

Recursos

Resolución de 5 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Elche n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de segregación y compra.

En el recurso interpuesto por don A. G. S. contra la calificación negativa del registrador de la Propiedad de Elche número 2, don Martín José Brotons Rodríguez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de segregación y compra.

HECHOS

I

En escritura otorgada en Elche ante su notario, don Manuel Portolés Cerdán, el día 3 de octubre de 1986, protocolo número 2.268, don J. U. H., por sí y en representación de don F. J. U. R., su esposa, doña P. R. L., don J. P. L. y su esposa, doña B. P. G., y don F. J. Q. P., vendieron a don A. G. S. una finca rústica de cuarenta y dos áreas de cabida, formada por segregación.

II

Presentada en unión de escritura de ratificación autorizada por el notario de Valencia, don Eduardo Lluna Aparisi, de fecha 4 de noviembre de 2014, y de certificación de innecesariedad de licencia de segregación, expedida por el coordinador de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Elche el día 24 de julio de 2014, con el visto bueno del teniente de alcalde de Ordenación Urbana, Infraestructuras y Asesoría Jurídica de dicho Ayuntamiento, fue objeto de la siguiente calificación: «Registro de la Propiedad número dos de Elche El Registrador de la Propiedad firmante, previo examen y calificación de la escritura otorgada en Elche, ante el Notario don Manuel Portolés Cerdán, el día tres de Octubre de mil novecientos ochenta y seis, protocolo número 2.268, presentada en esta Oficina bajo el Asiento 1.916, del Diario 91, en unión de escritura de ratificación autorizada por el notario de Valencia don Eduardo Lluna Aparisi de fecha cuatro de noviembre de dos mil catorce, protocolo 1.101/2014 y de Certificación de innecesariedad de licencia de segregación expedida por el Ayuntamiento de Elche de fecha veinticuatro de Julio de dos mil catorce, de conformidad con los Artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes de su Reglamento Resultando: Que en dicha escritura se practica segregación de una pieza de tierra, sin que figure en el documento ninguna autorización para practicarla.–Considerando: que conforme a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio de 2012, publicada en el BOE el 5 de octubre de 2012 «la segregación es un acto jurídico de carácter eminentemente registral, y entendiendo que, por tanto, y dado tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro» y «resulta de la disposición transitoria cuarta del Código civil, en cuya virtud los derechos nacidos y no ejercitados (en este caso, no inscritos) ciertamente subsisten con la extensión y en los términos que les

reconoce la legislación precedente: pero han de sujetarse para hacerlos valer (en éste, para inscribirlos) al procedimiento dispuesto en la legislación vigente (que lo regula) en el momento en que el asiento se solicite» Considerando: que la ley 4/1992, de 5 de junio, de la Generalitat Valenciana ha sido expresamente derogada por la disposición derogatoria primera de la Ley 10/2004 de la Generalitat Valenciana, del suelo no urbanizable de Comunidad Valenciana. Considerando: Que la disposición adicional segunda de la ley 10/2004 en su punto 4 dice: «En el suelo no urbanizable, no podrán autorizarse actos materiales de división o segregación de fincas cuando exista una presunción legal de que tales actos tienen finalidad urbanística. Se presume la presencia de finalidad urbanística, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: b) Que de lugar a una finca de superficie inferior a la mínima exigible por esta Ley para una vivienda aislada y familiar...» Así mismo el artículo 21 de dicha ley dice «2. A estos efectos se podrá construir una vivienda aislada y familiar cumpliendo los siguientes requisitos: b) Se permitirá edificar en fincas legalmente parceladas, que, tanto en la forma como en la superficie, abarquen la mínima exigible según el planeamiento que en ningún caso será inferior a una hectárea por vivienda...» Considerando: Que la disposición adicional segunda (sic) de la misma ley dispone que «Los registradores de la propiedad no podrán inscribir dichas escrituras si no resulta acreditada la licencia municipal o la declaración de su innecesariedad», sujetándose a la legislación vigente en el momento de la presentación» Resuelvo: Suspender la inscripción del presente documento por la falta de aportación de licencia municipal autorizando los actos en el mismo contenidos, que esté expedida con arreglo a la legislación vigente en el momento de la presentación. Contra esta calificación negativa (...) Elche, a once de diciembre dos mil catorce.–El registrador de la propiedad (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

Dicha calificación fue notificada con fecha 9 de enero de 2015.

III

Contra la anterior calificación, don A. G. S. interpuso recurso mediante escrito, de fecha 6 de febrero de 2015, que tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad de Elche número 2 el día 9 de febrero de 2015, en el que, resumidamente, expone: Que recabó certificación del ayuntamiento de Elche de fecha 24 de julio de 2014 de la que resulta que, a la fecha de otorgamiento de la escritura, anterior a la Ley 4/1992 de la Generalitat Valenciana, no existía normativa alguna que definiese la parcela mínima a segregar. Y en la misma certificación se entiende la innecesariedad de la licencia de segregación; Que el registrador indica que la Ley 4/1992, de 5 de junio, ha sido expresamente derogada por la disposición derogatoria primera de la Ley 10/2004 del suelo no urbanizable de la Comunidad Valenciana, pero no tiene en cuenta que la citada disposición exceptúa de la derogación la disposición adicional tercera de la Ley 4/1992. La disposición adicional tercera de la Ley 10/2004 literalmente indica «Los registradores de la propiedad no podrán inscribir dichas escrituras si no resulta acreditada la licencia municipal o la declaración de su innecesariedad». Lo que en ningún caso viene recogido en las normas es el añadido que hace el registrador «sujetándose a la legislación vigente en el momento de la presentación»; A continuación, analiza la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio de 2012, invocada por el registrador, concluyendo que, si bien el supuesto de hecho es similar, hay diferencias que deberían concluir el recurso de forma distinta. En la citada Resolución, a juicio del recurrente, eran determinantes dos cuestiones: la primera, que las dos porciones resultantes de la segregación tenían superficie inferior a la unidad mínima de cultivo, lo que no sucede en este caso, y la segunda, que no se acreditaba la existencia de parcelación. El registrador en ese caso entendió que el informe aportado por el Ayuntamiento no podía entenderse como licencia de segregación. Se afirma también en la nota que dicha Resolución de 23 de julio de 2012,

