionario, mientras que en el supuesto recogido en el número 1 no le afecten a este los realizados por el deudor al verdadero acreedor. El fundamento de ese resultado es que en ambos casos se trata de la confrontación de normas de protección de la apariencia (arts. 1164 y 1527 del Código Civil, por un lado; art. 144 LH, por otro); y la protección que se brinda encuentra su fundamento en la menor protección que merece el que, con su conducta omisiva, provocó en un tercero la confianza en la normal eficacia de sus actos. Así, aunque en los supuestos recogidos en los números 2 y 4, el pago del deudor se produce a un acreedor aparente, ello es imputable a una omisión del cesionario, y a él debe perjudicarle; mientras que en el caso recogido en el número 1, plena aplicación del artículo 144 LH, es la negligencia del deudor al no cancelar la hipoteca la que provoca su propio perjuicio».

Pues bien, si con el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero el emisor de la participación hipotecaria viene obligado a realizar *cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo* y, si como decíamos, se defiende que la emisión y negociación de títulos relativos al Mercado Hipotecario, participaciones hipotecarias, quedenn al margen del Registro de la Propiedad, salvo cuando vayan no destinadas a inversores profesionales (siendo precisamente el supuesto más común, cuando van dirigidas a inversores profesionales) dado el artículo 29 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, ¿Podría darse en estos casos el interés del Fondo de Titulización en que accediera al Registro de la Propiedad la cesión de su crédito hipotecario?, ¿podría entonces converger en estos casos el interés del deudor hipotecario en conocer quién es su verdadero acreedor hipotecario a través del acceso de la emisión de las participaciones hipotecarias al Registro de la Propiedad y a través de la comunicación de la emisión de las mismas? *Qui prodest?*

En nuestra opinión, entendemos que existe una verdadera descoordinación entre las normas financieras y las normas hipotecarias que inciden como hemos visto no solo en el aspecto material, sino en el aspecto adjetivo de la titulización mediante cesiones de créditos hipotecarios.

IV. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL CASO DE PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS

Volviendo al auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 95777), trata la cuestión de la legitimación activa en la ejecución hipotecaria cuando ha existido emisión de participaciones hipotecarias de la siguiente forma:

«Ahora bien, con los textos normativos vigentes, la distribución de la legitimación frente a los deudores, puede resumirse del siguiente modo:

a) La ley solo regula el caso del incumplimiento del deudor prestatario, no de otros deudores accesorios (arts. 15 IV med. LMH y 31 init. RMH 2009).

b) El partícipe puede compeler a la ejecución del deudor por la entidad emisora (art. 15 IV fin. LMH), entendiéndose que es la ejecución hipotecaria (art. 31 a], c] y d] RMH 2009). En consecuencia, la entidad emisora ostenta legitimación extraordinaria para la acción hipotecaria en la cuantía de la participación, previa compulsión del partícipe. En sentido restrictivo, la legitimación extraordinaria de la entidad emisora no se extiende a la ejecución complementaria (art. 579.1 LEC [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]) porque la ejecución complementaria es una novedad procesal posterior en el tiempo a la legislación especial (aunque es discutible, interpretamos el término «ejecución» como definición estática y no dinámica, porque está en juego una imposición a la entidad emisora [in dubio minus]) y, menos dudosamente, por interpretación contextual de otros enunciados del artículo reglamentario.

c) El partícipe puede intervenir voluntariamente (art. 13 LEC) en cualquier ejecución que la entidad emisora siga contra el deudor hipotecario, para cobrar a prorrata de su participación (art. 15 IV med. LMH; también artículo 31 b] RMH 2009). Puede tratarse de «cualquier procedimiento de ejecución», no necesariamente hipotecaria (art. 31 b] RMH 2009), «judicial o extrajudicial» (arg. disp. ad. 5.ª.2 últ. L. 3/1994).

d) El partícipe, ante la pasividad de la entidad emisora, queda legitimado, se dice que por subrogación, para la incoación o continuación de la ejecución hipotecaria en la cuantía correspondiente a su participación (arts. 15 IV med. LMH y artículo 31 c] y d] RMH 2009). Ciertamente, la legitimación «por subrogación» —modificación del proceso de ejecución por cambio de la parte— es inconsistente con la tesis de la cesión del crédito al partícipe y se explica, precisamente, como un residuo de la configuración sustantiva inicial, hoy superada, de las participaciones hipotecarias.

Finalmente, puntualizamos que la disposición adicional 5.ª.2 párr. último de la Ley 3/1994 (redacc. Real Decreto-Ley 6/2010) no regula la cuestión de la legitimación procesal y que es compatible con una demanda de ejecución por la sociedad gestora del fondo».

(…)

e) Conclusión. Cabe razonablemente concluir que en supuestos, como el presente, en los que la participación del partícipe en el préstamo hipotecario es total, la entidad emisora de la participación hipotecaria carece de legitimación para instar el despacho de la ejecución complementaria (art. 579.1 LEC).

Lo anterior prevalece sobre los pactos que en esta materia pudieran existir entre la entidad emisora y el Fondo partícipe, por el principio de legalidad procesal (art. 1 LEC).

Ello con independencia de que ni siquiera el modo de ejercicio por la ejecutante de la acción hipotecaria y las personales complementarias se ajusta a legislación especial, porque no acredita la previa compulsión del Fondo a la ejecución. La comparecencia de la ejecutante se arregla a la escritura de constitución del Fondo, por la que se otorga un poder (por cierto, nulo) «tan amplio y bastante como sea requerido en Derecho a favor de los Cedentes para que estos, actuando a través de cualquiera de sus apoderados con facultades bastantes a tales fines, pueda, en nombre y representación de la Sociedad Gestora como representante legal del Fondo […] ejercitar la acción judicial» contra los deudores hipotecarios. En el presente proceso y en la ejecución hipotecaria antecedente, la ejecutante se ha presentado actuando en nombre propio (hasta el punto de aparentar una cesión de la adjudicación al verdadero dueño del crédito y beneficiario de la garantía [según la tesis de la participación hipotecaria como cesión]), con lo que la entidad emisora también se ha extralimitado del ámbito de su apoderamiento.

(…)

g) Consecuencia procesal. El Fondo cesionario no se ha presentado invocando la legitimación derivada, por sucesión extraprocesal y anterior a la demanda de ejecución, pidiendo él mismo la continuación de la ejecución (art. 540 LEC); ni estamos ante un supuesto de sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso pendiente el juicio (art. 17 LEC); ni ante un caso de intervención voluntaria en un proceso válidamente incoado por la entidad emisora (art. 13 LEC).

La parte realmente legitimada (el Fondo) podrá presentar, por medio de su sociedad gestora, si a su derecho conviene, nueva demanda de ejecución complementaria con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

La falta de legitimación es insubsanable (vide supra Fundamento I B]) y el defecto de este presupuesto procesal resulta apreciable de oficio (entre muchas, SSTS 1.ª Pleno 241/2013, 9.5, §56; 3/2014, 15.1; 659/2014, 19.2 y 195/2014, 2.4). Como se trata de un defecto procesal insubsanable, al igual que cuando se estima la oposición por esta causa, procede dictar auto dejando sin efecto la ejecución despachada (arg. art. 559.2 II en relación con el 559.1-2.º LEC)».

En resumen, como dice el propio auto, la cesión de un crédito es una figura que afecta a la titularidad del crédito, luego a la titularidad de la relación u objeto litigioso, lo que determina la facultad de llevar el proceso o legitimación (art. 10 LEC) y no solamente la comparecencia en juicio y representación (art. 7 LEC), negando en el presente caso, legitimación activa a la entidad emisora de las participaciones hipotecarias conforme al artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *(RCL* 2000, 34, 962 y *RCL* 2001, 1892), quien presentó petición de despacho de ejecución por la cantidad no cubierta en la ejecución hipotecaria antecedente y ello con independencia de que ni siquiera el modo de ejercicio por la ejecutante de la acción hipotecaria y las personales complementarias se ajusta a legislación especial, porque no acredita la previa compulsión del Fondo a la ejecución, ya que la entidad emisora ostenta legitimación extraordinaria para la acción hipotecaria en la cuantía

de la participación, previa compulsión del partícipe. En sentido restrictivo, la legitimación extraordinaria de la entidad emisora no se extiende a la ejecución complementaria del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, añadiendo en su pronunciamiento sobre las costas el referido Auto, respecto a la cuestión de la distribución de la legitimación entre la entidad emisora de participaciones hipotecarias y el partícipe, que falta una legislación o una doctrina previa de los tribunales que permita a los operadores jurídicos conocer con razonable certeza el ámbito de su legitimación.

V. EPÍLOGO

A los anteriores impedimentos para la legitimación activa del Fondo de Titulización, entre los que destaca la previa compulsión a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria, podría añadirse el del carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad (negocio de emisión de las participaciones hipotecarias), conforme hemos venido exponiendo, pese a la discusión al respecto, lo que sin duda dificulta en gran extremo el proceso de ejecución hipotecaria, en los casos de titulización analizados[8], aunque este argumento de defensa del deudor hipotecario se ve francamente muy mermado en la práctica ante la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad y por la ausencia de notificación al deudor cedido del negocio de emisión, así como, en función de las graves dificultades para el conocimiento del negocio de la titulización de su hipoteca a través de la emisión de las participaciones hipotecarias y certificados de emisión de hipotecas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BLANCO PÉREZ-RUBIO (2009). *La cesión de créditos garantizados con hipoteca,* Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

CARRASCO PERERA. *Tratado de los Derechos de Garantía. 3.ª Edición totalmente revisada. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca,* 3.º ed. 2015, Thomson Reuters Aranzadi.

GARCÍA GARCÍA. *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil,* Navarra: Ed. Aranzadi, 2010 (31.ª ed.).

GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010). Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 *(RJ* 2010, 702) *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 84/2010 parte Comentario. Editorial Civitas, SA, Pamplona.

IGLESIAS GARCÍA-VILLAR. Inscripción en el registro de la propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarias: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. *Diario La Ley,* Núm. 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY.

PARRA LUCÁN (2009). Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 711, enero-febrero.

RODRÍGUEZ-ROSADO (2014). Cesión de créditos hipotecarios inexistentes y fe pública. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año núm. 90, núm. 745.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 *(RJ* 2010, 702).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª) núm. 100/2015 de 24 de febrero de 2015 *(AC* 2015, 546)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª) núm. 48/2014 de 14 de febrero de 2014 *(AC* 2014, 1952)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) núm. 337/2014 de 18 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 50578)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 95777)

DERECHO DE CONTRATOS

RESUMEN

Acerca de la cuestión de la distribución de la legitimación entre la entidad emisora de participaciones hipotecarias y el partícipe, falta una legislación o una doctrina previa de los tribunales que permita a los operadores jurídicos conocer con razonable certeza el ámbito de su legitimación (auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015).

NOTAS

[1] Documento que se puso a disposición del público en las respectivas páginas Web del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

[2] IGLESIAS GARCÍA-VILLAR. Inscripción en el registro de la propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarias: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. *Diario La Ley,* núm. 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY.

[3] GARCÍA GARCÍA. «En cuanto a la inscripción (de la cesión del crédito hipotecario), en principio parece que es constitutiva (…) pues el artículo 1875 del Código Civil alude a «las formalidades previstas por la Ley», que indudablemente es la Ley Hipotecaria, con esa doble exigencia para «posibilitar» la cesión del crédito hipotecario, y que respecto a la inscripción sería la inscripción constitutiva prevista en general en el artículo 1875 del Código Civil y en el artículo 145.2 LH». *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Navarra: Ed. Aranzadi, 2010 (31.ª ed.), p. 292.

BLANCO PÉREZ-RUBIO. *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2009, pp. 77 y 79, «Tras la nueva redacción dada al párrafo primero del artículo 149 LH por la Ley 41/2007 el planteamiento en cuanto a la validez del contrato de cesión de un crédito garantizado con hipoteca entre las partes cambia. El citado artículo, al haber disociado la transmisión del crédito de la transmisión de la hipoteca o, lo que es lo mismo, al haber distinguido entre la cesión del crédito garantizado con hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca, somete a aquella a las reglas de la cesión de créditos establecidas en el artículo 1526 del Código Civil, mientras que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza ese crédito debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. (…) Las consecuencias que se extraen de la anterior consideración son las siguientes: (…) 2.ª Que el cesionario, nuevo acreedor del crédito, no será también titular de la hipoteca que garantiza dicho crédito, es decir, no se habrá convertido por la simple perfección del contrato de

cesión en el nuevo acreedor hipotecario. Para que esto suceda es requisito imprescindible que la cesión de la titularidad de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro, tal y como establece, con carácter imperativo, el nuevo artículo 149.1 LH. Hasta que esto se produzca, el titular registral del derecho real de hipoteca continuará siendo el cedente» y 106-110.

PARRA LUCÁN. «Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 711, enero-febrero de 2009, pp. 321-322, argumenta lo siguiente: «Con la redacción que la Ley 41/2007 otorga al artículo 149 LH, resulta claro ahora que la transmisión del crédito hipotecario no comporta automáticamente la cesión de la hipoteca. Para que el cesionario, nuevo acreedor del crédito, sea también titular de la hipoteca, es preciso que la cesión de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro. La hipoteca solo se transmite mediante la inscripción de la cesión en el Registro. Esta exigencia de forma es coherente con el carácter constitutivo que la inscripción tiene cuando se constituye la hipoteca. Igualmente debe ser cuando cambia su titular. De manera minoritaria esta tesis había sido defendida por algunos autores para la redacción anterior del artículo 149 (SANCHO REBULLIDA, LACRUZ, RUBIO GARRIDO, JORDANO FRAGA) mientras que otro sector doctrinal había propuesto, *lege ferenda,* la reforma del precepto en el sentido de atribuir a la inscripción de la cesión un carácter constitutivo (BLANCO PÉREZ-RUBIO). La mayoría de los autores habían entendido, sin embargo, que la inscripción era meramente declarativa y necesaria únicamente a efectos de que la cesión produjera efectos frente a terceros. De esta forma se eliminan algunos problemas que suscitaba la atribución a la inscripción de la cesión de un mero efecto declarativo. En efecto, admitido que la cesión no inscrita transmitía también al cesionario la garantía hipotecaria se aceptó, como ya he explicado, la legitimación del cesionario no inscrito para ejercer el procedimiento judicial sumario hipotecario del artículo 130 LH. La reforma del artículo 149 LH debe llevar ahora a otra conclusión: *el cesionario no se convierte en acreedor hipotecario mientras no se inscriba la cesión y, en consecuencia, no estará legitimado para promover el ejecutivo hipotecario.* Es discutible si el cesionario, que no es acreedor hipotecario, está legitimado para ejercer la acción de devastación del artículo 117 LH (contra ANDERSON; a favor, BLANCO PÉREZ-RUBIO). Pese a todo, y en relación con la redacción del proyecto, no ha faltado quien entiende que la exigencia de constancia de la cesión en escritura pública y su inscripción registral no deben valorarse como requisitos de validez de la cesión, sino solo como condicionantes de su eficacia frente a terceros (CORDERO). Esta opinión, que no me parece resultar del artículo 149 LH, enlaza con la opinión, sostenida ya antes de la reforma legal, de que la cesión del crédito hipotecario, salvo que las partes la excluyan, lleva aparejada la cesión de la hipoteca. Desde este punto de vista, y contra lo que aquí he expuesto como interpretación más probable, se ha defendido que la reforma no introduce de manera separada la cesión de la hipoteca y la cesión del crédito, para lo que se entiende que hubiera hecho falta una regulación adicional».

[4] CARRASCO PERERA. *Tratado de los Derechos de Garantía. 3.ª Edición totalmente revisada. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca,* 3.º ed. 2015, Thomson Reuters Aranzadi, cuando razona lo siguiente: «En la redacción dada por la Ley 41/2007, el artículo 149.1 LH dispone que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil y que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. De este modo, parece que se ha querido distinguir entre el régimen aplicable a la cesión del crédito —que se regiría por la norma general establecida en el del Código Civil— y el régimen aplicable a la cesión de la hipoteca, que «deberá» hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Si lo que se pretendía con esta reforma era dotar de carácter constitutivo a la inscripción de la cesión, lo cierto es que esta finalidad ha resultado totalmente frustrada, pues precisamente la aplicación del régimen establecido en el artículo 1526 del Código Civil comporta la transmisión de la hipoteca como accesorio del crédito sea cual sea la forma en que haya tenido lugar la cesión del crédito. De este modo, pocas son las novedades: la única, que la norma ya no exige que se dé conocimiento de la cesión

al deudor, novedad que debe relativizarse, como seguidamente exponemos. Y las exigencias relativas a la constancia documental de la cesión y a su inscripción habrán de valorarse del mismo modo que los similares requisitos contenidos en el artículo 149.I LH en su anterior versión, no como requisito de validez de la cesión, sino solo como condicionantes de su eficacia frente a terceros. En efecto, conforme a la doctrina desarrollada en esta materia, ni la escritura pública, ni la notificación al deudor de la inscripción de la escritura de cesión han sido nunca requisitos de validez de la cesión, ya que la misma se perfecciona desde que tiene lugar el acuerdo transmisivo del crédito hipotecario, incluso en documento privado. La inscripción de la cesión no es, pues, constititutiva, pero sí condiciona la eficacia de la cesión frente a terceros (art. 1526.II del Código Civil). Por otra parte, aunque ahora ya no se exige que la cesión sea notificada al deudor, tampoco ello constituye una novedad en esta materia, ya que incluso cuando el antiguo artículo 149.I LH así lo exigía, era comúnmente admitido que la notificación al deudor (o su conocimiento de la cesión) no era un requisito de eficacia de la cesión respecto al deudor; pues desde su perfección la cesión era inmediatamente eficaz frente al deudor. Por el contrario, la igual que en el artículo 1527 del Código Civil, la finalidad de la notificación era evitar que el deudor pudiera pagar al cedente con efectos liberatorios. Con todo, dado que con la notificación el deudor podrá alegar, en su caso, la extinción total o parcial del crédito cedido, evitando de este modo que el cesionario inscrito sea un tercero protegido por la fe pública registral (art. 34 LH), hay que entender que la renuncia a la notificación (prevista en el art. 242 RH) es dudosamente admisible en condiciones generales de la contratación (cfr. art. 86.7 TRLCU) y, de hecho, ha sido declarada abusiva en contratos con consumidores», pp. 932 y 933.

Vid. sobre el carácter abusivo de dicha renuncia a la notificación de la cesión del crédito hipotecario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 *(RJ* 2010, 702).