de acuerdo con otra anterior de 27 de enero de 2012, «la segregación es un acto jurídico de carácter eminentemente registral, y entendiendo que, por tanto, y dado tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquélla se haya producido bajo un régimen normativo anterior». Entiende el recurrente que cuando se habla de autorizaciones y requisitos, de acuerdo con la disposición adicional tercera de la ley 4/1992 y la disposición adicional tercera de la Ley 10/2004, éstos serían la licencia municipal de segregación y la declaración de su innecesariedad. Y lo mismo alega el recurrente en cuanto a los problemas de derecho intemporal o transitorio, que igualmente se transcriben de la referida Resolución de 23 de julio de 2012. Analiza está señalando que la misma afirma que lo procedente, cuando las fincas sean inferiores a la unidad mínima de cultivo, no es suspender la inscripción, sino poner en marcha el procedimiento de notificación previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, cuya terminación puede dar lugar a la práctica de la inscripción o a su denegación. En cuanto a la exigencia de la licencia de parcelación, señala que es de aplicación lo dispuesto en la legislación vigente en el momento de presentación de la escritura, y de la legislación aplicable resulta que los registradores deberán exigir alternativamente el otorgamiento de la licencia o la declaración de su innecesariedad. Pero en ningún caso se exige que dicha declaración de innecesariedad se deba sujetar a la legislación vigente en el momento de la presentación, Y finalmente, señala que, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto de hecho de la Resolución, en el que del informe municipal no podía deducirse un acto de conformidad del Ayuntamiento, en este caso el certificado aportado señala que en la fecha del otorgamiento de la escritura no existía normativa alguna que definiese la parcela mínima a segregar en este tipo de suelo, por lo que, a su juicio, se está expresando la adecuación de la segregación a la legislación urbanística aplicable en el momento de la escritura y, además, se entiende la innecesariedad de la licencia de segregación, interesando la revocación de la calificación.

IV

El registrador emitió informe, manteniendo íntegramente su calificación, y formó expediente que elevó a esta Dirección General.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9, 18, 19 y 326, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria; 51 y 298 del Reglamento Hipotecario; 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo; 85, 86 y 96 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; 228 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana; la disposición adicional tercera de la Ley 4/1992 de 5 de junio, sobre suelo no urbanizable, de la Generalidad Valenciana; la disposición adicional tercera de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, del Suelo no Urbanizable, de la Generalidad Valenciana, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio y 4 de noviembre de 2008, 15 de enero de 2009, 5 de febrero y 24 de noviembre de 2010, 25 de abril de 2011, 14 y 27 de enero, 14 de febrero y 23 de julio de 2012, 3 y 11 de junio de 2013 y 28 de enero, 17 de febrero, 19 de mayo y 17 de octubre de 2014.

1. Son datos a tener en cuenta para la resolución de este expediente los siguientes:

– En escritura otorgada en Elche ante su notario, don Manuel Portolés Cerdán, el día 3 de octubre de 1986, don J. U. H., por sí y en representación de don F. J. U. R., su esposa, doña P. R. L., don J. P. L. y su esposa, doña B. P. G., y don F. J. Q. P., venden a don A. G. S. una finca rústica de cuarenta y dos áreas de cabida, formada por segregación.

– Ahora dicha escritura se presenta en el Registro de la Propiedad de Elche número 2, acompañándose de certificación expedida por el coordinador de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Elche de fecha 24 de julio de 2014, con el visto bueno del teniente de alcalde de Ordenación Urbana, Infraestructuras y Asesoría Jurídica, en la que «se entiende la innecesidad de licencia de segregación».

– El registrador, entendiendo que es de aplicación la Ley 10/2004 de la Generalitat Valenciana, del Suelo no Urbanizable de Comunidad Valenciana, actualmente vigente al ser la segregación un acto de naturaleza eminentemente registral, suspende la inscripción.

2. En primer lugar hay que aclarar cuál es la legislación actualmente vigente, además de los artículos 17.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, norma básica estatal, y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, para luego decidir sobre su aplicabilidad. Defiende el recurrente, acertadamente, que la Ley 4/1992, de 5 de junio, fue expresamente derogada por la disposición derogatoria primera de la Ley 10/2004 del Suelo no Urbanizable de la Comunidad Valenciana, tal y como afirma el registrador, pero éste no tiene en cuenta que la citada disposición exceptúa de la derogación la disposición adicional tercera de dicha Ley, que literalmente indica: «(...) Los registradores de la Propiedad no podrán inscribir dichas escrituras si no resulta acreditada la licencia municipal o la declaración de su innecesidad».

Pero lo cierto es que en el momento de presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad, ya era de aplicación la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, vigente desde el día 20 de agosto de 2014, cuya disposición derogatoria única deja sin efecto tanto la disposición adicional tercera de la Ley 4/1992, de 5 de junio, como la Ley 10/2004, que ni se señala por el registrador en la nota de calificación ni por el recurrente en su escrito.

Ahora bien, conviene también destacar en este punto que la declaración de innecesidad contenida en la certificación del Ayuntamiento a que antes se ha hecho referencia se expide el día 24 de julio de 2014, fecha anterior a la de la citada Ley.

No obstante, todas las normas referidas, incluida la actual (artículo 228) establecen la necesidad de que los notarios y registradores de la Propiedad exijan para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, resolución administrativa en la que se acredite el otorgamiento de la licencia o su innecesidad.

3. Procede ahora resolver el problema de derecho intertemporal que plantea la presentación en el Registro, en el año 2014, de una escritura en la que, por razón de la fecha de otorgamiento, se practica una segregación realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infiriéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero sólo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquéllas han de sujetarse a sus trámites y procedimientos, y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades, añadiendo que el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código Civil.

En este sentido, es doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, y se recoge en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sentencias de 14 de junio de 1994, 22 de junio de 1995, 5 de febrero de 1996, 15 de abril de 1997 y, más recientemente, la Sentencia de 15 de diciembre de 2010) y el propio Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sentencias de 3 de junio de 2014 y 10 de febrero de 2015), que ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo «cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no», una retroactividad de grado medio «cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados» y una retroactividad de grado mínimo «cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior».

Afirmando la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2013, «...hemos entendido que esta retroactividad de carácter mínimo -cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior- no debe considerarse como tal retroactividad en sentido propio, y así se expone por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, y por tanto, no es contraria al artículo 9.3, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (Sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 210/1990, entre otras, y Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas)».

Debiendo insistirse en que la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo -cfr. en este sentido, también, la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1986, de 10 de abril-, teniendo tal doctrina especial relevancia en el ámbito urbanístico, por el carácter estatutario del contenido del derecho de propiedad del suelo -artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo-.

Tampoco se vulnera el principio de seguridad jurídica, y su aplicación singular en el ámbito administrativo, manifestado en el principio de confianza legítima, con origen en el Derecho Administrativo alemán, y que constituye, en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992, artículo 3.1.2), pues, como afirma la Sentencia

del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2013, «este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico».

Sobre el eventual carácter de disposición sancionadora y por tanto incluida en el ámbito proscrito por el artículo 9.3 de la Carta Magna, es también constante la jurisprudencia, llegando a sostener que forma parte del acervo del Derecho urbanístico español, la diferenciación, en sede de disciplina urbanística, entre los llamados expedientes de reposición o restauración de la legalidad urbanística y los expedientes sancionadores que se incoan como consecuencia de la infracción urbanística cometida –cfr. Sentencias de 4 de noviembre de 2011 y de 17 de septiembre de 2012–. Se trata, pues, de dos consecuencias jurídicas derivadas de un acto de naturaleza y tratamiento distintos y diferenciados, ya consten plasmados a través de un único procedimiento, con dichos dos efectos jurídicos, o a través de dos procedimientos separados e independientes. Afirmando con rotundidad la Sentencia del Tribunal Supremo 21 de julio de 2011 (fundamento jurídico octavo) que, «en estos dos tipos de procedimiento, únicamente en el primero son de aplicación, y con ciertas reservas, los principios propios de la potestad punitiva del Estado, entre ellos el de irretroactividad, pero no en el caso de la potestad ejercida e impugnada para la restauración de la realidad física alterada ilegalmente por las obras...».

Todo ello no obsta, sin embargo, a que el legislador competente pueda establecer un régimen transitorio particular que deba ser aplicado, superando la doctrina expuesta –cfr. la disposición transitoria décima de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013–.

Este Centro Directivo interpretando dicha corriente jurisprudencial (vid. Resoluciones de 27 de enero y 23 de julio de 2012) ha venido señalando el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad, de una segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiéndose que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior –cfr. disposiciones transitorias tercera y cuarta del Código Civil–.

Ahora bien, la exigencia de tales requisitos deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de segregación o división conforme a la legislación vigente a la fecha en que se produzcan, ya que el hecho de que tales efectos no se hayan consumado o agotado es presupuesto, conforme se ha dicho anteriormente, para la aplicación excepcional de la retroactividad.

Esta Dirección General en su Resolución de fecha 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no sólo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento, admitiendo la inscripción de una segregación practicada en el año 1974, por acompañarse una certificación administrativa en la que se manifestaba que «consta segregada con su configuración actual desde el catastro de 1986, no se ha podido localizar en los archivos municipales la Resolución de licencia, no obstante por el tiempo transcurrido la posible infracción estaría prescrita», añadiendo esta Dirección General que «no bastaría

con constatar que haya prescrito la posible infracción, sino que es preciso, además, que no sea posible ya el ejercicio de potestades de protección de la legalidad urbanística que hubiera podido infringirse, ya que, como establece claramente el artículo 203 de la misma Ley (de Madrid), «las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sanciones cuya imposición proceda por razón de la comisión de infracciones tipificadas en la presente Ley».

De modo análogo, ambas vías jurídicas han de ser también posibles, y los son legalmente, respecto de otros actos o usos del suelo, menos invasivos que la edificación, como el que supone efectuar una división o parcelación de aquél, si concurriere el mismo fundamento conceptual y legal, es decir, que se trata de actos de división o segregación de fincas respecto de los cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su reagrupación forzosa –cfr. artículo 238 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalidad Valenciana–, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, y todo ello, lógicamente, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de régimen de unidades mínimas de cultivo que habrá de ser observado en cualquier caso, en especial, el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio –norma adjetiva o procedimental– en cuanto al deber del registrador de remitir copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente para que adopte el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio –cfr. Resolución de 25 de abril de 2014–.

4. En el supuesto de hecho de este expediente, además de haber transcurrido sobradamente los plazos de prescripción de la posible infracción, está claro que no se han ejercido por parte del Ayuntamiento acciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística, antes bien al contrario en la certificación aportada se declara expresamente la innecesaridad del otorgamiento de licencia, con lo cual se cumple el requisito exigido en la legislación de aplicación.

Por último, no pueden valorarse en este recurso las alegaciones del registrador en su informe relativas a la incongruencia de la resolución administrativa respecto a los casos de innecesaridad a que hace referencia la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, puesto que, como ha quedado expuesto, ni dicha normativa ni dicha circunstancia fueron puestas de manifiesto en su momento en la nota de calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 5 de mayo de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 5 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil central I, por la que se deniega la reserva de una denominación.

En el recurso interpuesto por don A. B. C. contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil Central I, don José Miguel Masa Burgos, por la que se deniega la reserva de denominación «Tabacalera Española, S.A.».

HECHOS

I

En fecha 22 de diciembre de 2014, don A. B. C. presentó en el Registro Mercantil Central solicitud de reserva de la denominación «Tabacalera Española, S.A.».