[5] GONZÁLEZ PACANOWSKA. Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 *(RJ* 2010, 702). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 84/2010 parte Comentario. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2010, expone sobre el particular de la renuncia a la comunicación de la cesión del crédito hipotecario lo siguiente: «Con todo, la cláusula de renuncia a la notificación ha sido considerada abusiva por la doctrina, con varios argumentos. Por ser contraria a las normas de protección de consumidores y por la ilicitud de la «renuncia» *ex* (actual) artículo 86.7 TR (así, L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario, en *RDP,* 2003, pp. 641 y sigs.); por lindar la cesión del crédito hipotecario con la cesión de contrato y por los riesgos que implica para el deudor, máxime si se otorga al cesionario legitimación para ejercitar derechos como titular de la hipoteca (incluido el procedimiento judicial sumario) sin necesidad de inscripción (J. GIL RODRÍGUEZ, Comentario a la STS 26 de junio de 1989, en *Poder Judicial,* núm. 17, marzo de 1990, p. 154). Y, finalmente, por pretender el cedente ampararse en la fe pública registral frente a la extinción (total o parcial) del crédito, sin haber dado la oportunidad al deudor —oportunamente notificado de la cesión— de evitar la buena fe de aquel, lo que la haría dudosamente admisible en cláusulas predispuestas (cfr. la doctrina citada por E. CORDERO LOBATO, *Tratado de los Derechos de Garantía,* 2.ª ed., t. I, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 936). Razones las anteriores, que, efectivamente, ponen de relieve que la ausencia de notificación se traduce en relevar al predisponente de una carga, cuyo incumplimiento solo puede traducirse en perjuicios para el consumidor, privándole, eventualmente, del ejercicio de facultades, además de exponerle a su ejercicio abusivo, en el sentido visto; evidentemente desequilibrada, en contra de la buena fe».

[6] PARRA LUCÁN (*vid. op. cit.*), estima sobre la notificación al deudor lo siguiente: «Puesto que, en el nuevo régimen legal, para la transmisión de la garantía hipotecaria es necesaria la inscripción en el Registro de la escritura de cesión, cabe preguntarse si se ha pretendido sustituir la notificación por la inscripción como medio que vincula al deudor. Así lo sugirió CHICO ORTÍZ para el Derecho anterior, por entender que la inscripción supone la publicidad necesaria que implica toda notificación. En la práctica esta interpretación supondría imponer al deudor la carga de tener que consultar el Registro antes de pagar para asegurarse de que no se ha inscrito la cesión del crédito (en la línea de la tesis de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, para quienes el deudor tiene la carga de asegurarse de que quien le reclama el pago es el verdadero acreedor y que al pagarle lo hace válidamente y queda liberado de su obligación;

también ANDERSON). Desde este punto de vista cabría defender que, si no se ha llevado a cabo la inscripción, aunque se haya llevado a cabo la cesión, el pago al cedente libera al deudor. Pero este planteamiento, en mi opinión, puede llevar a consecuencias absurdas. Si se considera decisiva la inscripción y no el conocimiento del deudor, habrá que llegar a la conclusión de que el deudor se libera pagando al cedente, aunque se le haya notificado la cesión, siempre que no se haya producido la inscripción, lo que no es muy razonable. Aunque es discutible el sentido de la reforma, parece deseable seguir considerando, a efectos obligacionales, la relevancia de la notificación (o el conocimiento, si puede probarse, del deudor). A esta razón pueden añadirse otras. En primer lugar, que el artículo 1527 del Código Civil continúa considerando decisiva la notificación al deudor para determinar las consecuencias del pago efectuado por el deudor. Frente al argumento de que el artículo 1527 del Código Civil vería reducido su ámbito de aplicación a los créditos no hipotecarios, se alza el argumento de que la reforma de 2007, que ha dado nueva redacción al artículo 149 LH y suprimido en él toda referencia a la notificación, no ha modificado lo dispuesto en los artículos 150 y 151 de la misma Ley, en los que se hace referencia a la notificación y a las consecuencias de la omisión de la misma. En definitiva, resulta preferible entender que la notificación sigue jugando el papel que resulta de lo dispuesto en el artículo 1527 del Código Civil: el deudor cedido que no tenga conocimiento de la cesión queda liberado si paga al cedente, aunque la cesión se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. La consecuencia, entonces, es la aplicación de lo previsto en el artículo 151 LH».

[7] RODRÍGUEZ-ROSADO. Cesión de créditos hipotecarios inexistentes y fe pública *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 90, núm. 745, 2014, pp. 2191-2218.

[8] En contra, admitiendo la ejecución hipotecario por el cesionario no inscrito, *vid.,* CARRASCO PERERA, *op. cit.,* pp. 953 y sigs.

3. URBANISMO

La inscripción de un proyecto de equidistribución tras la caducidad de la nota marginal de inicio del procedimiento

Registration of a plot-redivision proyect after the expiration date of the marginal note recording the commencement of the procedure

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Análisis de los efectos de la nota marginal de inicio de un procedimiento de equidistribución y de las consecuencias de su caducidad.

ABSTRACT: Analysis of the efects of marginal notes recording the commencement of a plot-redivision procedure and consequences of its expiration.

PALABRAS CLAVE: Nota marginal. Procedimiento de equidistribución. Caducidad.

KEY WORDS: Margtinal note. Plot-redivision procedure. Expiration.

Resolución de 1 de agosto de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. Efectos de la nota marginal de inicio del procedimiento de equidistribución. 3. Las prórrogas de la nota. 4. Efectos de su caducidad. *A) Cancelación de la nota. B) Presentación del proyecto de equidistribución posterior a la caducidad de la nota*.

I. HECHOS

1. Mediante instancia suscrita, el 3 de abril de 2014, por don E. M. S., actuando en nombre y representación de la Junta de Compensación Peñarrubia, en su calidad de presidente de la misma, cargo para el que fue elegido en la Junta general celebrada el día 23 de octubre de 2011, cuyo acta se acompaña, se solicita la prórroga de la nota marginal de afección a las cargas de la

urbanización extendida al margen de las fincas pertenecientes a la junta de compensación.

2. Presentada en el Registro de la Propiedad de Cogolludo la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «(…) Hechos: En relación al documento de fecha 3 de abril de 2014 firmado por don E. M. S. en nombre y representación de la Junta de Compensación Peñarrubia por el que se solicita que se proceda a prorrogar por otros tres años más la nota de afección de determinadas fincas al sistema de compensación de la finca Peñarrubia (Uceda), presentado en este Registro el día 11 de abril de 2014 por dicha persona a las 11.00 horas, pongo en su conocimiento que el mismo tiene el siguiente defecto: Se suspende la práctica de la prórroga solicitada por los siguientes hechos: 1. Las fincas quedaron afectas a las obligaciones inherentes al sistema de compensación mediante nota de fecha 7 de junio de 2008. Tercera vez que se inicia el Proyecto. Siendo la primera en fecha de 15 de julio de 1992, y la segunda en fecha de 25 de abril de 1996. 2. Dicha afección fue objeto de prórroga con fecha 25 de abril de 2011. 3. Con fecha 16 de julio de 2013, fue calificado negativamente el documento administrativo de fecha 15 de marzo de 2004 de la Excma. Diputación Provincial de Guadalajara, expedido por don T. R. H., Secretario General de dicha Diputación, con el visto bueno de su Presidente, por el cual se solicitaba la inscripción del proyecto de compensación de la finca Peñarrubia. 4. Dicho documento fue calificado negativamente con los siguientes defectos: 1. Falta acompañar el Proyecto de Compensación de fecha 7 de noviembre de 1990, que es objeto de modificación y complemento por la presente operación jurídica complementaria que ahora se califica. 2. Falta que el titulo inscribible, la certificación, conste por duplicado con inserción literal del acuerdo adoptado. 3. Falta la referencia a la unidad de ejecución, y a la aprobación definitiva del Plan que se ejecuta y, en su caso, al expediente de delimitación de la propia unidad, con especificación de la fecha de aprobación del proyecto de equidistribución y de su publicación en el Diario Oficial que corresponda. 4. Especificación respecto de cada finca de origen de las modificaciones que se produzcan en su descripción o en su titularidad, cuando los datos resultantes del Registro no coincidieren con los del proyecto. Determinadas fincas de origen constan de titularidad, superficie, entre otras, diferentes a la existente en el Registro sin que se especifique por qué. 5. No consta determinación de la correspondencia entre las superficies o aprovechamientos aportados al proyecto y las fincas de resultado adjudicadas. No coincide la superficie total de las fincas aportadas y la total de las de resultado. 6. No se describe la finca agrupada, que deberá comprender solamente los terrenos físicamente incluidos en la unidad de que se trate. 7. No consta especificación de las cargas y derechos inscritos sobre las fincas de origen que han de ser objeto de traslado o de cancelación conforme a lo señalado en el artículo 11. Además, en algunas fincas de resultado se indica, por ejemplo, que la finca aportada es la núm. 5 y que se le adjudican las cargas de la finca aportada núm. 1. Lo cual es totalmente inviable. 8. No consta la descripción de las construcciones que se mantienen y especificación de las fincas de resultado en que se ubican. Se expresarán, en su caso, las construcciones existentes, aunque no hubieran sido objeto de previa inscripción registral. 9. No consta la cuota que se atribuye a cada una de las fincas de resultado en la cuenta de liquidación del proyecto de equidistribución según el artículo 19.1. Este artículo dispone: En la inscripción de cada finca de resultado sujeta a la afección se hará constar lo siguiente: a) Que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto. b) El importe que le corresponda en el saldo de la cuenta

provisional de la reparcelación y la cuota que se le atribuya en el pago de la liquidación definitiva por los gastos de urbanización y los demás del proyecto, sin perjuicio de las compensaciones procedentes, por razón de las indemnizaciones que pudieren tener lugar. 10. No consta la relación de propietarios de fincas y de aprovechamientos, así como de los titulares de las cargas y gravámenes afectados por la equidistribución, con especificación de sus circunstancias personales, de acuerdo con la legislación hipotecaria, y con expresa indicación de haber sido notificados en el expediente. 11. Las fincas de resultado no pueden tener datos registrales, en cuanto que las mismas todavía no están inscritas como tales. Para eso se realiza el Proyecto. 12. No se aclara porque faltan parcelas adjudicadas, entre otra 215, 216, 250… 13. No consta en el Proyecto la entrega a la administración competente, y con destino al patrimonio público del suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada, o del ámbito superior de referencia en que esta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística. Fundamentos de Derecho: 1 y 2. Artículo 2.2,a) del Real Decreto 4 de julio de 1997 por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (*RCL* 1946, 886) sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. 3. Artículo 7.1 RD 4 julio de 1997. 4. Artículo 7.3 RD 4 julio de 1997.5. Artículo 7.4 RD 4 de julio de 1997. 6. Artículo 7.5 RD 4 de julio de 1997. 7. Artículo 7.6 y 11 RD 4 de julio de 1997. 8. Artículo 7.9 RD 4 de julio de 1997. 9. Artículo 7.9. y 19.1 RD 4 julio de 1997. 10. Artículo 7. 11. RD 4 de julio de 1997. 13. Artículo 16b) y 18 RD legislativo 20 de junio 2008, que es diferente a la entrega del suelo reservado para viales, espacios libres, zona verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención a que se refiere el artículo 16 a). 5. Con fecha 18 de noviembre de 2013 se volvió a poner nota de calificación semejante. No se ha presentado documentación diferente a la presentada desde 2005. Se suspende la práctica de la misma por los siguientes: Fundamentos de Derecho El artículo 5 del Real Decreto 1093/97 de 4 de julio (*RCL* 1997, 1861) establece la posibilidad de prórroga de la nota de afección de 3 años, sin determinar si esta es solo por una sola vez, o puede hacerse en más ocasiones. Puede parecer que en los 3 años iniciales más otros 3 de prórroga hay tiempo suficiente para la ejecución del planeamiento y su inscripción. Pero debido a que este Proyecto se presentó por primera vez en el Registro de la Propiedad de Cogolludo en 15 de julio de 1992, posteriormente se volvió a iniciar con fecha 25 de abril de 1996 siendo prorrogada la nota y finalmente se volvió a iniciar con fecha 7 de mayo de 2008 habiendo sido también prorrogada la nota de afección. Y no se han solucionado desde dicha fecha ninguno de los problemas planteados, se considera que no se puede prorrogar de nuevo la afección de las fincas a las obligaciones inherentes a dicho sistema. Esa afección no deja de tener un carácter de limitación de los derechos de propiedad de sus titulares, en cuanto refleja la afección de las fincas al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación, y no puede tener una duración indefinida en el tiempo. Por lo que no procede prorrogar de nuevo la nota solicitada. Acuerdo: Suspender la inscripción del documento presentado como consecuencia de los hechos y fundamentos de derecho expuestos, sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión. Queda automáticamente prorrogado (…) Contra el presente acuerdo (…) Cogolludo, a 24 de abril de 2014. La Registradora (firma ilegible)».

3. Contra la precedente nota de calificación, don J. M. M. H., actuando en nombre y representación de la Junta de Compensación Peñarrubia, en su

calidad de vicepresidente de la misma, interpone recurso mediante escrito de fecha 22 de mayo de 2014 en el que resumidamente alega: Que las fincas que componen la junta de compensación, quedaron afectas a las obligaciones derivadas del proyecto urbanístico desde su constitución. Dicha afección fue sucesivamente prorrogada, siendo la última prórroga de abril de 2011; que la inscripción del proyecto de compensación, está pendiente de inscripción por haber sido también objeto de calificación negativa por la misma registradora, que, dado que aún no se han cumplido las finalidades de la junta de compensación y en consecuencia no puede procederse a su disolución, es de todo punto necesaria la prórroga de la afección; que no existe ningún impedimento legal para que se produzca la prórroga, ni justificación para su negativa, y que el artículo 73 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias de la Ley Hipotecaria, sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, dispone que salvo que expresamente se establezca otra cosa, las notas marginales reguladas en el presente Reglamento, tendrán vigencia indefinida. Por su parte el artículo 5 de la misma norma, no contempla ningún límite al número de prórrogas para la nota marginal. Cita la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 2007 *(RJ* 2007, 5289), que estimó que no existía ningún inconveniente para que tuviera lugar prórrogas de esta anotación marginal. Afirma que en idénticos términos se ha pronunciado también la Dirección General de los Registros y del Notariado en otros casos y cita la resolución de 27 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 6124). Concluye solicitando la revocación de la nota de calificación.

4. La registradora de la propiedad de COGOLLUDO, emite su informe confirmando íntegramente la nota de calificación y forma expediente que eleva a esta Dirección General.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 51 a 54 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo; 120 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo (LCLM 2010, 166), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha; 52 del Decreto 29/2011, de 19 de abril (LCLM 2011, 131), por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha; 5, 22 y 73 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (RCL 1997, 1861), 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; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 2007 *(RJ* 2007, 5289) y 27 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 6124).

1. Se debate en el presente recurso sobre la solicitud de prórroga de una nota marginal que publica la iniciación de un expediente de compensación urbanística y la consiguiente afección de determinadas fincas a las resultas del mismo. La nota marginal de incoación del proyecto urbanístico fue extendida por primera vez con fecha 15 de julio de 1992, conforme a los artículos 129 de la Ley de Suelo y 169 del Reglamento de Gestión Urbanística entonces vigentes, extendida nueva nota con fecha 25 de abril de 1996, que fue objeto de tres prórrogas sucesivas.

Por último se practica nueva nota marginal con fecha 7 de mayo de 2008, que se prorroga el 25 de abril de 2011. Ahora se solicita una nueva prórroga de la misma.

2. Nos encontramos ante la nota marginal regulada en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, y las resoluciones de 16 de julio de 2007 y 27 de junio de 2013. Esta nota se refiere a la iniciación del procedimiento de actuación urbanística correspondiente, en consonancia con lo dispuesto en el actual artículo 54.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo. La citada nota publicita la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones derivadas del procedimiento, pero no debe confundirse con la nota regulada en los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997 que supone una verdadera garantía real del pago del saldo definitivo de la cuenta del proyecto.

La finalidad principal de la nota del artículo 5.2, es la de coordinar el Registro de la Propiedad con el proceso urbanístico que se desarrolla extrarregistralmente, de forma que, cuando el proyecto culmine, las modificaciones por él operadas en las fincas de origen puedan ser inscritas con el pertinente traslado de titularidades y cargas a las fincas de resultado. Por ello a la extensión de la nota se acompaña con carácter imperativo la expedición de la certificación de dominio y cargas de la finca afectada de forma que la Administración o la entidad urbanística correspondiente en los casos de gestión indirecta, sabrán quiénes son los interesados con los que ha de actuar para desarrollar el proyecto reparcelatorio. Serán los titulares que inscriban su derecho con posterioridad a la constancia de la nota marginal quienes deberán personarse en el procedimiento si quieren ser tenidos en cuenta en la tramitación del proyecto. Y en este sentido la nota producirá los efectos previstos en los artículos 14 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, en orden a la práctica de los asientos posteriores a la misma.

Por el contrario, la falta de solicitud y extensión de la nota podría desembocar en la imposibilidad de la inscripción de un proyecto por razón de la existencia de nuevos titulares de derechos inscritos que no hayan sido tenidos en cuenta en la confección del proyecto.

Por esta razón, también las legislaciones autonómicas han incorporado como tramite esencial del procedimiento de elaboración de los proyectos de parcelación la solicitud de extensión de dicha nota. Y en concreto en la legislación urbanística de Castilla-La Mancha aplicable por razón de territorio, tuvo su reflejo en las sucesivas leyes de ordenación urbanística hasta llegar al artículo 120 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, y el artículo 52 del Decreto 29/2011, de 19 de abril de 2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, que establece. «1. Desde el momento en que quepa promover la reparcelación… la Administración actuante o la persona que lo promueva deberá interesar del Registro de la Propiedad correspondiente, mediante la comunicación pertinente, la práctica, de acuerdo con la normativa hipotecaria vigente, de nota al margen de cada finca afectada por el proyecto, así como la expedición de certificado registral de dominio y cargas. 2. No podrá tramitarse reparcelación alguna sin acreditar haber solicitado lo previsto en el número anterior…».

3. En consonancia con su finalidad la vigencia de la nota debería en buena lógica extenderse desde la iniciación del proyecto hasta su culminación. Una vez inscrito el proyecto la nota pierde su razón de ser, siguiendo la misma suerte que

el historial registral de la finca en la que se extendió. Ningún sentido tendría dotar a la repetida nota de una vigencia indefinida como la señalada en el artículo 73 del Real Decreto 1093/1997 a que hace referencia el recurrente, que por otra parte excepciona aquellos supuestos en que «expresamente se establezca otra cosa», como sucede en este caso dada la dicción literal del artículo 5.2 del mismo texto legal.

En cuanto a la prórroga son dos las posturas, ambas con importantes apoyos doctrinales, con respecto a la posibilidad de que la misma sea única o de que por el contrario pueda haber prórrogas sucesivas. El artículo 5.2 deja abiertas ambas posibilidades pues si bien dice que la nota podrá ser prorrogada por otros tres años, lo que interpretado restrictivamente apoyaría la primera tesis, no impide la existencia de otras sucesivas ya que no dice que la prórroga sea única ni fija un plazo máximo de caducidad de la nota misma. Por otro lado nada impide que, como ha sucedido en ocasiones en el supuesto de hecho de este expediente, se solicite una nueva nota marginal, aun cuando esta solución es más forzada pues deberá acreditarse la iniciación del procedimiento que solo puede producirse una vez, no sucesivamente.

Sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad de la nota antes expuesta, impedir sucesivas prórrogas implicaría que los titulares posteriores a la primera nota que, aun advertidos de la existencia del procedimiento urbanístico por la misma no se personaron en su tramitación, deban ser llamados ahora al desarrollo del procedimiento. Con lo cual la función legitimadora de la Administración frente a titulares posteriores que provoca la nota devendría ineficaz, con la consiguiente ralentización, aun mayor, del procedimiento, todo ello teniendo en cuenta que es harto frecuente y más en tiempos de dificultad económica, que la aprobación definitiva de los proyectos se prolongue más allá de los seis años resultantes de la vigencia de la anotación y su prórroga.

Justifica la registradora su negativa en que la afección no deja de tener un carácter de limitación de los derechos de propiedad de los titulares, pero la cancelación de la afección sin posibilidad de nueva prórroga o incluso sin posibilidad de extender una nueva nota, no implica la paralización del procedimiento, que seguirá su curso, aun cuando no se haya tenido en cuenta a un titular registral posterior. Es más, el legislador consciente de la necesidad de que la reparcelación quede reflejada registralmente, ha buscado soluciones para conseguir la inscripción incluso en estos supuestos.

En el caso concreto de Castilla-La Mancha, dará lugar al pertinente trámite de audiencia (art. 92.c reglas 4.ª y 5.ª del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística y artículo 54 del Decreto 29/2011, de 19 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha), trámite previsto incluso para las modificaciones que deban realizarse como consecuencia de la calificación registral según el artículo 57 del último texto legal citado que en su punto 5 dispone: «La Administración actuante podrá aprobar las operaciones jurídicas complementarias que no se opongan al proyecto de reparcelación ni al plan que se ejecute, formalizándolas con los requisitos previstos en este artículo. Además podrá realizar en cualquier momento cuantas subsanaciones sean precisas en el título inscribible que traigan causa de errores materiales de hecho o aritméticos. Las demás modificaciones en el proyecto de reparcelación para su adecuación a la calificación del Registro de la Propiedad no podrán dictarse sin que previamente se haya dado audiencia a todas las personas titulares de derechos reales afectados por la subsanación requerida en los términos dispuestos en el número 2 del artículo 54 de este Reglamento».

Por otro lado los derechos de propiedad de los titulares no se extinguen en cuanto sean compatibles con el procedimiento, sustituyéndose el objeto sobre el que recaen en virtud de la subrogación real y legal operada por la reparcelación. Por lo tanto la inexistencia de la nota, dejando al Registro de espaldas de las mutaciones jurídico reales que se seguirán consolidando, será aún más perjudicial que su constancia para los titulares inscritos.

Caso distinto es la nota marginal, su vigencia y efectos en el caso de los procesos expropiatorios, ya que el artículo 22 del Real Decreto 1093/1997 prevé su cancelación por caducidad por el transcurso de tres años desde su fecha sin hacer referencia a prórroga alguna, y sus efectos son absolutamente diferentes, dado que el proceso expropiatorio implica la extinción de los derechos preexistentes y la inscripción a favor de la Administración actuante y provoca que la cancelación de los asientos posteriores a la nota sea absoluta, no meramente instrumental hasta conseguir la reinscripción en las fincas de reemplazo como sucede en los procesos reparcelatorios, lo cual impide la aplicación analógica de dichos supuestos.

4. Por último, tampoco puede denegarse la prórroga por el hecho de que no se hayan solucionado los problemas planteados en la nota de calificación del documento administrativo en el que se solicitaba la inscripción del proyecto de compensación. No puede impedirse la práctica de un asiento por la sospecha de que la Administración actuante o la entidad urbanística colaboradora no tienen intención o directamente no pueden cumplir sus funciones. La registradora no es competente ni tiene datos suficientes para cuestionar la intención o capacidad de los órganos que tienen legalmente encomendada la facultad de ordenación territorial. Ahora bien, si lo que pretende la nota es la conexión del Registro con la realidad extrarregistral tendente a su modificación, lo esencial es verificar que el procedimiento sigue vigente, singularmente cuando el peticionario de la nota no es la propia Administración actuante y una vez acreditada la persistencia del instrumento urbanístico de que se trate, lo que por otra parte es requisito para la extensión de la nota, nada *obsta* para que el Registro publique la afección de las fincas al desarrollo en cuestión sin solución de continuidad, ya que a la misma publicidad llevaría la extensión de una nueva nota pero con los inconvenientes antes reflejados.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

Como en resoluciones precedentes, en la anteriormente transcrita se examina el régimen de la nota marginal de iniciación de los procedimientos de reparcelación o equidistribución y la posibilidad de prórrogas sucesivas de la misma. Sin embargo, según creemos, no se ha planteado hasta la fecha ante la Dirección General el problema relativo a los efectos de su falta de prórroga y su consiguiente caducidad sobre la inscripción del proyecto de equidistribución. Nos referimos al tratamiento registral de los asientos practicados sobre las fincas de origen tanto con anterioridad a la fecha de su caducidad como después de ella. A todo ello nos referiremos en el presente comentario.

2. Efectos de la nota marginal de inicio del procedimiento de equidistribución

Los aspectos formales de la nota marginal se describen en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de donde resulta, en primer lugar, que se practica a requerimiento de la Administración o de la entidad urbanística actuante, así como de cualquiera otra persona o entidad que resulte autorizada por la legislación autonómica aplicable.

La nota se practica al margen de cada una de las fincas de origen afectadas por el expediente de equidistribución o de reparcelación, expresando el hecho de haberse iniciado el procedimiento y el de haberse expedido la certificación de dominio y cargas de las mismas. En el caso del sistema de compensación, para la práctica de la nota marginal bastará que haya sido otorgada la escritura pública de constitución de la entidad, debiendo entenderse que ello será posible aun cuando dicha constitución no se haya inscrito en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras.

De este modo, cuando el registrador expide la certificación de dominio y carga de las fincas de origen, deja noticia de esta circunstancia por medio de nota al margen de las mismas. Con ello se pone en conocimiento de los terceros que consulten el Registro la existencia de un expediente administrativo que produce la vinculación de las fincas al sistema de actuación que se desarrolla y que dará lugar en su día a la desaparición de las mismas y su sustitución por otra u otras ajustadas al planeamiento, las llamadas fincas de resultado. Este fenómeno tiene lugar por la vía de la subrogación real, de tal manera que produce la sustitución del objeto del derecho por otro nuevo pero sin que el contenido de ese derecho resulte alterado de otro modo. También da noticia de la posibilidad de que la finca quede sujeta en el futuro a expropiación forzosa, por ejemplo, por no adhesión de su titular a la Junta de Compensación que, en su caso, se constituya.

El apartado 3 del mismo artículo 5 expresa que cuando con posterioridad a la nota se practique cualquier asiento en el folio registral, se hará constar en la nota de despacho del título correspondiente el contenido de la misma, con lo que se refuerza el efecto noticia de dicha nota.

Sin embargo, más allá de una mera publicidad noticia, la nota marginal tiene unas repercusiones de gran trascendencia en el desarrollo del procedimiento de compensación o reparcelación. Así, frente al alcance limitado que atribuía el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 en sus artículos 102 y 169 a la nota marginal de inicio del procedimiento[1], el Real Decreto 1093/1997 le reconoce una mayor relevancia en sus artículos 14 y siguientes, refrendada después por el vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Esta moderna regulación aprovecha las ventajas de la publicidad registral para idear un ingenioso sistema de cancelaciones formales de los asientos posteriores a la fecha de la nota marginal. Si el proyecto adjudica la finca al que era titular según la certificación de dominio y cargas, y al presentarse en el Registro resulta que dicho titular transmitió la finca a un tercero que no se preocupó de poner su adquisición en conocimiento de la Administración o de la entidad urbanística colaboradora, la finca o fincas de resultado correspondientes se inscribirán a favor del transmitente produciéndose la cancelación "formal" de la inscripción de la transmisión posterior. El carácter meramente formal de esta cancelación supone que es posible y relativamente sencillo proceder la «reactivación» o «reviviscencia» de las titularidades canceladas a través de varios mecanismos. Basta a tal efecto con una mera instancia ante el registrador si hay plena correspondencia entre la finca de origen y la de resultado; en otro caso, se necesita el consenti-

miento de todos los afectados formalizada en escritura pública rectificativa; en último término, a falta de ese consentimiento, se necesita acuerdo firme de la Administración actuante, todo con los requisitos del artículo 17.

Por último, no debe confundirse la nota marginal de inicio del procedimiento con la afección de las fincas de resultado a las cargas de urbanización, regulada por el artículo 9 del Real Decreto de 1997, que contempla la verdadera afección real urbanística.

3. Las prórrogas de la nota

En el apartado 2 del artículo 5 del Real Decreto 1093/1997 se expresa que la nota marginal tiene una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora. Durante el plazo de la prórroga se prolongarán los efectos propios de la nota inicialmente practicada.

El Real Decreto no se pronuncia de forma inequívoca sobre si cabe una sola prórroga o varias sucesivas, a diferencia de lo que hace en otras ocasiones la legislación hipotecaria como por ejemplo el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, que permite en general prórrogas sucesivas de las anotaciones preventivas. La Resolución de la Dirección General de 27 de junio de 2013.

La posibilidad o no de una segunda o incluso ulterior prórroga de la nota marginal ha sido objeto de discusión doctrinal, existiendo autores que se manifiestan en contra, como ARNÁIZ EGUREN[2], y otros que la admiten sin reservas, como GARCÍA GARCÍA[3]. En la misma línea, LASO BAEZA[4] concluye que «el artículo 5.2. del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no se pronuncia en términos taxativos en el sentido de autorizar una única prórroga. Lo que dice es que la nota, que siempre ha de ser entendida al servicio del proceso de gestión, es prorrogable por otros tres años, prórroga que debe entenderse respecto de la nota vigente en cada momento, tanto la inicial como la resultante de una eventual prórroga precedente». Más adelante añade la siguiente reflexión: «piénsese, por otro lado, que la interpretación contraria llevaría incluso al absurdo de que caducada la prórroga ni siquiera cabría la solicitud de una nueva nota ya que el apartado precedente liga su práctica a la expresión de la iniciación del procedimiento, iniciación que solo puede producirse en un único momento, no en varios».

La resolución transcrita al inicio de estas líneas parece optar por la solución afirmativa al enfrentarse a un supuesto en el que se han producido tres prórrogas sucesivas y declarar en su Fundamento de Derecho 3 que «teniendo en cuenta la finalidad de la nota antes expuesta, impedir sucesivas prórrogas implicaría que los titulares posteriores a la primera nota que, aun advertidos de la existencia del procedimiento urbanístico por la misma no se personaron en su tramitación, deban ser llamados ahora al desarrollo del procedimiento. Con lo cual la función legitimadora de la Administración frente a titulares posteriores que provoca la nota devendría ineficaz, con la consiguiente ralentización, aun mayor, del procedimiento, todo ello teniendo en cuenta que es harto frecuente y más en tiempos de dificultad económica, que la aprobación definitiva de los proyectos se prolongue más allá de los seis años resultantes de la vigencia de la anotación y su prórroga».

Más adelante añade la resolución el siguiente razonamiento: «por otro lado los derechos de propiedad de los titulares no se extinguen en cuanto sean compatibles con el procedimiento, sustituyéndose el objeto sobre el que recaen en

virtud de la subrogación real y legal operada por la reparcelación. Por lo tanto la inexistencia de la nota, dejando al Registro de espaldas de las mutaciones jurídico reales que se seguirán consolidando, será aún más perjudicial que su constancia para los titulares inscritos».

4. Efectos de su caducidad

A falta de solicitud y obtención de la prórroga de la nota marginal procede su cancelación, planteándose además el problema de cuál es la incidencia de la caducidad sobre la ulterior presentación del proyecto de equidistribución, reparcelación o compensación cuando hay asientos posteriores a la fecha de la expedición de la certificación de dominio y cargas y de la práctica de la nota marginal como pasamos a exponer.

A) Cancelación de la nota

Llegado el momento de la expiración de la nota marginal, deben entenderse aplicables las reglas generales de cancelación de asientos por caducidad, una vez transcurrido su plazo de duración sin que se haya hecho constar su prórroga, siendo posible incluso su práctica de oficio por el registrador en los términos del artículo 353 del Reglamento Hipotecario.

B) Presentación del proyecto de equidistribución posterior a la caducidad de la nota

Nos planteamos ahora cómo cabe proceder en el caso de presentación en el Registro del proyecto de equidistribución cuando ya se ha producido la caducidad de la nota marginal o de sus prórrogas existiendo transmisiones o asientos posteriores a la misma en relación con alguna de las fincas de origen.

Como ya dijimos, el Real Decreto de 1997 extiende los efectos tradicionalmente atribuidos a la nota marginal en el Reglamento de Gestión para hacer una foto fija de la situación registral en el momento de la expedición de la certificación de dominio y cargas. Del artículo 14 se deduce que si el proyecto de equidistribución que en su día se apruebe contempla como titulares de las fincas de resultado a los que lo eran registralmente de las fincas de origen, se inscribirán también a su nombre las primeras.

Lo mismo sucederá si con posterioridad a la fecha de la nota se hubiera producido la transmisión de alguna de las fincas de origen a personas que no hubieran comunicado dicha transmisión a la Administración actuante o a la entidad urbanística colaboradora. En tal caso el proyecto, desconociendo la existencia de la transmisión, adjudicaría las fincas de resultado a los que eran titulares registrales de las de origen en el momento de la práctica de la nota, procediéndose a la cancelación formal de las titularidades de los adquirentes posteriores.

Ahora bien, el artículo 14 no expresa que la nota marginal ha de seguir vigente en el momento de la presentación del proyecto para su inscripción, por lo que cabe preguntarse si también en este caso sería aplicable el sistema de cancelación formal.

En principio cabría argumentar que, al apoyarse este sistema en la figura de la nota marginal, es condición necesaria para que funcione el que esta siga en

vigor cuando se presenta el proyecto, por lo que su previa caducidad impediría acudir a él. Este argumento podría reforzarse considerando que en otro caso carecería de sentido la regulación de su prórroga.

Sin embargo, creemos que estas afirmaciones merecen alguna matización si se atiende a la verdadera finalidad perseguida con el mecanismo de la cancelación formal. En primer lugar, el centro de gravedad de este mecanismo no se encuentra realmente en la nota marginal, sino en la certificación de dominio y cargas de la que da noticia, ya que la fincalidad de dicha certificación es determinar quiénes son los titulares de las fincas de origen en el momento de iniciarse el expediente administrativo para que el proyecto les reconozca dicha titularidad y les adjudique las fincas de resultado. La nota marginal no es sino un instrumento al servicio de esta función, al dar noticia a los eventuales terceros adquirentes de las fincas de origen de la existencia del procedimiento de equidistribución y, por ello, de la posibilidad de entrar a formar parte del mismo poniendo su adquisición en conocimiento de la entidad o autoridad correspondiente. Si, a pesar de la nota, el adquirente no observa la diligencia de hacer esta comunicación, las consecuencias de su actitud deben recaer exclusivamente sobre él (mediante la cancelación formal de la inscripción a su nombre), pero no sobre el expediente administrativo, cuya inscripción quedaría paralizada de no existir la válvula de escape de la cancelación formal (no siendo complicado obtener la «reinscripción» a su favor *a posteriori*, conforme al art. 17).

De estas ideas básicas resulta que lo procedente sería distinguir varias hipótesis:

a) Si durante la tramitación del proyecto de equidistribución el adquirente pone su adquisición en conocimiento de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora el hecho de haber adquirido la finca, el proyecto deberá adjudicar a dicho adquirente la finca o fincas de resultado por aplicación del artículo 14.1 del Real Decreto, cuya norma entendemos aplicable con independencia de si la nota marginal hubiera caducado antes de la presentación de dicho proyecto.

b) No habiéndose producido aquella comunicación de la transmisión de la finca, lo más lógico parece atender al momento de inscribirse la transmisión para comprobar si en ese momento estaba vigente la nota marginal y, por tanto, el adquirente tuvo noticia del inicio del expediente reparcelatorio. Por ello, si los adquirentes no comunicaron su adquisición en los términos indicados y por tanto el proyecto no les adjudicó las fincas de resultado a ellos, sino a los transmitentes que figuraban en la certificación de dominio y cargas, creemos que deben distinguirse dos hipótesis, según dicha adquisición se hubiera inscrito durante la vigencia de la nota o después de su caducidad.

La primera hipótesis estaría constituida por las inscripciones de transmisiones de las fincas de origen que se hubieran practicado durante la vigencia de la nota marginal. En este caso entendemos que, al tener el adquirente conocimiento de la vigencia de la nota en el momento de inscribir su título, la solución debería ser la misma que la prevista por el Real Decreto en su artículo 14.2, es decir, proceder a la inscripción de la finca de resultado a favor del transmitente y cancelar formalmente la inscripción de la finca de origen a nombre del adquirente, sin perjuicio de la posibilidad de proceder a la rectificación de la inscripción de la finca de resultado para inscribirla a nombre del adquirente en los términos previstos con carácter general por el artículo 17. En este supuesto el adquirente, a

pesar de tener noticia de la existencia del expediente de equidistribución, no tuvo la precaución de comunicar su adquisición, por lo que las consecuencias de la caducidad no deben recaer sobre el propio expediente paralizando su inscripción. En definitiva, entendemos que, inscrita la titularidad del adquirente en el folio de la finca de origen cuando estaba en vigor la nota marginal, debe aplicarse el régimen general del artículo 14 aún cuando la nota hubiera caducado antes de la inscripción del proyecto.

Sin embargo, en el caso de haberse producido la inscripción del derecho del adquirente sobre la finca de origen cuando ya hubiera caducado la nota marginal, la solución anterior no nos parece acertada. En esta segunda hipótesis, a diferencia de la anterior, fueron la Administración o la entidad urbanística colaboradora quienes incurrieron en una evidente falta de diligencia, consistente en no instar a tiempo la prórroga de la nota marginal. A nuestro juicio, al haber adjudicado el proyecto al transmitente la finca de resultado correspondiente y no al titular registral actual de la misma, debería rechazarse la inscripción por imperativo del principio hipotecario de tracto sucesivo hasta que se rectifique haciendo la adjudicación a favor de dicho titular registral, sin que quepa aplicar la norma de cancelación formal por falta de identidad de razón.