II

El día 23 de diciembre de 2014, el registrador Mercantil Central I, don José Miguel Masa Burgos, expidió la certificación denegatoria número 14186438 en la que, con referencia a la denominación solicitada «Tabacalera Española, S.A.», hacía constar que «al amparo de los artículos 40811 y 407.2 del RRM deberá aportarse autorización de la persona física o jurídica afectada, en este caso: Altadis, S.A (titular de la marca Tabacalera); Tabacalera, S.L.».

III

El día 29 de diciembre de 2014 fue solicitada, por don A. B. C., nota de aclaración explicativa. El día 30 de diciembre de 2014, don José Miguel Masa Burgos, atendiendo a dicha solicitud, emitió la siguiente nota de calificación: «En contestación a su escrito de fecha 29/12/14, pongo en su conocimiento lo siguiente: Primero.—Que según lo dispuesto en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1999, y los artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria, en la redacción que resulta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, el interesado o el presentante, caso de que se deniegue una reserva de denominación, puede solicitar, —en el mismo plazo en que podría interponer el recurso—, la expedición de una nota de calificación en la que el Registrador Mercantil Central exprese los motivos de la denegación, que no se consignaron en la certificación, debido al carácter esquemático de la misma, derivado de las normas que la regulan. Segundo.—Que, por consiguiente, el Registrador que suscribe pasa a razonar los motivos de su calificación de fecha 23/12/14 de la denominación solicitada «Tabacalera Española, S.A.». Tercero.—Que, de acuerdo con lo previsto en el art. 407.2 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, en concordancia con la disposición decimocuarta de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, las autoridades registrales denegarán el nombre social solicitado si coincidiera o pudiera originar confusión con el de una marca o nombre comercial notorio o renombrado, sea o no de nacionalidad española. A estos efectos, la marca «Tabacalera» goza de notoriedad en el tráfico mercantil, lo cual condiciona la concesión de la denominación solicitada a la obtención de la autorización pertinente por parte del titular de dicha marca. Cuarto.—Que, en el caso de no poder aportarse la autorización mencionada, se sugiere presentar nueva solicitud que contenga dos términos

diferenciadores y evite emplear el término «Tabacalera», sustituyéndolo por otro de idéntico significado. En Madrid, a 30 de diciembre de 2014 (firma ilegible) Fdo. don José Miguel Masa Burgos Registrador Mercantil Central I. La precedente nota de calificación se extiende con la conformidad de los cotitulares de este Registro. Contra dicha nota el interesado puede (...)».

IV

Mediante escrito, de fecha 20 de enero de 2015, don A. B. C. solicitó calificación sustitutoria sobre la solicitud de la denominación social «Tabacalera Española, S.A.», según lo establece el artículo 6 del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto. Como consecuencia, el día 4 de febrero de 2015, doña Sara Pilar Fernández Álvarez, registradora de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 2, extiende la siguiente nota: «Primero.–Que con fecha 23 de enero de 2015 tuvo entrada en este Registro de la Propiedad, escrito suscrito en Madrid con igual fecha por don A. B. C., con domicilio en Madrid (...), que ha causado a las 10:08 horas el número 128/2015 del Libro de Entrada, solicitando calificación sustitutoria. Se presenta en este Registro, en ventanilla Certificación Denegatoria de reserva de denominación número 14186438 –Tabacalera Española, S.A.»– del Registro Mercantil Central de fecha 23 de diciembre de 2014, así como Nota motivada de la Calificación Denegatoria, emitida el 30 de diciembre de 2014. Dicha presentación fue notificada por este Registrador con fecha 26 de enero de 2015, al Registrador calificador, don José Miguel Masa Burgos, Registrador Mercantil Central I. Segundo.–Que dicha nota de motivación es del siguiente tenor literal: «Registro Mercantil Central (...) En contestación a su escrito de fecha 29/12/14, pongo en su conocimiento lo siguiente: Primero.–Que, según lo dispuesto en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de Junio de 1999, y los artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria, en la redacción que resulta de la Ley 24/de 27 de diciembre, el interesado o el presentante, de que se deniegue una reserva de denominación, puede solicitar, –en el mismo plazo en que podría interponer el Recurso–, la expedición de una nota de calificación en la que el Registrador Mercantil Central exprese los motivos de la denegación, que no se consignaron en la certificación, debido al carácter esquemático de la misma, derivado de las normas que la regulan. Segundo.–Que, por consiguiente, el Registrador que suscribe pasa a razonar los motivos de su calificación de fecha 23/12/14 de la denominación solicitada «Tabacalera Española, S.A». Tercero.–Que, de acuerdo con lo previsto en el art. 407.2 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, en concordancia con la disposición decimocuarta de la Ley 17/2001 de 7 de diciembre de Marcas, las autoridades registrales denegarán el nombre social solicitado si coincidiera o pudiera originar confusión con el de una marca o nombre comercial notorio o renombrado, sea o no de nacionalidad española. A estos efectos, la marca «Tabacalera» goza de notoriedad en el tráfico mercantil, lo cual condiciona la concesión de la denominación solicitada a la obtención de la autorización pertinente por parte del titular de dicha marca. Cuarto.–Que, en el caso de no poder aportarse la autorización mencionada, se sugiere presentar nueva solicitud que contenga dos términos diferenciadores y evite emplear el término «Tabacalera», sustituyéndolo por otro de idéntico significado. En Madrid, a 30 de diciembre de 2014. Fdo. don José Miguel Masa Burgos Registrador Mercantil Central I (...)» Tercero.–Fundamentos de Derecho: En base a todo lo anteriormente expuesto, el Registrador sustituto ha decidido confirmar la nota de calificación en base a los fundamentos de derecho que se citan en la expresada nota de calificación, al ser la denominación «Tabacalera Española» una marca o nombre comercial notorio o renombrado. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.1 del Real Decreto 1039/2003, confirmo la nota de calificación respecto del defecto señalado, y procedo a notificar a los interesados y devolver al presentante el título y la documentación complementaria aportada. En Torrejón de Ardoz, a 4 de febrero de 2015. El registrador (firma ilegible) Fdo. doña Sara Fernández Álvarez».

V

Don A. B. C. interpuso, con fecha 12 de febrero de 2015, recurso. Fueron sus alegaciones, de forma resumida, las siguientes: Que se centra el objeto del escrito sobre la legitimidad del uso del término genérico «Tabacalera» (tal y como lo utilizan hasta veintitrés denominaciones sociales y marcas); Que el término «Tabacalera» es un signo genérico, de uso generalizado para las labores del tabaco (tal y como lo define la Real Academia de la Lengua Española), que tanto la doctrina, la normativa sectorial, la consolidada y reiteradísima jurisprudencia contemplan la legitimidad de dicho uso (en conjunción con otros términos) y no puede ser argumento de denegación de aquellas marcas que lo utilicen en conjunción con otros términos; Que, consultada la base de datos del Registro Mercantil, con el término «Tabacalera» aparecen hasta doce sociedades mercantiles con identidad denominativa y fonética con el término «Tabacalera»; Que, consultada las base de datos de la Oficina Española de Patentes, se localizan hasta once marcas que utilizan el término «Tabacalera», de diferente procedencia empresarial. Aun suponiendo que el término «Tabacalera» fuese una marca notoria, no es contradictorio con la existencia en los registros Marcario y Mercantil de múltiples marcas y denominaciones sociales que utilizan el término «Tabacalera». Porque, como se ha dicho, los términos genéricos pueden ser utilizados por otras denominaciones sin producirse confusión. La memoria recogida en el Quinto Seminario de Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales, expone que «la apropiación, como signos de uso exclusivo de vocablos genéricos o descriptivos, o que contengan prefijos o sufijos que se han convertido en usuales o comunes, no está permitida (...) porque impedirá que otros empresarios puedan utilizarlos, eliminando de uso comercial palabras que pertenecen al uso generalizado de productos». El informe de Doctrina Jurisprudencial sobre Propiedad Industrial en el trienio 2009-2012, elaborado por el Gabinete Técnico del tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, expone la «reiteradísima jurisprudencia» de uso de nombres genéricos y geográficos, los cuales no son registrables aisladamente pero sí en combinación con otros términos, y que los términos de uso generalizado, geográficos o descriptivos no pueden ser utilizados como elementos de comparación entre marcas para analizar su posible confusión, y Que, solicitada a la Oficina Española de Patentes y Marcas la inscripción del nombre comercial «Tabacalera Española TE», y tras ser publicada dicha solicitud en el «Boletín Oficial del Propiedad Industrial», no ha existido oposición por parte de ninguna sociedad dedicada a las labores del tabaco. Por parte, de la Oficina Española de Patentes y Marcas no se ha objetado la falta de carácter distintivo y diferenciable del nombre comercial. La Oficina Española de Patentes y Marcas no ha alegado que el nombre comercial solicitado sea confundible con una marca notoria o renombrada, como lo contempla la prohibición absoluta de la Ley de Marcas. La Oficina Española de Patentes y Marcas, sin embargo, sí ha objetado que el término «Española» que integra el nombre comercial solicitado le «otorga carácter de oficialidad», aspecto que ha sido recurrido y pendiente de resolución, ya que el uso del indicador geográfico es utilizado por múltiples marcas y denominaciones sociales sin que ello otorgue oficialidad; máxime cuando las labores del tabaco no es un servicio público ni existe ninguna institución oficial dedicada a dicha labor. Desestimar la presente solicitud cuando existen hasta veintitrés denominaciones sociales y marcas que utilizan el término «Tabacalera», tanto en el Registro Mercantil como en el Registro Marcario, supone un agravio comparativo. La denegación de acceso al Registro obligaría a domiciliar la sociedad en terceros países con la subsiguiente pérdida de tributación fiscal para el erario del Estado Español, y pérdida de puestos de trabajo que se pretenden recuperar en Extremadura. Todo ello surge como iniciativa empresarial ante el actual desmantelamiento de la industria tabaquera que «Imperial Tobacco» (propietario de «Altadis» y antiguo monopolio público del tabaco) está ejerciendo. Se acompañan, como anexos, búsquedas de denominaciones sociales, búsquedas y listados de marcas, tanto en la Oficina Española de Patentes y Marcas, como en la Base Mundial de Marcas de la WIPO, noticias de prensa, un informe de la Universidad de Alicante sobre el «Impacto de las marcas

en la economía y sociedad españolas: Sector Tabaco», y el expediente –con todas sus incidencias– de solicitud de marca de «Tabacalera Española TE» ante la Oficina Española de Patentes y Marcas y, también, una solicitud de información, y su respuesta, a la entidad SEPI.

VI

El registrador emitió informe, con fecha 12 de febrero de 2015, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 324 a 328 de la Ley Hipotecaria; 5, 6, 7, 8 y 9 y las disposiciones adicionales decimocuarta, decimoséptima y decimooctava de la Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de Marcas; los artículos 7 de la Ley de Sociedades de Capital; 392 y siguientes, 402, 406, 407 y 408 del Reglamento del Registro Mercantil; la Orden de 31 de diciembre de 1991 sobre el Registro Mercantil Central; el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, que regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto; las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio y 12 de septiembre de 1985, 28 de septiembre y 21 de noviembre de 2000, 27 de marzo de 2003, 27 de mayo de 2004 y 20 de febrero y 18 de mayo de 2006; así como las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de julio de 1993, 21 de julio y 21 de octubre de 1994, 25 de marzo, 15 de abril y 16 de mayo de 2003 y 2 de julio de 2008, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de septiembre de 1990, 24 de febrero y 10 de junio de 1999, 26 de marzo de 2003, 24 de febrero de 2004, 25 y 26 de octubre de 2010 y 5 de febrero y 3 de noviembre de 2011.