En definitiva, el Real Decreto 1093/1997 logra salvar los inconvenientes del sistema presidido por el Reglamento de Gestión Urbanística mediante la atribución a la nota marginal de unos efectos superiores a los inicialmente previstos por este último, pero para que estos efectos superiores puedan producirse es necesario que la nota marginal tenga plena vigencia, al menos, hasta el momento de la inscripción de la transmisión de la finca de origen a nombre del nuevo adquirente.

NOTAS

[1] Tal alcance limitado consistía en que la nota marginal «solamente producirá el efecto de que los interesados que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personaren en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones».

[2] ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de los actos urbanísticos,* Ed. Marcial Pons, 1999, pp. 76 y 77. En este trabajo se afirma que en el caso de excederse el plazo de seis años (los tres de la nota inicial más los tres de su prórroga) «lo lógico es pensar que no es posible prorrogar de nuevo la nota, si se piensa en que la correspondiente a la iniciación de expedientes de expropiación forzosa prevista en los artículos 32 del Reglamento Hipotecario y 22 de las Normas Complementarias solo puede extender sus efectos más allá de su duración ordinaria y si se presenta algún título que haga referencia al propio expediente. Pues bien, por aplicación analógica de estos preceptos, por vía de la remisión general del sistema reparcelatorio al de expropiación forzosa que antes hemos visto, no parece posible que la dilación y la tardanza del órgano actuante pueda dar lugar a una mención en el folio que, en alguna medida, supone una limitación dominical».

[3] GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo V, Urbanismo y Registro*, Ed. Civitas, 1999, p. 85: «lo lógico sería admitir una nueva prórroga a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora pues el presente apartado, aunque guarda silencio sobre ello, no la excluye».

[4] LASO BAEZA, Vicente, El régimen temporal de la nota marginal de iniciación de los procedimientos reparcelatorios, *RCDI* núm. 710 (noviembre-diciembre de 2008).

4. DERECHO BANCARIO

Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia*

Responsibility of financial entities in light of the Law 57/1968. Current positioning of the Jurisprudence

por

MATEO C. JUAN GÓMEZ
Abogado de Bufete Buades

RESUMEN: La Ley 57/1968 sale al paso de los abusos que en el sector de la promoción inmobiliaria se registraron en la década de los años sesenta. Si bien su redacción se ha mantenido casi inalterable durante los últimos cuarenta y siete años, no así la interpretación que la jurisprudencia ha brindado a las obligaciones que recoge su artículo 1. La mención que el precepto contiene a una posible responsabilidad de la entidad financiera depositaria de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de las viviendas en construcción, y sobre todo su inconcreción, ha generado múltiples polémicas doctrinales acerca de los requisitos que deben cumplirse para que responda la entidad financiera, y el alcance de dicha obligación. El Tribunal Supremo ha salido al paso de algunos debates tales como la naturaleza de la acción de la que disponen los compradores frente a la entidad depositaria, la nulidad de los límites cuantitativos o temporales del documento de aval, el carácter innecesario de la previa resolución contractual, la extinción de la garantía en caso de resolución contractual consensuada o la inoponibilidad del régimen especial de la Ley 57/1968 a la entidad que ha realizado el descuento del efecto cambiario que ha servido de instrumento de pago a cuenta. Sin embargo la responsabilidad de la entidad financiera en los supuestos en los que no se han prestado garantías, ni se ha abierto cuenta especial, supone en la actualidad una zona gris que obliga a analizar el ánimo con el que esta ha actuado.

ABSTRACT: Law 57/1968 takes into account the abuses within the sector of property development registered during the sixties. Even though its composition has been kept almost unchanged during the last forty-seven years, the interpretation of the provided jurisprudence as stated in Article 1 has transitioned. It mentions that the precept contains a possible responsibility from the depositary institution of the delivered amounts on account by the buyers of the houses under construction, and above all its imprecision, has generated multiple controversial doctrines

* Este trabajo fue aprobado para su publicación en junio de 2015

regarding the requirements that have to be fulfilled for the financial institution to respond, and the range of such obligation. The Supreme Tribunal has responded to some discussions such as the nature of actions that buyers have with the depositary institution, the annulment of quantitative or time limits on a guarantee, the redundancy of the previous contract termination, the termination of the guarantee in case of consensual termination of the contract, or the unenforceability of the special provisions of Law 57/1968 to the entity that has made the discount of the exchange effects that has served as an instrument of delivery on account. Yet the responsibility of the financial institution, when no guarantees was provided nor any special checking account have been opened, is at the moment a gray zone that forces to analyze the intent of its action.

PALABRAS CLAVE: Entregas a cuenta. Compraventa. Viviendas en construcción. Entidad depositaria. Cuenta corriente especial. Responsabilidad «*ope legis*».

KEY WORDS: Delivery on account. Buying and selling. Houses under construction. Depositary institution. Special checking account. Responsibility «ope legis», delivery.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORIGEN DEL DEBATE DOCTRINAL.—III. NATURALEZA DE LA ACCIÓN. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.—IV. LIMITACIÓN CUANTITATIVA O TEMPORAL DE LA RESPONSABILIDAD.—V. SUPUESTO DE INEXISTENCIA DE DOCUMENTO DE AVAL INDIVIDUAL.—VI. SUPUESTO DE EXISTENCIA ÚNICAMENTE DE CUENTA ESPECIAL.—VII. LA NO EXIGENCIA DE PREVIA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.—VIII. SUPUESTO DE DISOLUCIÓN POR MUTUO DISENSO.—IX. JUICIO CAMBIARIO Y DESCUENTO BANCARIO.—X. REFLEXIONES FINALES.—XI. BIBLIOGRAFÍA.—XII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

La *Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, fue promulgada en época franquista, como mecanismo de control ante la reiterada comisión de abusos producidos en el mercado inmobiliario, efervescente por aquellas fechas. Lo que pretendió el legislador no fue sino extender las garantías que ya se preveían en el Decreto de 3 de enero de 1963 para la promoción de viviendas de protección oficial, a todo tipo de residencias.

El foco de atención se centró en el destino conferido a las cantidades anticipadas por compradores de viviendas en construcción, en un intento de garantizar que estos medios económicos sean destinados efectivamente por la promotora a la construcción de la/s vivienda/s en cuestión, así como su devolución en el supuesto de que esta/s finalmente no pueda/n llevarse a cabo por cualquier circunstancia.

La primera y más importante medida de protección consiste en garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y auto-

rizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

De lo anterior se colige la responsabilidad en la que incurre el avalista bancario o la entidad aseguradora, en caso de que se suceda el riesgo que ha decidido libremente cubrir.

Ahora bien, la jurisprudencia ha ido abogando por otra dimensión de responsabilidad de las entidades financieras, ya no en su condición de avalistas de la promotora, sino por constituirse en depositarias de cantidades entregadas a cuenta para la compraventa de viviendas en construcción.

Interesa al presente trabajo exponer sucintamente las principales líneas de discusión que se han suscitado en la jurisprudencia reciente, y los distintos frentes que aún hoy podemos considerar abiertos en relación a esta materia.

A fin de exponer nuestras observaciones de forma ordenada, dedicaremos unas líneas al origen del debate litigioso, para posteriormente plantear los escenarios que han resultado más controvertidos en los litigios habidos al amparo de la Ley calendada.

II. ORIGEN DEL DEBATE DOCTRINAL

El epicentro de la cuestión discutida se localiza en la imperfecta redacción del artículo 1 de la Ley 57/1968, que guarda el siguiente tenor literal;

> «Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:
>
> Primera. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.
>
> Segunda. Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior».

Como se puede observar, la expresión final del precepto contiene una previsión de responsabilidad de la entidad financiera depositaria, que para la apertura de la cuenta especial deberá exigir la garantía (aval o seguro) que recoge el precepto.

Dicha expresión puede ser interpretada de distintas formas:

i) Como que la entidad financiera está obligada a exigir que se acredite la garantía referida con cada entrega a cuenta

ii) Como que la entidad financiera está obligada a destinar tales ingresos a una cuenta especial y a exigir que se acredite la garantía referida, pero únicamente en el momento de la apertura de la cuenta especial y no con cada asentamiento.

iii) Como que la entidad financiera solo será responsable si apertura una cuenta especial, de tal modo que de realizarse las entregas en una cuenta distinta a la especial, su devolución no le resultará exigible.

iv) Como la obligación de la entidad financiera de emitir los avales que se le requiera por la promotora por las entregas a cuenta, pero respondiendo únicamente en la medida en que emita los mismos.

Estas distintas interpretaciones de la norma apuntada, dan lugar a importantes contradicciones en el seno de la jurisprudencia menor, así como a una extensa casuística. Seguidamente exponemos los debates que han resultado más habituales, y que en gran medida no son sino una aplicación de las anteriores interpretaciones a supuestos de hecho concretos.

III. NATURALEZA DE LA ACCIÓN. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

La primera parada de nuestra ruta pasa por reflexionar sobre la naturaleza de la responsabilidad que pudiera derivarse del artículo 1 de la Ley 57/1968 —si se aceptara que es así— para las entidades financieras depositarias.

Pensemos por ejemplo en un escenario de ausencia de aval individual entregado al comprador. Parece innegable que no existiría ninguna relación contractual que uniera al Banco con los compradores de las viviendas. Se descartaría, por ende, que estuviésemos ante una responsabilidad de naturaleza contractual[1]. De esta suerte, si se aceptase que la entidad financiera es responsable frente a los compradores, habrá de concluirse que esta será una responsabilidad «*ope legis*» o extracontractual.

Quedaría por perfilar si se trata de una acción personal y, por tanto, con un plazo de prescripción de 15 años (art. 1964 Código Civil), o si es puramente una responsabilidad extracontractual, prescribiendo al cabo de un año, *ex* artículo 1968 del Código Civil. En consecuencia, de aceptar el último planteamiento, si los demandantes —como es bastante habitual— se demorasen más de un año en redirigir sus reclamaciones de la promotora a la entidad financiera, podría excepcionarse la extinción de la acción.

Así por ejemplo, la sentencia número 13/2014 de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, de fecha 15 de enero, se inclinó por defender que la acción contra la entidad financiera por falta de constitución del aval es de naturaleza extracontractual y el plazo de prescripción de un año debe comenzar a contar desde que se produce el daño para el comprador, o lo que es lo mismo, al manifestarle el promotor que no puede reintegrarle su inversión.

Cumple apuntar que este es uno de los puntos conflictivos a los que ha salido al paso recientemente el Tribunal Supremo, concretamente en la sentencia del Pleno, de 16 de enero de 2015, rec. 2336/2013, reconociendo en su Fundamento Jurídico Segundo, en referencia a la prescripción, que «*es bueno que esta Sala se pronuncie sobre la misma, partiendo de dos extremos, el de tipo de responsabilidad y el de dies a quo. Lo cual es necesario porque la sentencia de primera instancia*

afirma que se trata de responsabilidad contractual, afirmación que no es objeto de justificación, ni de desarrollo alguno y la sentencia de la Audiencia Provincial afirma que es extracontractual».

El Alto Tribunal sienta jurisprudencia y afirma que estamos ante una obligación que nace de la ley, al que es aplicable el plazo de prescripción general de las acciones personales (15 años por tanto), confirmando la doctrina de la «*actio nata*» en relación a la fijación del «*dies a quo*».

IV. LIMITACIÓN CUANTITATIVA O TEMPORAL DE LA RESPONSABILIDAD

El artículo 1827 del Código Civil proclama el que debe ser el precepto cardinal en la interpretación de toda obligación de fianza, a saber, la interdicción de su presunción, exigiendo que la misma sea expresa y nunca extenderse a más de lo contenido en ella. En claro seguimiento de este precepto, José Luis GARCÍA-PITA y LASTRES[2], nos recuerda que;

> «*La "garantía" supone una ampliación del poder de agresión del acreedor, que ya no se limita al patrimonio del deudor, ora porque consiste en la afección de un segundo patrimonio, ora bien porque supone la afección de bienes concretos merced a la técnica del derecho «in re aliena» o, sin más, a la técnica del derecho real, y —por consiguiente— requiere de un expreso acto de constitución*».

Esta especial naturaleza de la fianza, ha llevado a no pocos tribunales a limitar la responsabilidad de las entidades financieras que sí habían concedido aval bancario a los compradores de viviendas a los términos del propio documento de aval. De esta suerte, si el límite cuantitativo del aval era inferior a las cantidades efectivamente entregadas a cuenta por el comprador, este solo tenía acción con los límites de la obligación expresamente asumida por el garante.

Un ejemplo puede ser la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 12 de diciembre de 2012, en la que se proclama que;

> «*por muy especial que sea la naturaleza jurídica de los avales prestados al amparo de la Ley 57/1968, obviamente el avalista no puede responder más allá de la cantidad máxima garantizada por la sencilla razón de que constituye el límite de la garantía pactada y la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye su objeto*»[3].

No obstante, el Tribunal Supremo parece haber puesto fin también a este debate en la sentencia 218/2014 de 7 de mayo (rec. 828/2012), en la que amparándose en otra anterior sobre un contrato de seguro, afirma;

> «no puede limitarse la condena al importe del aval, por importe de 15.337,51.—# pues como dijimos en la sentencia de 3 de julio de 2013, sentencia núm. 476/2013 *(RJ* 2013, 5913), recurso 254/2011:
>
> No procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/68, que obliga a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores…
>
> La referida limitación cuantitativa, por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo séptimo de la Ley 57/1968 cuando deter-

> mina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios, pues la ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros, en su caso, que garantizan las cantidades entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregadas por los compradores».

Así se configura una excepción a las reglas generales del contrato de fianza, obligándose el garante más allá de lo expresamente pactado.

V. SUPUESTO DE INEXISTENCIA DE DOCUMENTO DE AVAL INDIVIDUAL

Otro escenario bastante recurrido es aquel en el que no existe aval individual, pero sí se ha abierto una cuenta especial al promotor y también se ha celebrado con este una póliza general o línea de avales.

En este punto consideramos que el Tribunal Supremo ha contribuido históricamente a generar gran confusión, al posicionarse tímidamente en contra de la doctrina emergente en la jurisprudencia menor, pero sin terminar de postularse en los últimos tiempos de un modo definitivo.

Podemos traer a colación, como posicionamiento histórico, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995, rec. 1357/1994. Ponente: SOTO NIETO, (en la misma se analizan hechos con trascendencia civil) determina que la contratación de la póliza colectiva a favor de los adquirentes no hace nacer en favor de ellos ningún derecho hasta que se realice la emisión de cada póliza individual. Para refrendar su postura, en aquella ocasión el Alto Tribunal recordó que la Dirección General de Seguros, en resolución de 26 de septiembre de 1983, estimó que en virtud de lo dispuesto en el número 8 de la Orden de 5 de junio de 1964, en el seguro de cantidades anticipadas para viviendas, la contratación de pólizas colectivas por la constructora no implica ninguna asunción de garantías a favor de los posibles adquirentes de viviendas: la garantía a cada comprador no se produce hasta que no se realiza la emisión de cada póliza de seguro individual, complementaria del respectivo contrato.

Como posicionamiento más actual puede ser interesante la sentencia 25/2013 del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013, que en su Fundamento de Derecho Cuarto parecía desmarcarse de la posibilidad de exigir responsabilidades al Banco que no hubiera concedido aval individual;

> «No procede condena al Banco de Santander, pues la obligación que le impone la Ley 57/1968 es la de que las cantidades entregadas a cuenta se ingresen en una cuenta especial (art. primero, segunda), pero la norma no le impone la obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora. De la póliza firmada entre el banco y la promotora tampoco se deduce que la entidad bancaria tuviese obligación de entregar el aval directamente al comprador, pues siempre lo emitiría a petición del promotor».

Sin embargo, lo cierto es que esta sentencia, tal vez por su insuficiente concreción, no sirvió como criterio unificador de las posturas discrepantes, siendo cada vez más mayoritaria entre las audiencias provinciales la corriente que sostiene lo contrario.

A título de ejemplo cabe citar la sentencia 71/2014, de 19 de marzo de 2014 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, en la que se reflexiona;

> «que Bruesa no preste al BBVA las garantías o contravales suficientes para que se extiendan las certificaciones de seguro es cuestión que afecta al banco y Bruesa, pero que es ajena a los demandantes. Si el BBVA no fue diligente bien exigiendo contravales suficientes bien impidiendo que Bruesa dispusiera de fondos de la cuenta es una cuestión que al demandado incumbe, de la que debe responder ante los demandantes y que le otorga derecho de repetición frente a Bruesa por las cantidades que tenga que abonar. El incumplimiento de la ley por el BBVA reside aquí, en haber permitido la disposición por parte de Bruesa de estas cantidades sin que hubiera garantizado las mismas, tal y como la Ley señala. Y en tal sentido la demanda debe ser estimada».

O también la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 25 de octubre de 2012, según la cual «*la falta de prestación de las garantías impuestas legalmente también puede acarrear la responsabilidad de la entidad de crédito. La razón de tal afirmación la encontramos en la condición segunda del artículo 1.º de la Ley analizada*»[4].

VI. SUPUESTO DE EXISTENCIA ÚNICAMENTE DE CUENTA ESPECIAL

El debate se traslada con cierta habitualidad aún a un estadio previo a los anteriores, en el que no solo no existe aval individual, sino que tampoco se ha concertado una póliza general o línea de avales, concurriendo únicamente una cuenta corriente de las denominadas especiales.

La primera cuestión sería la de determinar cuándo estamos ante una cuenta especial. Cada vez más se extiende entre las audiencias provinciales la tesis de que la cuenta especial no exige ningún requisito formal, ni tan siquiera la voluntad de las partes de concederle tal naturaleza al contrato de cuenta corriente, sino únicamente al origen y destino de los fondos que allí se depositan.

Es bastante significativa a este respecto la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 23 de junio de 2014, en la que se aprecia;

> «*Es claro por tanto que sin cuenta especial no puede exigirse la responsabilidad a la entidad de crédito. Ahora bien, ninguna forma especial ni nomen iuris exige la ley que se empleé en la apertura de dicha cuenta, cuya naturaleza de especial entendemos no deriva del nombre que quien la abre quiera darle, ni de que exprese su voluntad al efecto, sino como bien dice el juzgador de instancia del origen de los fondos que la nutren y del destino que estos han de seguir. La ley no hace gravitar sobre la entidad de crédito la específica obligación de fiscalizar y clasificar a los efectos comentados cualquier o toda cuenta corriente que sea abierta en la misma. Sin embargo consideramos que tampoco ostenta una posición meramente neutra o contemplativa, ajena a todo deber de vigilancia, cuando existan indicios claros y sólidos de que quien abre la cuenta es un promotor de un proceso constructivo de viviendas y de que los depósitos que en la misma se realizan por terceros son entregas a cuenta o anticipos del precio. Cuando sea cual sea el nombre que se le otorgue resulte evidente para la entidad de crédito que esa es la específica finalidad para la que se abre la cuenta*

por un promotor, pesa sobre la misma un deber de control y vigilancia a fin de que por este se proceda a la constitución de la garantía prevista en el precepto que comentamos, so pena de incurrir en la responsabilidad frente a los compradores depositantes que el precepto legal comentado le impone. Ello como contrapartida a los beneficios que las entidades de crédito obtienen de la apertura de esas cuentas, en las que como decimos se anticipan y depositan a cuenta del precio cantidades importantes por los compradores de viviendas, de la financiación del proceso constructivo que habitualmente se encarga a las mismas entidades en que la cuenta se abre, con posterior subrogación de los propios compradores en la parte correspondiente de la hipoteca e incluso de la prestación de los avales por parte de las propias entidades financieras.