1. A través del recurso interpuesto se pretende obtener la revocación de la decisión del registrador Mercantil Central, confirmada por la calificación sustitutoria realizada por la registradora de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 2, por la que, en la inicial certificación denegatoria, se rechazó la reserva de la denominación «Tabacalera Española, S.A.», en base a los artículos 408.1 y 407.2 del Reglamento del Registro Mercantil, exigiendo la autorización de la persona afectada, señalando como tales a la sociedad «Tabacalera, S.L.», y a «Altadis, S.A.», como titular de la marca «Tabacalera», desarrollándose la motivación de éste último obstáculo en nota posterior, de conformidad con la doctrina de la Resolución de este Centro Directivo de 10 de junio de 1999.

2. Como cuestión previa conviene, en el presente supuesto, centrar cuál es el objeto del recurso así como las cuestiones que han de ser resueltas, toda vez que, de un lado, la calificación, tratándose del Registro Mercantil Central tiene la especialidad derivada de la esquematización impuesta por las normas que regulan la expedición de la certificación denegatoria, y, de otro lado, que el escrito de recurso adolece de una cierta falta de sistemática y claridad en cuanto a los aspectos recurridos.

Respecto de la nota que se recurre, tal y como estableció la Resolución de 10 de junio de 1999, el carácter esquemático de las certificaciones expedidas por el Registro Mercantil Central en las que «exclusivamente» constará si la denominación figura ya registrada, junto con la cita de los preceptos legales en que se base la calificación desfavorable (artículo 409 del Reglamento

del Registro Mercantil), impone que el interesado pueda solicitar una nota de calificación en la que se fundamenten de modo más amplio los motivos de la denegación. En el presente caso, la inicial certificación determinó la improcedencia de acceder a la concesión de la denominación solicitada por dos motivos: preexistencia de una sociedad de idéntica denominación, derivada de la aplicación del artículo 408.1 del Reglamento del Registro Mercantil, y existencia de una marca reputada notoria, desarrollando este último aspecto en la nota ulterior. Dado que en la certificación ya se citó el precepto legal (artículo 408.1 del Reglamento del Registro Mercantil relativo a la identidad con sociedad preexistente), debió parecer que sólo precisaba mayor desarrollo el aspecto relativo a la coincidencia o riesgo de confusión con marca renombrada o notoria. Sin dejar de advertir que hubiera sido deseable una mayor aclaración y motivación también respecto de la denegación por el motivo de la identidad con la denominación de otra sociedad, máxime cuando no se trata de una identidad plena, sino derivada de la adición de un término no diferenciador, parece razonable entender que el desarrollo de los obstáculos observados es inescindible de los obstáculos mismos inicialmente señalados, y que el posible objeto de recurso ha de integrarse tanto por el contenido de la certificación denegatoria como por la ulterior nota de calificación aclaratoria de aquélla. Esta interpretación resulta, además, en este especial supuesto, la más favorable para el interesado que, al ejercer su derecho a recurrir la calificación se halla frente a dos notas o textos distintos, pero interdependientes y conexos, de modo que pueda plantear, frente a ambos, todos los argumentos que a su derecho convengan, aunque el plazo para la interposición del recurso venga marcado por la fecha del último de ellos.

Por otro lado, las alegaciones del recurrente, si bien parecen fundamentalmente encaminadas a debatir, no tanto la notoriedad o no de la marca señalada, sino que tal notoriedad no puede ser impedimento para la concesión de la denominación que solicita, lo cierto es que, repetidamente, alude también a otras sociedades registradas con denominaciones que, a su entender, deberían haber sido también consideradas idénticas, y por tanto denegadas, afirmando que «la jurisprudencia ha marcado una clara línea que permite el uso de términos genéricos, geográficos o descriptivos, y no por ello inducir a confusión con otras denominaciones que compartan el término genérico». Así las cosas, parece debe entenderse que el recurso se interpone tanto frente a la denegación como consecuencia de la existencia de la sociedad «Tabacalera, S.L.», como por el riesgo de confusión con la marca «Tabacalera».

Respecto de la calificación sustitutoria, que confirma íntegramente, y «por sus propios fundamentos», la nota del registrador cuya calificación se sustituye, da por reproducidos todos los argumentos fijados en la nota del registrador Mercantil Central (artículo 8 del Real Decreto 1039/2003), se entendiéndose por ello suficientemente motivada mediante tal remisión.

3. La atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles –u otras entidades a las que también se les reconoce aquélla–, hace necesario asignarles un nombre o denominación que las identifique en el tráfico jurídico como sujetos de Derecho. Tal función de identificación impone una asignación única y de carácter exclusivo, de modo que ninguna sociedad ostente una denominación idéntica a la de una sociedad preexistente (artículo 7 de la Ley de Sociedades de Capital). Nuestro sistema, que concibe la denominación como un atributo de la personalidad jurídica, sigue en materia societaria el principio de libertad de elección, siempre que (además de que no contraríe la Ley, las buenas costumbres o el orden público) sea única y novedosa, sin inducir a error, tanto en la identidad misma, como en la clase o naturaleza de la sociedad (cfr. artículo 406 del Reglamento del Registro Mercantil), o generar confusión en el tráfico respecto de las actividades sociales que desarrolle o se proponga desarrollar. (cfr. artículo 402 del Reglamento del Registro Mercantil). En definitiva, cada denominación social ha de permitir la identificación e individualización de una sola sociedad, que tendrá derecho

a usarla con carácter exclusivo y excluyente, y que no pueda llevar a error o confusión en las personas (ya sean otros empresarios, o consumidores o usuarios) a las que su actividad vaya dirigida, ni en el tráfico mercantil en general.

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.

Así, el artículo 407.1 del Reglamento del Registro Mercantil prohíbe la inscripción de sociedades o entidades cuya denominación sea idéntica a alguna de las que figuren incluidas en la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central. Y el artículo siguiente, en su primer punto, precisando lo que ha de entenderse por identidad, determina –en lo que aquí interesa– que se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: «2.ª La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias (...)». Con mayor concreción, al regular la calificación del registrador Mercantil Central, el artículo 10.3 de la Orden de 30 de diciembre de 1991, sobre el Registro Mercantil Central, dice al respecto que los términos o expresiones genéricos o accesorios a que se refiere el Reglamento serán apreciados por el registrador teniendo en cuenta su efecto diferenciador y su uso generalizado. Una relación de los mismos estará a disposición del público en el Registro Mercantil Central y en todos los registros Mercantiles.