Por otra parte consideramos que el hecho de que finalmente se mezclen en la cuenta fondos de procedencia diversa, o de que se sufraguen con cargo a la misma pagos distintos, no exonera de responsabilidad a la entidad financiera. De seguirse otra interpretación resultaría que la entidad de crédito, a la que es imputable el control sobre el origen y el destino de los fondos ingresados en la cuenta, respondería solo en caso de cumplirse los requisitos que califican una cuenta como especial y sin embargo no lo haría si incumpliere sus obligaciones de supervisión. Para que surja la responsabilidad de la entidad financiera bastará por tanto tenga constancia de que el dinero ingresado son cantidades anticipadas por los compradores para financiar la construcción de viviendas, con independencia de que en el devenir del tiempo permita, incumpliendo sus obligaciones, que ingresen fondos de procedencia diferente o que se destinen por el titular a atenciones diferentes a las estrictas del proceso constructivo».

Lo relevante, por tanto, es si el Banco es conocedor de que se utiliza la cuenta corriente para realizar pagos a cuenta. A nuestro parecer la carga de acreditar este conocimiento suficiente recae en la parte demandante, *ex* artículo 217 de la Ley, que contará para ello con indicios como la posible financiación de la obra por la misma entidad financiera, o que del extracto de la cuenta corriente se desprenda que no es una cuenta utilizada en la operativa habitual de la promotora. Y a la inversa, si la cuenta corriente es utilizada para otros fines diversos, o no se identifica suficientemente el origen de los fondos, podríamos estar ante indicios de que no existió la voluntad de constituir la cuenta corriente como cuenta corriente especial a los efectos de la Ley 57/1968. Puede ser interesante a estos efectos recordar que el artículo 1282 del Código Civil dispone que para juzgar la voluntad de los contratantes deberá estarse a los hechos coetáneos y posteriores al contrato. Por tanto, la conducta posterior de la promotora y de la entidad financiera pueden servirnos para discernir si el ánimo que movió a esta última fue el de aperturar una cuenta especial en los términos de la Ley 57/1968.

Por su parte, otras resoluciones, llegan por un camino distinto a conclusiones similares, negando que la cuenta corriente pueda recibir en estos casos el calificativo de cuenta especial, pero haciendo igualmente responsable al Banco por no abrir una cuenta de esas características. En esta línea se sitúa, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 15 de enero de 2014;

«[…]Ahora bien, que no se trate de una cuenta especial porque al final se mezclen fondos de procedencia diversa, o porque se atiendan

> pagos distintos, no exonera de responsabilidad a la entidad financiera. De seguirse otra interpretación resultaría que la entidad financiera, a la que puede ser imputable la falta de control sobre el origen y el destino de los fondos ingresados en la cuenta, respondería solo en caso de cumplirse los requisitos que califican una cuenta como especial, y no respondería si se incumplieren las obligaciones de supervisión sobre la procedencia y destino de los fondos ingresados. Para que surja la responsabilidad de la entidad financiera debe bastar la constancia de que el dinero ingresado son cantidades anticipadas para financiar la construcción de viviendas».

En contra de este planteamiento, podría traerse a colación curiosamente otra sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010, de la Sala Segunda, que absuelve al director de una sucursal bancaria de delito de apropiación indebida de los ingresos realizados por los socios de una cooperativa para la adquisición de sus viviendas. En lo que interesa a las presentes actuaciones, declara que no es obligación de la entidad depositaria la entrega de avales, ni la apertura de la cuenta especial a los que refiere la Ley 57/1968. En concreto;

> «De ahí que los recurrentes no puedan invocar norma alguna de la que derive la obligación de control que reclaman. Desde luego es evidente que tal exigencia no deriva del artículo 1 de la Ley 57/1968, luego reiterada en la Ley 38/1999 de ordenación de la edificación. Esas normas imponen una obligación a la entidad promotora de la construcción de viviendas. La de suscribir un seguro de devolución de ingresos a los adquirentes. Y que para recibir esos ingresos la promotora disponga de una cuenta especial en entidad bancaria. Pero ni aquella suscripción ni esa apertura de cuenta es obligación de dicha entidad. Esta solamente está obligada a exigir, como condición para la apertura de la cuenta, la suscripción del contrato de seguro indicado. Exigencia a la que no ha lugar si dicha cuenta especial no es abierta. Y en ningún caso puede denegar los reintegros que la promotora pretenda hacer de cualquier otro tipo de cuenta de la que es titular ni de condicionar el reintegro a aplicación determinada por parte de la entidad titular».

Entre las sentencias de las audiencias provinciales, podemos citar sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 14 de noviembre de 2013, que haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Supremo, afirma;

> «CUARTO. Por lo expuesto, puede concluirse señalando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado la obligación de avalar las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa de un inmueble proyectado o en construcción como una obligación legal que compete al vendedor y que se encuentra en íntima relación con el contrato de compraventa, que garantiza la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, pero determinado que esa obligación le compete al vendedor, excluyendo de la misma expresamente a la entidad bancaria en la que se hayan depositado esas cantidades entregadas a cuenta, porque tanto la obligación de que se depositen en una cuenta especial como que se avalen, precisamente por ser una obligación legal con destinatario determinado, no puede hacerse extensiva a terceros no

> determinados por la norma, de manera que ni la presunción de conocimiento por la referida entidad de que las cantidades que ha depositado la promotora en otras cuentas bancarias ni otro conocimiento referido a ese negocio es susceptible de generar una ampliación de responsabilidad como la pretendida por el recurrente, pues la consideración de negocio complejo o coaligado solo puede ser estimada como existente entre el de compraventa celebrado entre promotor y el adquirente y la obligación legal de avalar las cantidades recibidas como precio de la referida compraventa, de manera que como dispone la referida jurisprudencia, el incumplimiento de la citada norma de la ley 57/1968 no tiene carácter puramente administrativo, pudiendo dar lugar a la resolución del contrato de compraventa si se mantiene la reciprocidad de las prestaciones, en el sentido de que la vivienda a la fecha en que se pida la referida resolución, no esté terminada, pero no hace extensible esa responsabilidad de devolución de las cantidades entregadas como parte del precio, a la entidad en la que se depositaron, cuando no lo fueron en la cuenta especial fijada legalmente. Por lo tanto, debe ser desestimado el referido motivo de apelación».

Las últimas sentencias del Tribunal Supremo son, si cabe, más desconcertantes. Parecen dar por hecho la responsabilidad de la entidad financiera, pero sin delimitar con la precisión que exige lo delicado y sensible de la cuestión, en qué supuestos debe extenderse «*ope legis*» la responsabilidad de la entidad financiera depositaria de los fondos.

Un ejemplo lo encontramos en la sentencia de 16 de enero de 2015, rec. 2336/2013, en la que si bien no recurrió la entidad financiera depositaria, condenada en las instancias anteriores, haciéndolo únicamente la entidad que financió la promoción, ajena a cualquier obligación de la Ley 57/1968, en el Fundamento Jurídico Tercero de la resolución, se contiene una curiosa mención «*obiter dicta*». Tras exponer la normativa y doctrina jurisprudencial general de la Ley de continua referencia, advierte, sin más explicación, que «*de esta normativa y de esta jurisprudencia, aunque no la hay específica sobre el tema planteado aquí, se desprende la responsabilidad del promotor que en este caso es la COOPERATIVA y de la entidad financiera CAJA BURGOS*».

Parece olvidar el Tribunal que son precisamente sus resoluciones las que han venido a servir de base para la absolución de las entidades financieras y las que han puesto de relieve las carencias de la redacción de la Ley preconstitucional.

Igualmente en la sentencia del Pleno, de 13 de enero de 2015, rec. 2300/2012, se fija la siguiente doctrina:

> «1. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 57/1968, es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir.
>
> 2. La irrenunciabilidad de los derechos por el comprador que establece el artículo 7 de la Ley 57/1968, impide que en el contrato que asegure o avale las cantidades anticipadas, se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial.
>
> *Es decir, no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial*».

Hubiera sido deseable un plus de motivación y, sobretodo, de detalle por parte de un órgano que debiera servir de unificador y que en esta materia, a juzgar por la polémica doctrinal reinante, no ha sido lo suficientemente resolutivo. ¿La doctrina anterior quiere decir que es responsable la entidad depositaria aun cuando, valga el juego de palabras, no sea depositaria? Esto es, ¿pese a que los pagos se hagan en efectivo directamente a la promotora y no lleguen a pasar por la entidad financiera? ¿Cómo se supone entonces que esta debe velar por la existencia de garantía o seguro suficiente que cubra las concretas aportaciones de cada comprador si puede incluso desconocer su propia existencia?

Por criterio de coherencia y proporcionalidad, entendemos que aquellos ingresos que se realicen en la entidad bancaria, pero en cuenta distinta de la calificada como especial, pero insistimos, siempre que concurra pleno conocimiento de la entidad depositaria (con la que se ha aperturado la cuenta especial), quedan igualmente amparados por la garantía (aval o seguro) entregada a los compradores.

Vendría a ser por tanto, una extensión de la proscripción de limitaciones cuantitativas o temporales en el contrato de seguro o de aval, al que hemos hecho referencia anteriormente, desarrollando así la doctrina acuñada por la sentencia de 7 de mayo de 2014.

En otras palabras, la sentencia que ahora analizamos no presta atención al supuesto en que no exista tal garantía o, menos aún, cuenta corriente que merezca el calificativo de cuenta especial.

VII. LA NO EXIGENCIA DE PREVIA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

Sin perjuicio de todo lo anterior, algunas resoluciones venían exigiendo que con carácter previo a dirigir la acción frente a la entidad bancaria, debía procederse a la resolución del contrato de compraventa, accionando frente a la promotora en cuestión.

Así lo entendía, por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, de 22 de marzo de 2013;

> «… en todo caso, en el caso de admitirse a efectos puramente dialécticos la condición de garante legal de la entidad financiera, sería necesario acreditar la resolución del contrato de compraventa como presupuesto para exigir la devolución de las cantidades allí ingresadas, circunstancia que, por lo ya dicho, no se ha producido».

Sin embargo, consideramos que esta barrera ha sido expresamente desactivada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de mayo de 2014, antes referida, en la que se afirma la apertura automática de la vía para reclamar frente a la entidad financiera en cuanto se incumple el plazo de entrega de la vivienda. Ello sin posibilidad de entrar a discutir sobre si el retraso es más o menos breve, de naturaleza esencial[5], y sin necesidad de dirigir la demanda también frente a la entidad promotora.

VIII. SUPUESTO DE DISOLUCIÓN POR MUTUO DISENSO

La casuística da pie a escenarios diversos, y otro que llama nuestra atención es aquel en el que se produce la resolución del contrato de compraventa por mutuo disenso antes del vencimiento del plazo de entrega de la vivienda. ¿Puede en ese

caso reclamarse de la entidad avalista —presuponiendo por tanto que exista tal documento de aval— la devolución de las cantidades?

Creemos que es conveniente subrayar que en un supuesto tan peculiar como el planteado, la doctrina libera a la entidad avalista de cualquier tipo de responsabilidad, al amparo del artículo 1847 del Código Civil, en virtud del cual la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor.

A este respecto la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 (rec. 2167/2013) es clara al determinar que la responsabilidad del fiador nace únicamente ante el incumplimiento del vendedor, pero no ante la renuncia anticipada del comprador aceptada por el vendedor.

Cuestión distinta, claro está, sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido y, de no cumplir él con la devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante.

IX. JUICIO CAMBIARIO Y DESCUENTO BANCARIO

Otro frente abierto que ha resultado especialmente candente en los últimos tiempos, es el correspondiente al traslado de la discusión sobre las garantías de los compradores de viviendas en construcción al campo del juicio cambiario.

La cuestión es la siguiente, si los pagos realizados a cuenta por los compradores en vez de operarse por medio de transferencia bancaria, se han llevado a cabo entregando letras de cambio u otros efectos cambiarios —tal y como prevé la letra b) de la DA1.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación—, cuyo vencimiento está diferido en el tiempo, y la promotora las entrega para su descuento en una entidad financiera… ¿afecta al banco descontante la obligación del artículo 1 de la Ley?

Parece claro que la promotora tendría la obligación de aplicar el dinero obtenido con el descuento a la cuenta especial, lo controvertido es qué régimen debe primar en caso de incumplimiento de dicha obligación y en relación a la entidad descontante ¿el régimen formalista de la relación cambiaria o el garantista que parece desprenderse de la Ley 57/1968?

Se ha pronunciado sobre este particular el Pleno del Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de abril de 2014, apostando finalmente por el régimen contenido en la Ley Cambiaria y del Cheque.

Para la sentencia, que cuenta con dos votos particulares disidentes, «*el incumplimiento de esta obligación no afectará al banco descontante quien, si le han sido entregadas las letras para su descuento, tendrá derecho, en caso de impago, para dirigirse contra los obligados cambiarios al vencimiento de cada una de las letras, sin que pueda oponérsele las excepciones derivadas del incumplimiento de aquellas obligaciones del vendedor a quién descontó las letras*».

A nuestro parecer esta es la decisión menos peligrosa para el sistema y, después de todo, la que mejor comulga con ambos cuerpos normativos. Los votos particulares formulados por el Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO y el Excmo. Sr. D. Rafael SARAZA JIMENA; ponen su acento en que al tiempo de la resolución contractual el comprador tendría derecho a reclamar la devolución de las cantidades pagadas, pero no así de los efectos cambiarios que hubieren sido entregados y no estando vencidos, hubieran sido descontados o endosados a terceros. Llegado el vencimiento el tenedor de la letra podría reclamar su pago.

Sin ánimo de desmerecer la reflexión del citado voto particular, seguimos pensando que la opción adoptada por la mayoría de la Sala es la más coherente, especialmente por dos motivos.

En primer lugar por una coherencia sistémica, en tanto que el Tribunal Supremo ha propugnado toda una doctrina relativa a la acción directa de las subcontratas, consistente en que la entrega de una letra de cambio no equivale al pago, por lo que con independencia de haber entregado a la entidad promotora tal documento, la propiedad no queda exonerada de atender a las reclamaciones de las subcontratas siempre que se produzcan antes de la fecha de vencimiento de la letra, con independencia de que ello le genere un doble pago si el efecto cambiario hubiera circulado[6].

En segundo lugar, porque la propia Ley Cambiaria y del Cheque arbitra medios de defensa del obligado al pago que no pueden ser desmerecidos. Nos referimos a la posibilidad de incluir la cláusula «*no a la orden*» en la letra de cambio, a fin de evitar los efectos del endoso (art. 14 Ley Cambiaria y del Cheque); o para el caso de que la entidad financiera hubiera participado de la relación negocial subyacente y considerase el obligado al pago que ha actuado de mala fe, sería perfectamente invocable la «*exceptio doli*». Claro que para el supuesto de que la entidad descontante no fuera la depositaria de la cuenta especial tal excepción no podría prosperar, pero es que en dicha situación tampoco sería responsable de acuerdo con la Ley 57/1968 de la devolución de las cantidades abonadas.

X. REFLEXIONES FINALES

En el presente estudio no hemos pretendido otra cosa que apuntar a modo de pequeños «trazos» los principales focos de debate relativos a la Ley 57/1968, en relación a la responsabilidad de las entidades financieras depositarias. Así, hemos dejado de lado otros posibles debates, tales como la responsabilidad solidaria de los administradores de la promotora incumplidora (STS de 23 de mayo de 2013, rec. 1423/2012.)

El hecho mismo de que continúe vigente una norma de la década de los 60', preconstitucional y sin apenas remiendos, casa mal en nuestra opinión con la manifiesta evolución de la línea jurisprudencial. Dicho sin paños calientes, la ley padece de varias y serias carencias, causadas en parte por ser una ley que ha preferido buscar la garantía en la interposición de un tercero más que en la exigencia de condiciones financieras consistentes a quienes se dedican a la promoción inmobiliaria, con lo que no se disminuye en modo alguno el riesgo de insolvencias; y si bien se traslada su riesgo a terceros, con ello no se consigue el interés principal perseguido por los compradores: disponer de una vivienda. Además, la protección del legislador no se extiende a la entrega de la vivienda con defectos o gravámenes jurídicos. Tampoco se ofrece por el legislador protección para el consumidor que, en lugar de satisfacer cantidades a cuenta de la construcción de la vivienda, otorgó un contrato de permuta de su solar por viviendas futuras.

Todo lo anterior por no hablar del tema que ha motivado nuestro estudio, y es la indeterminación reinante en lo que refiere a la responsabilidad de las entidades financieras depositarias. La redacción del artículo 1 de la Ley 57/1968 es confusa y susceptible de múltiples interpretaciones (a los antecedentes judiciales nos remitimos).

Igualmente resulta confuso el modo en que deben ser emitidos los documentos individuales de aval. Según el artículo 2 de la Ley 57/1968 en el contrato de cesión de viviendas deberá constar «*referencia al aval o contrato de seguro*» y deberá entregar «*el documento en que se acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio*». Sin embargo la entrega del documento de garantía individualizado en ese momento inicial es en ocasiones sumamente complejo. Pensemos por ejemplo en un seguro. Según la OM Hacienda de 29 de noviembre de 1968 (seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas) «*a medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados se extenderán las respectivas pólizas individuales de seguro*», pero no se incorporarán al contrato hasta que se acredite al asegurador la firma del contrato de compraventa.

Tampoco existe mención específica al modo en que puede afectar a la garantía la concesión de una prórroga al vendedor por parte de los compradores de la vivienda en construcción. No olvidemos que el artículo 1851 del Código Civil proclama que «*la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza*»; y sin embargo el artículo 3 de la Ley 57/1968, que prevé la posibilidad del consumidor de conceder una prórroga al promotor, no plantea el modo en que dicha prórroga pueda afectar a las garantías constituidas.

Nótese que con independencia de que la jurisprudencia decida decantarse por una interpretación u otra en cada una de estas líneas de discusión, no cabe duda de que una mejor redacción de la norma, en la que entre otras cosas se detalle y especifique las obligaciones de la entidad depositaria, evitaría posiblemente el litigio en sí mismo —siempre costoso y de desgaste para las partes—, la existencia de resoluciones contradictorias en el seno de la jurisprudencia menor (por no decir que también en la «mayor»), enriquecería el utópico principio de seguridad jurídica y, dicho sea de paso, facilitaría la labor de los distintos operadores jurídicos.

A nuestro parecer, si bien la doctrina del Tribunal Supremo invitaría «*a priori*» a confiar en la defensa del Banco al amparo de no haber prestado el documento de aval individual, o no existir un contrato de apertura de cuenta especial; es un hecho contrastable que la doctrina mayoritaria entre las audiencias provinciales deriva responsabilidad a la entidad depositaria. Ello bien atendiendo a lo que consideran una interpretación teleológica del precepto legal, y el único modo factible de defensa del bien jurídico protegido; bien atendiendo —aun indirectamente— a la doctrina de la culpa «*in vigilando*» en el que incurriría la entidad financiera por permitir las entregas a cuenta sin las garantías legalmente establecidas. Ahora bien, parece lo lógico pensar que estas responsabilidades solo podrán irrogarse en los supuestos en los que la entidad financiera hubiera constituido cuenta especial y tuviera el ánimo de constituirse en depositaria a los efectos previstos en la Ley 57/1968.

El Tribunal Supremo, a nuestro parecer, no ha sabido imponer su criterio en un principio —en el que aparentemente abogaba por una interpretación restrictiva del precepto legal a la hora de derivar responsabilidad a la entidad financiera depositaria—, y ahora simplemente, pese a haber salido al paso de distintos núcleos de debate, no ha perfilado con la suficiente claridad su postura relativa al verdadero «*punctum saliens*» de la cuestión, a saber: qué requisitos deben cumplirse para que deba responder la entidad depositaria de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores.

Por ello quisiéramos terminar este trabajo rescatando una famosa reflexión realizada por ERASMO DE ROTTERDAM[7] en el siglo XVI;

> «*Conviene que las leyes sean las menos posibles, que sean justísimas, dirigidas al bien común, conocidas al detalle por el pueblo, por lo que los antiguos las exhibían públicamente escritas sobre un tablero blanco (el llamado «álbum»), para que fuesen vistas por todos. Es feo que algunos hagan uso de las leyes como si fuesen trampas para enredar en ellas al mayor número posible, no como quien vela por el interés de la república, sino como quien captura una presa. Finalmente, redáctense las leyes con palabras claras y sin ambigüedad alguna, para que no haya necesidad de ese costosísimo linaje de hombres que se llaman jurisconsultos y abogados*».

XI. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. *Tratado de Derecho Mercantil. Las entidades de crédito y sus operaciones*. Marcial Pons, 2009.

DE ROTTERDAM, Erasmo (Geert Geertsen) *Educación del Príncipe Cristiano*, 1516.

XII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- SAP Burgos número 13/2014, sección 3.ª, de fecha 15 de enero
- STS, Sala Primera, de 16 de enero de 2015
- SAP Navarra, Sección 3.ª, de 12 de diciembre de 2012
- STS, Sala Primera, de 7 de mayo de 2014
- STS, Sala Segunda, de 5 de abril de 1995
- STS, Sala Primera, de 5 de febrero de 2013
- SAP Vizcaya, Sección 3.ª, de 19 de marzo de 2014
- SAP Burgos, Sección 2.ª, de 25 de octubre de 2012
- SAP Valladolid, Sección 3.ª, de 23 de junio de 2014
- STS, Sala Segunda, de 15 de septiembre de 2010
- SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 14 de noviembre de 2013
- STS, Sala Primera, de 16 de enero de 2015
- STS, Sala Primera, de 13 de enero de 2015
- SAP Alicante, Sección 8.ª, de 22 de marzo de 2013
- STS de 20 de enero de 2015
- SAP Alicante, Sección Sexta, de 19 de diciembre de 2013
- AAP Cádiz, Sección 8.ª, de 1 de octubre de 2010
- AAP Cádiz, Sección 8.ª, de 7 de febrero de 2011
- STS, Sala Primera, de 23 de marzo de 2015
- STS, Sala Primera, de 24 de abril de 2014
- STS, Sala Primera, de 16 de abril de 2014
- STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2013

NOTAS

[1] De optarse por esta vía por el accionante, para la entidad demandada sería tan sencillo como aducir falta de legitimación activa, al no ser titular del contrato de cuenta corriente, o falta de legitimación pasiva, al no ser el Banco parte en el contrato de compraventa.

[2] «*Tratado de Derecho Mercantil. Las entidades de crédito y sus operaciones*». Marcial Pons.

[3] En la misma línea, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de 1 de octubre de 2010; o de la misma Sección de 7 de febrero de 2011.

[4] Entre otras muchas puede verse también la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, de 19 de diciembre de 2013.

[5] Ítem más en sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de los corrientes, rec. 196/2013, se ha declarado que el retraso en la entrega de vivienda, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato. NO resulta aplicable la doctrina jurisprudencial general que considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del negocio.

[6] A tales efectos puede verse la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2014, rec. 2340/2011.

[7] *Institutio Principis Christiani*, 1516.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

PRINCIPALES ACTUACIONES REALIZADAS EN 2015 POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

por

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Director General de los Registros y del Notariado
Ministerio de Justicia

1. ACTUACIONES VINCULADAS A PREVISIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS.

a) Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.
b) Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.
c) Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
d) Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil en materia de:
   - Registro Civil.
   - Comunicación telemática de nacimientos y defunciones desde centros sanitarios al Registro Civil.
   - Concesión de nacionalidad por residencia.
   - Nuevo procedimiento electrónico de concesión de nacionalidad por residencia.
   - Regulación de las consignaciones electrónicas en las subastas judiciales.
e) Actuaciones vinculadas a la Ley Hipotecaria y a la modificación de la demarcación registral.
f) Actuaciones vinculadas a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, relativas al Registro de Fundaciones de competencia estatal.

g) Desarrollo de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
h) Actuaciones en materia concursal vinculadas a Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y a la Ley 25/2015, de 28 de julio.
i) Otras actuaciones en materia mercantil.

2. ACTUACIONES VINCULADAS AL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

a) Relativas a los notarios y registradores adscritos a la DGRN.
b) Relativas a las oposiciones a Notarías y Registros.
c) En materia de expedientes de nacionalidad por residencia.
d) En materia de expedientes vinculados al Registro Civil.
e) En materia de resolución de recursos gubernativos.
f) En otras materias.

1. ACTUACIONES VINCULADAS A PREVISIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS

A) Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España

Publicada en el *BOE* el 25 de junio de 2015, entró en vigor el 1 de octubre de 2015.

La Ley regula la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza a los sefardíes originarios de España. El procedimiento es electrónico, el interesado deberá comparecer ante notario y el procedimiento estará sujeto al pago de una tasa de 100 euros.

Además del impulso legislativo de esta Ley, las principales actuaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido:

- Se ha aprobado la Instrucción de 29 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la aplicación de la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.
- Se ha aprobado el Real Decreto 893/2015, de 2 de octubre, por el que se concede la nacionalidad española por carta de naturaleza a determinados sefardíes originarios de España, cuyas solicitudes se encontraban pendientes de resolución.

- Se ha aprobado la resolución de 10 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se dictan normas sobre la gestión y el pago de la tasa por la presentación de solicitudes en procedimientos de nacionalidad española por residencia y carta de naturaleza para sefardíes originarios de España, y por la que se aprueba el Modelo 790-Código 026 de autoliquidación de la tasa e instrucciones.
- Se ha aprobado la resolución de 11 de noviembre de 2015, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización.

B) Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo

Esta Ley, impulsada por el Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, modifica la Ley Hipotecaria en su redacción aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946.

- Como principales logros deben señalarse:
  - — Se ha obtenido un texto de consenso con los colectivos directamente afectados.
  - — Se avanza en las relaciones de coordinación Catastro-Registro de la Propiedad e incluye una detallada regulación del acceso de las bases gráficas al Registro de la Propiedad.
  - — Se produce una desjudicialización de expedientes relacionados con el Registro de la Propiedad.

Las actuaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido las siguientes:

- Se ha aprobado la resolución de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad, que ha sido publicada mediante resolución del subsecretario de la Presidencia de 29 de octubre de 2015.

  Se dicta en aplicación del artículo 10.6 de la Ley Hipotecaria, según la redacción introducida por el artículo primero, número dos de la Ley 13/2015.
- Se ha aprobado la resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar

cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.
- Se ha aprobado la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Se encuentran en tramitación:

- La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Código Único de Finca Registral, a que se refiere el apartado primero del artículo 9 de la Ley Hipotecaria según la redacción del artículo primero 1 de la Ley 13/2015.
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre utilización de técnicas telemáticas en las comunicaciones entre notarios y registradores.
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que se homologue la aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores, a que refiere el párrafo octavo del artículo 9.b) de la LH en la redacción dada por el artículo Primero. Uno de la Ley 13/2015. El CORPME deberá presentar a homologación la aplicación informática registral en el plazo de tres meses desde la aprobación de la Resolución Conjunta aludida anteriormente, de acuerdo con la Disposición adicional primera de la Ley 13/2015.

C) Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Su entrada en vigor general se produjo a los 20 días de la publicación, sin perjuicio de las reglas específicas de entrada en vigor previstas en su disposición final vigésimo primera.

Al efecto, se destaca que:

Las disposiciones del Título VII de esta Ley que regulan las subastas voluntarias celebradas por los secretarios judiciales, y las del Capítulo V del Título VIII de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado contenidas en la Disposición final undécima, que establecen el régimen de las subastas notariales, que han entrado en vigor el 15 de octubre del 2015.

- *La posibilidad de celebrar bodas por notarios es de aplicación inmediata, de acuerdo con la disposición transitoria cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio.*

Las actuaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido, en relación con las modificaciones normativas de esta Ley, las siguientes, en las materias que se detallan:

Se encuentran en tramitación:

- El Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, y
- El Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad y el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

Ello en cumplimiento de:

- La disposición adicional cuarta, que ordena que el Gobierno aprobará en el plazo de tres meses a contar desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» los aranceles correspondientes a la intervención de los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles respecto de los asuntos, actas, escrituras públicas, expedientes, hechos y actos inscribibles para los que resulten competentes conforme a la Ley.
- La disposición final cuarta, que en su apartado once modifica la disposición final quinta bis de la Ley 20/2011, de 20 de julio, del Registro Civil, y dispone que el Gobierno aprobará «los aranceles correspondientes a la intervención de los notarios en la tramitación de las actas matrimoniales previas y por la celebración de matrimonios en forma civil con la autorización de las escrituras públicas correspondientes».

D) Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil

Las actuaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido, en relación con las modificaciones normativas de esta Ley, las siguientes, en las materias que se detallan:

- *Registro Civil:*

Su artículo segundo modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y da nueva redacción a su Disposición final décima, sobre entrada en vigor, estableciendo la entrada en vigor el 30 de junio de 2017.

En el periodo de *vacatio* se han de decidir los funcionarios públicos, profesionales u operadores jurídicos que deben asumir la llevanza del Registro Civil, dada la desjudicialización ordenada por la Ley de 2011.

Con anterioridad a la aprobación de esta Ley, a instancia de la Dirección General de los Registros y del Notariado se aprobó la Orden JUS/147/2015, de 5 de febrero, por la que se crea y regula la composición y funcionamiento de la Comisión Mixta de colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en materia de Registro Civil.

• *Comunicación telemática de nacimientos y defunciones desde centros sanitarios al Registro Civil:*

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil en lo modificado de acuerdo con lo previsto en el artículo segundo de la Ley 19/2015, ha entrado en vigor el 15 de octubre de 2015.

La principal actuación realizada ha sido la aprobación de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios, publicada el 14 de octubre, en cumplimiento de lo previsto en la Ley.

La implantación de la medida CORA ha comenzado a través de centros pilotos y al menos un centro sanitario de cada CCAA en dicha fecha, si bien paulatinamente se implantará de forma escalonada en todo el territorio nacional, para seguir desplegándose a partir de dicha fecha en cuantos centros sanitarios se vayan adhiriendo.

De este modo, la solicitud de inscripción de los recién nacidos se realizará directamente desde los centros sanitarios, donde los padres, asistidos por los administrativos de los referidos centros, firmarán el «Formulario» oficial de declaración, al que se incorporará el parte facultativo acreditativo del nacimiento, que se remitirá telemáticamente desde el centro sanitario al Registro civil. No será, por tanto, necesario en la mayoría de los casos acudir personalmente a la Oficina del Registro Civil para realizar la inscripción del nacido.

Para ello, en el plazo de 72 horas desde el nacimiento, los ciudadanos, declarantes o progenitores que quieran comunicar un nacimiento desde un centro sanitario, deberán identificarse en dicho centro con un documento válido, presentar el libro de familia, certificado de matrimonio o firmar la «Declaración» de matrimonio en el Formulario oficial, si la filiación es matrimonial; o firmar la «Declaración» de paternidad contenida en el Formulario oficial si la filiación es no matrimonial.

El centro sanitario enviará al Registro Civil todos los documentos necesarios para practicar la inscripción de nacimiento, por lo que no será necesario que los progenitores se desplacen al Registro Civil salvo que la documentación enviada contenga algún error, omisión o inexactitud que precise posterior subsanación. Una vez practicada la inscripción, el Registro Civil enviará a los progenitores (preferentemente por vía electrónica) una certificación literal de nacimiento con la que podrán efectuar los trámites administrativos que precisen ante otras administraciones. Por motivos técnicos no podrá efectuarse la remisión cuando el Registro Civil competente para inscribir el nacimiento no se encuentre informatizado o no utilice la aplicación INFOREG.

Respecto al desarrollo de la aplicación informática precisa para el cumplimiento de la medida CORA se optó por utilizar el sistema ACCEDA de la DITC AGE como portal de tramitación electrónica, y en particular, como herramienta para implementar el formulario a consignar por el personal de los centros hos-

pitalarios, asimismo se realizaron los evolutivos necesarios en Inforeg que es la aplicación informática del Registro Civil, para conectar ambas aplicaciones.

El proyecto se ha bautizado como ANDES (Altas de Nacimientos y Defunciones desde Centros Sanitarios).

A efectos de poner en marcha todo el operativo necesario, se realizaron e impulsaron las siguientes medidas para su gestión:

- *Creación de una Comisión Técnica de seguimiento que se ha reunido semanalmente bajo la presidencia del Director General de los Registros y del Notariado para estudiar todos los problemas que plantea la implantación de la medida CORA, tanto desde un punto de vista tecnológico como desde un punto de vista jurídico, a la que asisten representantes de las siguientes instituciones:*

  — Subdirección General del Notariado y de los Registros
  — Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil
  — Gabinete del Ministro
  — Gabinete de la Subsecretaria
  — Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia
  — División de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
  — Dirección de Tecnologías de la Información y Comunicaciones del MINHAP
  — Instituto Nacional de Estadística
  — ISDEFE (Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España)
  — Cap Gemini
  — Registro Civil de Madrid
  — Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Madrid
  — Dirección General de la Policía

- *En materia de concesión de nacionalidad por residencia:*

Se ha aprobado la Instrucción de 13 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre remisión de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

- *En materia de nuevo procedimiento electrónico de concesión de nacionalidad por residencia:*

Regulado en la disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio. De acuerdo con lo dicho anteriormente sobre entrada en vigor de la Ley 19/2015, de 13 de julio.

Las actuaciones realizadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido esencialmente las siguientes:

- Aprobación del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

  Se aprueba en cumplimiento de la disposición final octava de la Ley 19/2015, de 13 de julio.
- Se ha aprobado la resolución de 10 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se dictan normas sobre la gestión y el pago de la tasa por la presentación de solicitudes en procedimientos de nacionalidad española por residencia y carta de naturaleza para sefardíes originarios de España, y por la que se aprueba el Modelo 790-Código 026 de autoliquidación de la tasa e instrucciones.
- Se ha aprobado la resolución de 11 de noviembre de 2015, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización.
- Actuaciones previas para la puesta en marcha del nuevo procedimiento:

  — Meses antes de la aprobación de tales normas, se iniciaron los trabajos para evaluar la viabilidad técnica de adaptar al nuevo procedimiento de nacionalidad por residencia la Aplicación informática de extranjería, desarrollada por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (MINHAP), para la Secretaría General de Inmigración y Emigración (MEYSS). En esta primera fase participó personal de la Dirección General, de la SG de Aplicaciones y Servicios Generales y de la SG de Programas, Estudios e Impulso de la Administración Electrónica (MINHAP), de la SG de Inmigración (MEYSS), y de la División de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (DITIC) del MJUS.

  Las principales características de esta aplicación son las siguientes:

  — Se accede a la misma a través de la Red Sara, y está integrada con Acceda.
  — Está conectada con el CNI.
  — El procedimiento para el que se aplica requiere habitualmente la solicitud de informes a la Dirección General de la Policía y de Penados y Rebeldes.
  — La base de datos sobre la que trabaja es de extranjeros residentes en España.
  — Permite la presentación de solicitudes desde las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, a través de Geiser (Gestión Integrada de Servicios de Registro).

- Asimismo, se ha trabajado con el Instituto Cervantes, que es el encargado de realizar las pruebas de idioma y de conocimientos socioculturales.
- Se creó una Comisión Técnica de Nacionalidad por Residencia, el 15 de julio de 2015, que se ha reunido con periodicidad semanal para estudiar la implantación de la aplicación electrónica y puesta en marcha del nuevo procedimiento desde un enfoque multidisciplinar y teniendo en cuenta los actores implicados.

  En relación con la Comisión Técnica, se destaca lo siguiente:

  — Las reuniones son presididas por el Director General de los Registros y del Notariado y asisten representantes de los siguientes organismos (algunos se han ido sumando, conforme se observaba la necesidad de que formaran parte de la Comisión):

  Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil
  DTIC del Ministerio de Justicia
  Subdirección General de Aplicaciones y Servicios Generales del MINHAP (desarrollaron la aplicación de extranjería)
  DTIC de la Administración General del Estado
  Secretaría General de Inmigración y Emigración (actuales usuarios de la aplicación)
  Subdirección General de Coordinación de la Administración Periférica (de la que dependen las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno).
  Dirección General de la Policía
  Como posibles agentes colaboradores:
  Consejo General de la Abogacía Española
  Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos
  Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales
  Como empresas colaboradoras:
  ISDEFE (empresa pública con la que el Ministerio de Justicia ha suscrito una Encomienda de Gestión para la realización de actividades de asistencia técnica para la supervisión de los aspectos de seguridad, calidad, interoperabilidad y eficiencia en la modernización del Registro Civil).
  Capgemini (empresa adjudicataria responsable del mantenimiento de la aplicación INFOREG)
  IECISA (empresa adjudicataria del contrato de digitalización de expedientes de nacionalidad española por residencia)

- Los acuerdos adoptados y temas más importantes abordados en estas reuniones han sido los siguientes:

  — Definición del procedimiento en dos fases, la primera consiste en la presentación de la solicitud en la Sede Electrónica del Ministerio de

Justicia, y la segunda, la que corresponde a la instrucción interna, a través de la aplicación de extranjería, para lo que es necesario el desarrollo de las conexiones correspondientes.