Atendiendo a ello, ha de confirmarse la calificación del registrador Mercantil Central, contenida en la expedición de la certificación denegatoria de reserva de denominación número 14186438, al exigir la autorización de la persona jurídica afectada «Tabacalera, S.L.», en base al artículo 408.1 del Reglamento del Registro Mercantil, toda vez que el término «Española» –que se contiene en la denominación solicitada– está incluido en la precitada relación de términos y expresiones genéricas, y por ende, vacíos de contenido por carecer de suficiente efecto distintivo, pudiendo considerarse que existe identidad jurídica entre la denominación que se solicita «Tabacalera Española, S.A.», y la ya existente «Tabacalera, S.L.». Las alegaciones del recurrente consistentes en la existencia –en la base de datos del Registro Mercantil– de otras sociedades cuya denominación incluye el término «Tabacalera» han de ser desestimadas. Es cierto, como dice el recurrente, que el término «Tabacalera», es definido por la Real Academia de la Lengua como «perteneciente o relativo al cultivo, fabricación o venta del tabaco» o «dicho de una persona: que cultiva tabaco», es decir, es un adjetivo que, con carácter general, designa tales relaciones u ocupaciones. Pero no por ello se convierte en un signo, término o expresión «genéricos» a los efectos de la composición de una denominación social, tal y como resulta de la regulación propiamente mercantil anteriormente citada, que no niega carácter distintivo a las palabras que designen una actividad con carácter general. En definitiva, en sede de denominaciones el término «genérico» no abarca toda palabra que designe o describa una actividad en general. El hecho, alegado, de que la jurisprudencia y doctrina, en materia de marcas, establezca que los signos y nombres genéricos y los geográficos no puedan alcanzar protección registral como marcas cuando conformen exclusivamente las mismas, no enturbia la anterior consideración, dado que tal jurisprudencia resultará de aplicación en el ámbito y para la regulación para la que se dicta: composición, registro y protección de marcas, identificadoras de productos y servicios, y no para la composición y concesión de denominaciones sociales cuyo fin es la identificación e individualización de las

sociedades en tanto que personas jurídicas. La deseable coordinación entre el Derecho de sociedades y el de marcas y sus distintas manifestaciones legales –tema sobre el que se volverá de modo más amplio en el considerando siguiente– no puede implicar una aplicación automática de la jurisprudencia dictada en base a las normas e interpretación del Derecho de marcas en el terreno del Derecho Mercantil, como tampoco sería posible lo contrario. Así, en los casos mencionados por el recurrente «Tabacalera & Griv, S.L.», «Tabacalera Brands S.L.», «Tabacalera La Flor de San Luis, S.L.», «Tabacalera Martín, S.L.», o «Tabacalera Cigars International, S.L.», las palabras o nombres añadidos a «Tabacalera», ninguno de ellos «genérico», en el sentido del artículo 10.3 de la Orden de 30 de diciembre de 1991, sino antes bien, palabras y términos que suponen una indudable variación objetiva, permiten la distinción, de un modo razonable, entre las distintas sociedades como sujetos de derecho. En cuanto a las mencionadas «Tabacalfnau, S.L.», «Tabacalia, S.L.», o «Tabacalonia, S.L.», son denominaciones de fantasía sin significado objetivo alguno que, al utilizar en su composición la raíz «tabaca», pueden evocar o sugerir una relación con o una idea del mundo del tabaco, sin que esa evocación induzca a confusión alguna con otra sociedad ya existente llamada «Tabacalera».

4. Se deniega también la concesión de «Tabacalera Española, S.A.», como denominación por gozar la marca «Tabacalera» (cuyo titular es «Altadis, S.A.») de notoriedad el tráfico mercantil, en base al artículo 407.2 del Reglamento del Registro Mercantil en concordancia con la disposición adicional decimocuarta de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

La denominación social es consecuencia de la atribución, por parte del ordenamiento y a determinadas entidades, de personalidad jurídica. En el ámbito de las sociedades, que aquí nos ocupa, su fin fundamental es su individualización en el tráfico como sujeto de derecho. Como tal atributo no forma parte del patrimonio de la empresa, en el sentido de no ser la denominación susceptible de ser enajenada ni gravada. Los signos distintivos (marca, nombre comercial) resultan protegidos por el ordenamiento en tanto en cuanto permiten reconocer productos y servicios como procedentes de una empresa determinada, teniendo un valor económico independiente, que se integra en el patrimonio de la empresa como derecho de propiedad industrial, siendo susceptible de constituir el objeto de negocios jurídicos.

Los conflictos entre las denominaciones sociales y los signos distintivos (nombres comerciales y marcas), derivan de la no siempre clara distinción entre la identificación del empresario como persona jurídica y la de la empresa o actividad empresarial que lleva a cabo, y de que el deslinde entre la vertiente jurídica y la económica competitiva de las sociedades actuantes en el mercado puede ser difícil de percibir por los operadores del mismo desde el momento en que, para tales operadores, la denominación social es un factor de diferenciación. El conflicto se agudiza cuando, además, hay multitud de disposiciones legales que obligan al empresario a reproducir su denominación social en sus productos o servicios (etiquetas, envases, folletos publicitarios, albaranes, etc,...).