— Se ha realizado un formulario que aparecerá en la Sede Electrónica del Ministerio de Justicia y en la determinación de los documentos necesarios en cada supuesto.

— Se ha acordado la firma de Convenios con los agentes colaboradores y que estos solo podrán presentar las solicitudes y documentación telemáticamente, para fomentar esta vía.

Las actuaciones pendientes de realizarse son:

- La aprobación del Proyecto de Orden Ministerial sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.
- La aprobación del Proyecto de Orden Ministerial por la que se establecen los requisitos y condiciones para la suscripción de convenios de habilitación para la presentación electrónica de solicitudes de nacionalidad española por residencia en representación de los interesados.

• *Regulación de las consignaciones electrónicas en las subastas judiciales:*

La Ley 19/2015, de 13 de julio, dedica su disposición final sexta a la regulación de las consignaciones electrónicas en las subastas judiciales.

Y dispone que «en el plazo de tres meses desde la publicación de la Ley, mediante Real Decreto, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Hacienda y Administraciones Públicas, se regulará el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales».

Las actuaciones realizadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido:

- La aprobación del Real Decreto 1011/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales.

E) Actuaciones vinculadas a la Key Hipotecaria y a la modificación de la demarcación registral

Las actuaciones desarrolladas por la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido:

- Tramitación del Proyecto de Real Decreto por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

  Por parte de la Dirección General se ha terminado ya la preparación de un texto y de su MAIN, adaptados a las consideraciones del Consejo de Estado, de fecha 27 de noviembre de 2015, así como a las observaciones del Ministerio de Economía y Competitividad cursadas con motivo de su inclusión en Índices de la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios (de la que finalmente fue retirado).

  Se encuentra, por tanto, pendiente de inclusión en una Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios y de su aprobación por el Consejo de Ministros en funciones.

F) Actuaciones vinculadas a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, relativas al Registro y al Protectorado de las Fundaciones de competencia estatal

Las principales actuaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido las siguientes:

- Aprobación de la Orden *PRE* 2015, 2537, de 26 de noviembre, por la que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

  Se dicta en cumplimiento del artículo 36 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que dispuso la existencia de un Registro de fundaciones de competencia estatal dependiente del Ministerio de Justicia, en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

  En consecuencia, la actuación de la Dirección General de los Registros y del Notariado realizada durante el año se ha destinado a la puesta en funcionamiento del Registro Único de las fundaciones de competencia estatal, lo que ha supuesto, de una parte, la necesidad de acordar la asunción del Registro con los departamentos ministeriales afectados, y, especialmente, con el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que pretendía asumir el Protectorado y también el registro de manera transitoria.

G) Actuaciones relativas a la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

Dedica el artículo 15 y siguientes, dentro del Capítulo cuarto del Título primero, a constitución de Sociedades de responsabilidad limitada mediante escritura pública y estatutos-tipo.

En cumplimiento de dichas previsiones, y de la habilitación normativa contenida en su disposición final décima, las actuaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido:

- Se ha aprobado, a iniciativa de la Dirección General el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva.
- Se ha aprobado la Orden *JUS* 2015, 1840, de 9 de septiembre, por la que se aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de las sociedades de responsabilidad limitada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social, en aplicación del apartado 2 de la disposición final décima de la Ley 14/2013, y del artículo 6.1 del Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo.

Asimismo, en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, se han adoptado:

- La Instrucción de 1 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre mecanismos de seguridad de los ficheros electrónicos que contengan libros de los empresarios presentados a legalización en los registros mercantiles y otras cuestiones relacionadas.
- La Instrucción de 12 de febrero de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- Y la resolución de 2 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban las bases de funcionamiento de la bolsa de denominaciones sociales con reserva.

H) Actuaciones en materia concursal vinculadas a la ley 17/2014, de 30 de septiembre, y a la ley 25/2015, de 28 de julio

La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial lleva a cabo diversas reformas en materia de administración concursal.

Por otra parte, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, ha introducido diversas reformas dirigidas a incrementar la operatividad del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Entre estas medidas se encuentra la previsión, incorporada en el nuevo artículo 232.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de que el ministro de Justicia apruebe

los formularios que faciliten el inicio del procedimiento, lo que se ha llevado a cabo por Orden *JUS* 2015, 2831, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Las actuaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido:

- Se ha aprobado la Orden *JUS* 2015, 2831, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

  Se ha aprobado en aplicación del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, ya sustituido por la Ley 25/2015, de 28 de julio, que ha introducido diversas reformas dirigidas a incrementar la operatividad del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Entre estas medidas se encuentra la previsión, incorporada en el nuevo artículo 232.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de que la solicitud de dicho procedimiento se efectúe mediante el formulario normalizado y cuyo contenido se determinará mediante orden del Ministro de Justicia. La finalidad de la Orden es facilitar el acceso al referido procedimiento y su mejor desenvolvimiento al concentrar la información relevante que se necesitará, al tiempo que se refuerza la seguridad jurídica.
- Está en preparación un proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal. La propuesta es conjunta del Ministerio de Economía y Competitividad y del Ministerio de Justicia, si bien la iniciativa ha correspondido a aquel.

I) Otras actuaciones en materia mercantil

En cumplimiento de las previsiones de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se han aprobado:

- La resolución de 28 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica el modelo establecido en la Orden *JUS* 2011, 1698, de 13 de junio, por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas, y se da publicidad a las traducciones de las lenguas cooficiales propias de cada comunidad autónoma.
- La resolución de 28 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifican los modelos establecidos

en la Orden *JUS* 2009, 206, de 28 de enero, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, y se da publicidad a las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada comunidad autónoma.

Que se dictan de conformidad con las habilitaciones previstas en las Órdenes *JUS* 2011, 1698 y *JUS* 2009, 206, respectivamente.

En relación con las actuaciones referidas en este apartado 1, se adjuntan los anexos que se detallan:

- Anexo 1. Cuadro de disposiciones propuestas en 2015 por la Dirección General de los Registros y del Notariado en aplicación de normas legales o de disposiciones reglamentarias, o en ejercicio de sus competencias propias, aprobadas o en trámite.
- Anexo 2. Cuadro de las nuevas actuaciones de notarios y registradores en aplicación de normas legales o disposiciones reglamentarias.

2. ACTUACIONES VINCULADAS AL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En este aspecto, se detallan, como relevantes las actuaciones siguientes:

A) Actuaciones relativas a los notarios y registradores adscritos a la DGRN

Por la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha propuesto la adopción de las Órdenes Ministeriales siguientes:

- Orden *JUS* 2015, 1510, de 17 de julio, por la que se convoca concurso de méritos para proveer plazas vacantes de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de Bienes Muebles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Orden *JUS* 2015, 2179, de 15 de octubre, por la que se resuelve el concurso de méritos convocado por Orden *JUS* 2015, 1510, de 17 de julio, para proveer plazas vacantes de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La motivación de dichas actuaciones es la de dar cumplimiento a las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

- La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que estableció, en su artículo 127, el régimen aplicable a los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Al efecto, determina que en el Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado, existirán diez plazas servidas por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, dependientes directamente del Director General.
- El Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, aprobado en cumplimiento de dicha Ley.

  El objetivo del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, es recoger en un único texto reglamentario las normas aplicables a las citadas plazas de notarios y registradores; letrados, cuyas funciones han de entenderse, como es obvio, sin perjuicio de las consultivas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y del Servicio Jurídico del Ministerio de Justicia, así como de las funciones de promoción legislativa atribuidas a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

  El artículo 4 del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, señala que las diez plazas indicadas se proveerán por concurso de méritos, que será convocado por Orden del Ministerio de Justicia. Asimismo, dicho precepto determina que las plazas no cubiertas, así como las que vayan quedando vacantes, se proveerán también por concurso de méritos que se iniciará cuando se considere necesario entre los pertenecientes al Cuerpo de que forme parte el cesante o la plaza no cubierta. Y se habilita al Ministro de Justicia, en la disposición final segunda del Real Decreto a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de la presente norma.

  De tal modo, mediante la convocatoria referida, y su resolución, se ha dado cumplimiento al artículo 4 del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, en atención a que actualmente existían plazas no cubiertas que se encuentran vacantes, y a la urgente necesidad de que fueran ocupadas por notarios y registradores, letrados que se han adscrito a la Dirección General y que colaboran, desde su toma de posesión, y en cumplimiento de las funciones que les corresponden, de acuerdo con el artículo 12 del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, en la realización por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado de las funciones previstas en el artículo 9 del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

B) Actuaciones relativas a las oposiciones a Notarías y Registros

Por la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha propuesto la adopción de las Órdenes Ministeriales siguientes:

- Orden *JUS* 2015, 377, de 3 de marzo, por la que se nombran los Tribunales calificadores de la oposición libre para obtener el título de notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014.
- Orden *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.
- Orden *JUS* 2015, 2897, de 14 de diciembre, por la que se nombra al Tribunal calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, convocadas por Orden *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio.

Además, se han aprobado las Resoluciones que se detallan:

- Resolución de 3 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban con carácter provisional las listas de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014.
- Resolución de 24 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se eleva a definitiva las relaciones de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014.
- Resolución de 6 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se ordena la constitución de los Tribunales de la oposición para obtener el título de notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014, y se anuncia el sorteo de los opositores y el comienzo de los ejercicios.
- Resolución de 19 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el nuevo programa para el primero y segundo ejercicios de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.
- Resolución de 19 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el nuevo programa para el primer y segundo ejercicios y el anexo para el cuarto ejercicio de las oposiciones al título de notario.
- Resolución de 13 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba la relación provisional de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a re-

gistradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, convocadas por Orden *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio.
- Resolución de 17 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se publica la relación provisional de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha de sorteo.
- Corrección de errores de la resolución de 17 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se publica la relación definitiva de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha de sorteo.

Las disposiciones antes referidas se detallan en el Anexo 1 referido en el apartado 1.

C) Expedientes de nacionalidad por residencia

Se detallan en el Anexo 3.

D) Expedientes vinculados al registro civil

Se detallan en el Anexo 4.

E) Expedientes de resolución de recursos gubernativos

Se detallan en el Anexo 5.

F) En otras materias

Desde la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha impulsado la adhesión de España al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, Protocolo que entrará en vigor para España el 1 de marzo de 2016. Por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (División de Tratados Internacionales y Acuerdos No Normativos) se iniciarán los trámites para su publicación en el *BOE* en enero de 2016.

ANEXO 1. CUADRO DE DISPOSICIONES PROPUESTAS EN 2015 POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES O DE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS, O EN EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS PROPIAS, APROBADAS O EN TRÁMITE

DISPOSICIONES PROPUESTAS EN 2015 POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES O DE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS, O EN EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS PROPIAS, APROBADAS O EN TRÁMITE.	
1. DISPOSICIONES PROPUESTAS EN 2015 POR LA DGRN EN APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES O REGLAMENTARIAS	
A) Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
INSTRUCCIÓN de 29 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la aplicación de la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.	Artículo 21.1 del Código Civil.
REAL DECRETO 893/2015, de 2 de octubre, por el que se concede la nacionalidad española por carta de naturaleza a determinados sefardíes originarios de España.	Artículo 21.1 del Código Civil.
RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se dictan normas sobre la gestión y el pago de la tasa por la presentación de solicitudes en procedimientos de nacionalidad española por residencia y carta de naturaleza para sefardíes originarios de España, y por la que se aprueba el Modelo 790-Código 026 de autoliquidación de la tasa e instrucciones.	Disposición adicional segunda y final cuarta Ley 12/2015.
RESOLUCIÓN de 11 de noviembre de 2015, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización.	Disposición adicional segunda y final cuarta Ley 12/2015.

B) Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
RESOLUCIÓN de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad.	Artículo 10.6 de la Ley Hipotecaria
RESOLUCIÓN de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.	Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.
RESOLUCIÓN-CIRCULAR de 3 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio.	Artículos 9, 10 y 198 a 207 de la Ley Hipotecaria, así como los artículos 260 y 273 de la Ley Hipotecaria; y los artículos 1 a 4, 6, 8, y 29 a 32 de Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
INSTRUCCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Código Único de Finca Registral.	Apartado primero del artículo 9 de la Ley Hipotecaria.
INSTRUCCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre utilización de técnicas telemáticas en las comunicaciones entre notarios y registradores.	Ley Hipotecaria y Reglamentos Notarial e Hipotecario.
INSTRUCCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que se homologue la aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores.	Párrafo octavo del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria.

C) Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria	
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
PROYECTO DE REAL DECRETO por el que se modifica el Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.	Disposición adicional cuarta y disposición final cuarta de la Ley 15/2015.
PROYECTO DE REAL DECRETO por el que se modifica el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad y el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.	Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2015.
D. Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de justicia y del registro civil	
EN MATERIA DE REGISTRO CIVIL	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
ORDEN *JUS* 2015, 147, de 5 de febrero, por la que se crea y regula la composición y funcionamiento de la Comisión Mixta de colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en materia de registro civil.	Artículo 40.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
INSTRUCCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios.	Artículo 46 de la Ley del Registro Civil en la redacción dada por el artículo Segundo Tres de la Ley 19/2015.
EN MATERIA DE CONCESIÓN DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
INSTRUCCIÓN de 13 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre remisión de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.	Aprobada antes de la Ley 19/2015.

REAL DECRETO 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.	Disposición final octava de la Ley 19/2015, de 13 de julio.
RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se dictan normas sobre la gestión y el pago de la tasa por la presentación de solicitudes en procedimientos de nacionalidad española por residencia y carta de naturaleza para sefardíes originarios de España, y por la que se aprueba el Modelo 790-Código 026 de autoliquidación de la tasa e instrucciones.	Disposición adicional segunda y final cuarta Ley 12/2015.
RESOLUCIÓN de 11 de noviembre de 2015, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización.	Disposición adicional segunda y final cuarta Ley 12/2015.
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
PROYECTO DE ORDEN Ministerial sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.	Disposición final tercera del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre.
PROYECTO DE ORDEN Ministerial por la que se establecen los requisitos y condiciones para la suscripción de convenios de habilitación para la presentación electrónica de solicitudes de nacionalidad española por residencia en representación de los interesados.	Disposición final tercera del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre.
EN MATERIA DE CONSIGNACIONES ELECTRÓNICAS EN SUBASTAS JUDICIALES	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
REAL DECRETO 1011/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales.	Disposición final sexta de la Ley 19/2015.

E) Actuaciones vinculadas a la Ley Hipotecaria y a la modificación de la demarcación registral	
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
PROYECTO DE REAL DECRETO por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.	Disposición Final tercera del Real Decreto 172/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.
F) Actuaciones vinculadas a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, relativas al Registro y al Protectorado de las fundaciones de competencia estatal	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
ORDEN *PRE* 2015, 2537, de 26 de noviembre, por la que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.	Artículo 36 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
G. Actuaciones relativas a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
REAL DECRETO 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva.	Artículo 15 y siguientes, dentro del Capítulo cuarto del Título primero de la Ley 14/2013, y habilitación normativa contenida en su disposición final décima.
ORDEN *JUS* 2015, 1840, de 9 de septiembre, por la que se aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de las sociedades de responsabilidad limitada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social.	Apartado 2 de la disposición final décima de la Ley 14/2013, y artículo 6.1 del Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo.
INSTRUCCIÓN de 1 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre mecanismos de seguridad de los ficheros electrónicos que contengan libros de los empresarios presentados a legalización en los registros mercantiles y otras cuestiones relacionadas.	Artículo 18 de la Ley 14/2013.

INSTRUCCIÓN de 12 de febrero de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.	Artículo 18 de la Ley 14/2013.
RESOLUCIÓN de 2 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban las bases de funcionamiento de la bolsa de denominaciones sociales con reserva.	Artículo 18 de la Ley 14/2013.
H) Actuaciones en materia concursal vinculadas a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y a la Ley 25/2015, de 28 de julio	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.	Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, ya sustituido por la Ley 25/2015, de 28 de julio.
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
PROYECTO DE REAL DECRETO por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal.	Ley 17/2014.
I) Otras actuaciones en materia mercantil	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
RESOLUCIÓN de 28 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica el modelo establecido en la Orden *JUS* 2011, 1698, de 13 de junio, por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas, y se da publicidad a las traducciones de las lenguas cooficiales propias de cada comunidad autónoma.	Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

RESOLUCIÓN de 28 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifican los modelos establecidos en la Orden JUS/206/2009, de 28 de enero, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, y se da publicidad a las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada comunidad autónoma.	Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

2. DISPOSICIONES PROPUESTAS EN 2015 POR LA DGRN VINCULADAS AL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS.

A) Relativas a los notarios y registradores adscritos a la DGRN

DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
ORDEN *JUS* 2015, 1510, de 17 de julio, por la que se convoca concurso de méritos para proveer plazas vacantes de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.	Artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y artículo 4 del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la DGRN.
ORDEN *JUS* 2015, 2179, de 15 de octubre, por la que se resuelve el concurso de méritos convocado por Orden *JUS* 2015, 1510, de 17 de julio, para proveer plazas vacantes de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.	Las previsiones del Real Decreto 1786/1997 y de la Orden *JUS* 2015, 1510.

B) Relativas a las oposiciones a notarías y registros

DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
ORDEN *JUS* 2015, 377, de 3 de marzo, por la que se nombran los Tribunales calificadores de la oposición libre para obtener el título de notario, convocada por Resolución de 17 de noviembre de 2014.	Artículos 5, 9 y 10 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.

ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.	Artículo 13 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y de conformidad con los artículos 277 de la Ley Hipotecaria y 504 de su Reglamento.
ORDEN *JUS* 2015, 2897, de 14 de diciembre, por la que se nombra al Tribunal calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, convocadas por Orden *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio.	ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Artículo 505 del Reglamento Hipotecario.
RESOLUCIÓN de 3 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban con carácter provisional las listas de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de Notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014.	Artículo 8 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.
RESOLUCIÓN de 24 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se eleva a definitiva las relaciones de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014.	Artículo 8 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.
RESOLUCIÓN de 6 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se ordena la constitución de los Tribunales de la oposición para obtener el título de notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014, y se anuncia el sorteo de los opositores y el comienzo de los ejercicios.	Artículos 12, 13 y 14 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.
RESOLUCIÓN de 19 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el nuevo programa para el primero y segundo ejercicios de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.	Artículo 506 del Reglamento Hipotecario y artículo 9.1.g) del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

RESOLUCIÓN de 19 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el nuevo programa para el primer y segundo ejercicios y el anexo para el cuarto ejercicio de las oposiciones al título de notario.	Artículo 16 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado y artículo 9.1.g) del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.
RESOLUCIÓN de 13 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba la relación provisional de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, convocadas por Orden *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio.	ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Artículo 505 del Reglamento Hipotecario.
RESOLUCIÓN de 17 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se publica la relación provisional de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha de sorteo.	ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Artículo 505 del Reglamento Hipotecario.
CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA RESOLUCIÓN de 17 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se publica la relación definitiva de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha de sorteo.	ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Artículo 505 del Reglamento Hipotecario.

ANEXO 2. CUADRO DE LAS NUEVAS ACTUACIONES DE NOTARIOS Y REGISTRADORES EN APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES O DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS.

A) NUEVAS COMPETENCIAS DE NOTARIOS

COMPETENCIAS Y NORMAS	NORMAS AFECTADAS	RÉGIMEN ACTUACIÓN	OBSERVACIONES
Expediente matrimonial JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 51) Ley Registro Civil (apart. 2, art. 58) Ley del Notariado (art- 51)	Alternativa	Antes encargado del Registro Civil
Celebración matrimonio JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 51) Ley Registro Civil (apart. 1, art. 58) Ley del Notariado (art. 52)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia, Alcalde, funcionario diplomático o consular y forma religiosa
Celebración matrimonio en peligro de muerte JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 52)	Alternativa	
Separación mutuo acuerdo JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 82)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Reconciliación en escritura pública JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 84)	Exclusiva	Para el supuesto de que la separación se haya realizado sin intervención judicial
Divorcio en escritura pública JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 87)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Formalización convenio regulador JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 90)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Modificación convenio regulador JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 100)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Adveración, apertura y protocolización testamentos ológrafos JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 689) Ley del Notariado (art. 60)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia

COMPETENCIAS Y NORMAS	NORMAS AFECTADAS	RÉGIMEN ACTUACIÓN	OBSERVACIONES
Adveración, apertura y protocolización testamentos cerrados JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 712). Ley del Notariado (art. 56)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Protocolización testamento militar JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 718)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Aprobación pago en metálico legítima JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 843)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Aceptación Renuncia albacea JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 899)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Prórroga albacea JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 905)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Requerimiento de Aceptación al heredero JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1005)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Repudiación de herencia JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1008)	Exclusiva	Antes también el juez de Primera Instancia
Declaración uso beneficio de inventario JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1011)	Exclusiva	Antes también el juez de Primera Instancia
Prórroga inventario JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1017)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Derecho de deliberar del heredero JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1019)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Medidas de Administración y custodia de los bienes durante la formación del inventario JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1020)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Nombramiento contador-partidor dativo JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1057) Ley Enjuiciamiento Civil Ley del Notariado (art. 65)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Aprobación partición hecha por contador dativo sin consentimiento herederos JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1057)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia

COMPETENCIAS Y NORMAS	NORMAS AFECTADAS	RÉGIMEN ACTUACIÓN	OBSERVACIONES
Renuncia y Prórroga del contador partidor dativo JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1057) Ley Enjuiciamiento Civil Ley del Notariado (art. 65)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Ofrecimiento de pago y Consignación JVOLUNTARIA	Código Civil (art. 1178). Ley Notariado (art. 68)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Designación tercer perito en caso de siniestro JVOLUNTARIA	Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (art. 38). Legislación notarial (art. 77)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Acta notoriedad régimen económico matrimonial JVOLUNTARIA	Ley Notariado (art. 53)	Exclusiva	Carecía de regulación
Acta de Declaración herederos abintestato cuando los llamados son colaterales JVOLUNTARIA	Ley Notariado (art. 54) Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 790)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Acta de Reclamación de deudas dinerarias no contradichas JVOLUNTARIA	Ley Notariado (art. 69)	Exclusiva	Carecía de regulación
Acta de Expediente de subasta notarial JVOLUNTARIA	Ley Notariado (arts. 70 y 71)	Alternativa	Carecía de regulación
Acta de Expediente en materia mercantil por robo, hurto, extravío o destrucción de título valor JVOLUNTARIA	Ley Notariado (art. 75)	Alternativa	Antes el juez de Primera Instancia
Acta de Depósito materia mercantil y venta de los bienes depositados JVOLUNTARIA	Ley Notariado (art. 76)	Exclusiva	Antes Juez de Primera Instancia
Expedientes de conciliación JVOLUNTARIA	Ley Notariado (art. 78)	Alternativa	Carecía de regulación
Venta extrajudicial de bienes muebles hipotecados JVOLUNTARIA	Ley Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento (arts. 86 y 87)	Alternativa	Nueva regulación

COMPETENCIAS Y NORMAS	NORMAS AFECTADAS	RÉGIMEN ACTUACIÓN	OBSERVACIONES
Exp. de deslinde de fincas registrales Reforma LH	Ley Hipotecaria (art. 200)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Exp. de rectificación de descripción de fincas registrales Reforma LH	Ley Hipotecaria (art. 201)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Expediente de dominio para inmatriculación de fincas Reforma LH	Ley Hipotecaria (art. 203)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Exp. de dominio para reanudación de tracto Reforma LH	Ley Hipotecaria (art. 208)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Expediente de Nacionalidad Sefardíes Ley 12/2015 de Concesión de Nacionalidad a Sefardíes Originarios de España	Ley especial	Exclusiva	Antes el encargado del Registro Civil
Nombramiento de mediadores concursales a deudores no empresarios RD Ley 1/2015	Ley Concursal (art. 232.3)	Exclusiva	
Actuación como mediador concursal RD Ley 1/2015	Ley Concursal (art. 242bis.2)	Alternativa	
Convocatoria a acreedores concursales RD Ley 1/2015	Ley Concursal (art. 234.2)	Alternativa	
Escritura Pública de acuerdo extrajudicial RD Ley 1/2015	Ley Concursal (art. 238.2)	Exclusiva	
Acta de cumplimiento del acuerdo extrajudicial RDL1/2015	Ley Concursal (art. 241.2)	Exclusiva	

B) NUEVAS COMPETENCIAS DE REGISTRADORES:

COMPETENCIAS Y NORMA DE ATRIBUCIÓN	NORMAS AFECTADAS	RÉGIMEN ACTUACIÓN	OBSERVACIONES
Nombramiento de Auditor cuentas anuales en casos especiales LJVoluntaria	Código de Comercio (art. 40)	Alternativa	Antes el juez de lo Mercantil
Reducción de capital por incumplimiento de autocartera LJVoluntaria	Ley Sociedades de Capital (arts. 139, 141)	Alternativa	Antes el juez de lo Mercantil
Convocatoria de Junta General LJVoluntaria	Ley de Sociedades de Capital (arts. 169, 170 y 171)	Alternativa	Antes el juez de lo Mercantil
Convocatoria de Junta General en Sociedad Anónima Europea LJVoluntaria	Ley de Sociedades de Capital (art. 492)	Exclusiva	Antes el juez de lo Mercantil
Nombramiento de auditor y revocación de auditor. Régimen general LJVoluntaria	Ley Sociedades de Capital (arts 265, 266)	Alternativa	Nombramiento antes competencia exclusiva del registrador La revocación antes competencia exclusiva juez de lo Mercantil
Cobertura vacantes de liquidadores de sociedades LJVoluntaria	Ley de Sociedades de Capital (art. 377)	Alternativa	Antes el juez de lo Mercantil
Separación de Liquidadores LJVoluntaria	Ley de Sociedades de Capital (art. 380)	Alternativa	Antes el juez de lo Mercantil
Nombramiento de Interventores en SA LJVoluntaria	Ley de Sociedades de Capital (art. 381)	Alternativa	Antes el juez de lo Mercantil
Sustitución de liquidadores LJVoluntaria	Ley de Sociedades de Capital (art. 389)	Alternativa	Antes el juez de lo Mercantil
Convocatoria del Sindicato de Obligacionistas	Ley de Sociedades de Capital (arts. 422)	Alternativa en el caso del 422	Antes el juez de lo Mercantil
Expediente de subsanación de doble imatriculación de fincas Reforma Ley Hipotecaria.	Reglamento Hipotecario: (art. 313). Hoy artículo 209 Ley Hipotecaria	Exclusiva	Antes compartida con el juez de Primera Instancia y con el notario

COMPETENCIAS Y NORMA DE ATRIBUCIÓN	NORMAS AFECTADAS	RÉGIMEN ACTUACIÓN	OBSERVACIONES
Expediente de liberación de cargas y gravámenes Reforma Ley Hipotecaria	Ley Hipotecaria (art. 210)	Exclusiva	Antes el juez de Primera Instancia
Designación de mediador concursal a deudores empresarios RD Ley 1/2015	Ley Concursal (art. 232)	Alternativa	

ANEXO 3. EXPEDIENTES DE NACIONALIDAD POR RESIDENCIA TRAMITADOS Y RESUELTOS

Se detallan en cuadro excell.

ANEXO 4. EXPEDIENTES VINCULADOS AL REGISTRO CIVIL TRAMITADOS Y RESUELTOS

Se detallan en cuadro excell.

ANEXO 5. EXPEDIENTES DE RESOLUCIÓN DE RECURSOS GUBERNATIVOS

Recursos gubernativos resueltos por la DGRN en el año 2015	
Propiedad	406
Mercantiles	101
Bienes Muebles	9
Total	516

DISPOSICIONES PROPUESTAS EN 2015 POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES O DE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS, O EN EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS PROPIAS, APROBADAS O EN TRÁMITE.	
1. Disposiciones propuestas en 2015 por la DGRN en aplicación de normas legales o reglamentarias.	
A) Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
INSTRUCCIÓN de 29 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la aplicación de la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.	Artículo 21.1 del Código Civil.
REAL DECRETO 893/2015, de 2 de octubre, por el que se concede la nacionalidad española por carta de naturaleza a determinados sefardíes originarios de España.	Artículo 21.1 del Código Civil.
RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se dictan normas sobre la gestión y el pago de la tasa por la presentación de solicitudes en procedimientos de nacionalidad española por residencia y carta de naturaleza para sefardíes originarios de España, y por la que se aprueba el Modelo 790-Código 026 de autoliquidación de la tasa e instrucciones.	Disposición adicional segunda y final cuarta Ley 12/2015.
RESOLUCIÓN de 11 de noviembre de 2015, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización.	Disposición adicional segunda y final cuarta Ley 12/2015.

B) Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
RESOLUCIÓN de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad.	Artículo 10.6 de la Ley Hipotecaria
RESOLUCIÓN de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.	Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.
RESOLUCIÓN-CIRCULAR de 3 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio.	Artículos 9, 10 y 198 a 207 de la Ley Hipotecaria, así como los artículos 260 y 273 de la Ley Hipotecaria; y los artículos 1 a 4, 6, 8, y 29 a 32 de Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
INSTRUCCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Código Único de Finca Registral.	Apartado primero del artículo 9 de la Ley Hipotecaria.
INSTRUCCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre utilización de técnicas telemáticas en las comunicaciones entre notarios y registradores.	Ley Hipotecaria y Reglamentos Notarial e Hipotecario.
INSTRUCCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que se homologue la aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores.	Párrafo octavo del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria.

C) Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria	
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
PROYECTO DE REAL DECRETO por el que se modifica el Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.	Disposición adicional cuarta y disposición final cuarta de la Ley 15/2015.
PROYECTO DE REAL DECRETO por el que se modifica el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad y el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.	Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2015.
D) Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil	
EN MATERIA DE REGISTRO CIVIL	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
ORDEN *JUS* 2015, 147, de 5 de febrero, por la que se crea y regula la composición y funcionamiento de la Comisión Mixta de colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en materia de Registro Civil.	Artículo 40.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
INSTRUCCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios.	Artículo 46 de la Ley Registro Civil en la redacción dada por el artículo Segundo Tres de la Ley 19/2015.
EN MATERIA DE CONCESIÓN DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
INSTRUCCIÓN de 13 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre remisión de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.	Aprobada antes de la Ley 19/2015.

REAL DECRETO 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.	Disposición final octava de la Ley 19/2015, de 13 de julio.
RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se dictan normas sobre la gestión y el pago de la tasa por la presentación de solicitudes en procedimientos de nacionalidad española por residencia y carta de naturaleza para sefardíes originarios de España, y por la que se aprueba el Modelo 790-Código 026 de autoliquidación de la tasa e instrucciones.	Disposición adicional segunda y final cuarta Ley 12/2015.
RESOLUCIÓN de 11 de noviembre de 2015, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización.	Disposición adicional segunda y final cuarta Ley 12/2015.
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
PROYECTO DE ORDEN Ministerial sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.	Disposición final tercera del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre.
PROYECTO DE ORDEN Ministerial por la que se establecen los requisitos y condiciones para la suscripción de convenios de habilitación para la presentación electrónica de solicitudes de nacionalidad española por residencia en representación de los interesados.	Disposición final tercera del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre.
EN MATERIA DE CONSIGNACIONES ELECTRÓNICAS EN SUBASTAS JUDICIALES	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
REAL DECRETO 1011/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales.	Disposición final sexta de la Ley 19/2015.

E) Actuaciones vinculadas a la Ley Hipotecaria y a la modificación de la demarcación registral	
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
PROYECTO DE REAL DECRETO por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.	Disposición Final tercera del Real Decreto 172/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.
F) Actuaciones vinculadas a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, relativas al Registro y al Protectorado de las fundaciones de competencia estatal	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
ORDEN *PRE* 2015, 2537, de 26 de noviembre, por la que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.	Artículo 36 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
G) Actuaciones relativas a Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
REAL DECRETO 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva.	Artículo 15 y siguientes, dentro del Capítulo cuarto del Título primero de la Ley 14/2013, y habilitación normativa contenida en su disposición final décima.
ORDEN *JUS* 2015, 1840, de 9 de septiembre, por la que se aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de las sociedades de responsabilidad limitada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social.	Apartado 2 de la disposición final décima de la Ley 14/2013, y artículo 6.1 del Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo.
INSTRUCCIÓN de 1 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre mecanismos de seguridad de los ficheros electrónicos que contengan libros de los empresarios presentados a legalización en los registros mercantiles y otras cuestiones relacionadas.	Artículo 18 de la Ley 14/2013.

INSTRUCCIÓN de 12 de febrero de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.	Artículo 18 de la Ley 14/2013.
RESOLUCIÓN de 2 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban las bases de funcionamiento de la bolsa de denominaciones sociales con reserva.	Artículo 18 de la Ley 14/2013.
H) Actuaciones en materia concursal vinculadas a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y a la Ley 25/2015, de 28 de julio	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.	Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, ya sustituido por la Ley 25/2015, de 28 de julio.
DISPOSICIONES EN TRAMITACIÓN	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
PROYECTO DE REAL DECRETO por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal.	Ley 17/2014.
I) Otras actuaciones en materia mercantil.	
DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
RESOLUCIÓN de 28 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica el modelo establecido en la Orden *JUS* 2011, 1698, de 13 de junio, por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas, y se da publicidad a las traducciones de las lenguas cooficiales propias de cada comunidad autónoma.	Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

RESOLUCIÓN de 28 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifican los modelos establecidos en la Orden *JUS* 2009, 206, de 28 de enero, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, y se da publicidad a las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada comunidad autónoma.	Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

2. Disposiciones propuestas en 2015 por la DGRN vinculadas al ejercicio de sus competencias.

A) Relativas a los notarios y registradores adscritos a la DGRN

DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
ORDEN JUS/1510/2015, de 17 de julio, por la que se convoca concurso de méritos para proveer plazas vacantes de Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.	Artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y artículo 4 del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la DGRN.
ORDEN *JUS* 2015, 2179, de 15 de octubre, por la que se resuelve el concurso de méritos convocado por Orden *JUS* 2015, 1510, de 17 de julio, para proveer plazas vacantes de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.	Las previsiones del Real Decreto 1786/1997 y de la Orden *JUS* 2015, 1510.

B) Relativas a las oposiciones a notarías y registros.

DISPOSICIONES APROBADAS	
TÍTULO Y RANGO	PRECEPTO QUE DESARROLLA
ORDEN *JUS* 2015, 377, de 3 de marzo, por la que se nombran los Tribunales calificadores de la oposición libre para obtener el título de Notario, convocada por Resolución de 17 de noviembre de 2014.	Artículos 5, 9 y 10 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.

ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.	Artículo 13 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y de conformidad con los artículos 277 de la Ley Hipotecaria y 504 de su Reglamento.
ORDEN *JUS* 2015, 2897, de 14 de diciembre, por la que se nombra al Tribunal calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, convocadas por Orden *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio.	ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Artículo 505 del Reglamento Hipotecario.
RESOLUCIÓN de 3 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban con carácter provisional las listas de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014.	Artículo 8 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.
RESOLUCIÓN de 24 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se eleva a definitiva las relaciones de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014.	Artículo 8 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.
RESOLUCIÓN de 6 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se ordena la constitución de los Tribunales de la oposición para obtener el título de notario, convocada por resolución de 17 de noviembre de 2014, y se anuncia el sorteo de los opositores y el comienzo de los ejercicios.	Artículos 12, 13 y 14 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.
RESOLUCIÓN de 19 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el nuevo programa para el primero y segundo ejercicios de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.	Artículo 506 del Reglamento Hipotecario y artículo 9.1.g) del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

RESOLUCIÓN de 19 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el nuevo programa para el primer y segundo ejercicios y el anexo para el cuarto ejercicio de las oposiciones al título de notario.	Artículo 16 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado y artículo 9.1.g) del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.
RESOLUCIÓN de 13 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba la relación provisional de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, convocadas por Orden *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio.	ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Artículo 505 del Reglamento Hipotecario.
RESOLUCIÓN de 17 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se publica la relación provisional de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha de sorteo.	ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Artículo 505 del Reglamento Hipotecario.
CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA RESOLUCIÓN de 17 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se publica la relación definitiva de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha de sorteo.	ORDEN *JUS* 2015, 1477, de 15 de julio, por la que se convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Artículo 505 del Reglamento Hipotecario.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del *ISI* (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el *Journal Citation Reports* (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos del autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en *inglés (abstract)*.
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en *inglés (key words)*.

1.3. Extensión:

— Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
— Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

— Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
— Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

— Tratamiento de texto: Word.
— Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
— Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

— Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I. EN VERSALES.
II.1. EN VERSALITAS.
III.1.A. *En cursiva*.
IV.1.A.a) En redondo.
V.1.A.a) a´) (si lo hubiera). En redondo.

— El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I. .....
II. .....
III. ....

— Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). Comentario al art 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *Artículo:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

— *Documento electrónico:*
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización**.**

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

  Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

— *Tanto las citas con referencia bibliográfica como las NOTAS que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita*.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444