Tales conflictos habían sido ya abordados por este Centro Directivo, señalando, que una de las finalidades básicas del Registro Mercantil Central es la función identificadora de las sociedades, velando para que la atribución del nombre lo sea con carácter exclusivo, evitando que quede desvirtuada si el mismo se asigna a dos entidades diferentes, y que no es su finalidad primordial la prevención del riesgo o confusión acerca de las actividades empresariales desarrolladas en el tráfico, que está atribuida en el ordenamiento a las normas sobre la protección del nombre comercial y, subsidiariamente, a las que regulan la competencia desleal (cfr. Resoluciones de 11 de septiembre de 1990 y 24 de febrero de 1999). En principio

la denominación y las marcas o nombres comerciales operan, conceptual y funcionalmente, en campos y con finalidades distintas: la primera como identificación en el tráfico jurídico de un sujeto de derecho, y las segundas como identificadores en el mercado de los productos o servicios de una empresa, o de esta misma, frente a sus competidoras, pero también se ha reconocido y reclamado la necesidad de una coordinación legislativa entre el Derecho de sociedades y el de marcas, dado el efecto indirecto que el uso de las primeras puede tener en el ámbito económico concurrencial.

Como ya señalaron las Resoluciones de 24 de febrero de 2004 y 5 de febrero de 2011 alguno de estos problemas han sido superados. La Ley 17/2001 ya ofrece base legal para imponer ciertos límites a la hora de dar acogida a determinadas denominaciones sociales, evitando la confusión en el tráfico mercantil real entre los signos distintivos y las denominaciones sociales, mediante la precisión de normas de coordinación y prioridad, por las que han de regirse las relaciones entre signos distintivos y denominaciones sociales cuando se dan supuestos de identidad, similitud o riesgo de confusión. Entre estas normas destaca la contenida en la disposición adicional decimocuarta de la Ley, conforme a la cual «los órganos registrales competentes para el otorgamiento o verificación de denominaciones de personas jurídicas –y el Registro Mercantil Central, y en registros Mercantiles territoriales– denegarán el nombre o razón social solicitado si coincidiera o pudiera originar confusión con una marca o nombre comercial notorios o renombrados en los términos que resultan de esta Ley, salvo autorización del titular de la marca o nombre comercial». Esta disposición no es sino la réplica a la prohibición que, para el caso inverso (pretensión de registrar como marca o nombre comercial la razón social con que en el tráfico económico se identifique a una persona jurídica), establece el artículo 9.1.d) de la misma Ley, según el cual no podrán registrarse como marcas, sin la debida autorización, «la denominación o razón social de una persona jurídica que antes de la fecha de presentación o de prioridad de la marca solicitada identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante, si, por ser idéntica o semejante a estos signos y por ser idéntico o similar su ámbito de aplicación existe un riesgo de confusión en el público». Finalmente, la disposición adicional decimoséptima, para el caso de que no hubiere actuado preventivamente «ex ante» el filtro de la calificación registral (particularmente en los casos en que la marca no sea notoria o renombrada), establece una causa de extinción de la sociedad por violación del derecho de marca, estableciendo que si la sentencia por violación del derecho de marca impusiera el cambio de denominación social y éste no se efectuara en el plazo de un año, «la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, procediendo el Registrador Mercantil de oficio a practicar la cancelación» (y ello, sin perjuicio del derecho de indemnización establecido en el artículo 44 de la misma Ley). Normas que habrían de ser desarrolladas por una ley de denominaciones de personas jurídicas (disposición adicional decimoctava) desarrollo que, por el momento, aún no se ha producido.

Queda claro, pues, que no podrán reservarse por el Registro Mercantil Central denominaciones sociales que coincidan con signos distintivos notorios o renombrados. Y por marca o nombre comercial notorios se ha de entender, conforme al artículo 8.2 de la citada Ley de Marcas, los que sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinen los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial, en tanto que se considerarán como renombrados cuando sean conocidos por el público en general, distinción ésta entre notoriedad y renombre que establece el legislador sobre la base de la generalidad del conocimiento de una marca o nombre comercial (limitado a un sector de la actividad económica en el primer caso y general en el segundo) que no es fácil de determinar si puede trasladarse con los mismos criterios con que se resuelve su confrontación entre ellas al ámbito de colisión que se plantea entre las mismas y una denominación social.

5. Examinando el caso del presente recurso a la luz de la citada disposición adicional decimocuarta es preciso analizar si «Tabacalera» constituye un marca notoria y si, dado que la coincidencia no es plena con la denominación solicitada (pues añade una referencia geográfica: «española») puede esa denominación originar confusión con aquella marca. La apreciación de la notoriedad de la marca debe de realizarse –como ordena la propia disposición adicional–, en los términos de la Ley de Marcas, que, en su artículo 8, acude a parámetros como volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado, añadiendo, a modo de puerta abierta a cualquier otro factor de notoriedad «o por cualquier otra causa». Pues bien, Tabacalera fue un monopolio español de tabaco establecido en 1636, lo que la convirtió en la compañía más antigua de tabaco del mundo, creándose la Institución del Estanco del Tabaco en España. En 1887 se crea una sociedad, la Compañía Arrendataria de Tabacos (CAT), que se encarga de la gestión del monopolio de tabacos. En marzo de 1945 cambia su nombre por el de «Tabacalera, S.A.», empresa que sería privatizada en 1999, pasando más tarde a formar parte de la compañía privada «Altadis, S.A.», compañía actual titular de la marca registrada «Tabacalera». Hecho notorio es también que durante todos los años en que fue empresa pública, sus productos, aun con distintos nombres, se percibían, por el público en general, bajo la marca común de «Tabacalera». Teniendo todo ello en cuenta puede fácilmente afirmarse que (y sin entrar en la distinción entre notoriedad y renombre), que tanto por duración, como por intensidad, por alcance geográfico, y por uso, dicha marca es notoriamente conocida en todo el ámbito nacional y asociada con los productos del antiguo monopolio estatal y, posteriormente, a los de la compañía que resultó de su privatización. Ciertamente es que la denominación solicitada añade la expresión «española». Pero ello, lejos de marcar una notable distinción con la notoriedad de la marca, introduce un elemento más que «origina confusión», habida cuenta que el conocimiento de la marca tanto por el sector del público al que el tabaco va dirigido, como por el público en general, estuvo ligado durante un prolongadísimo número de años, a su percepción como producto estatal y español, por lo que, ya se considere como adjetivo o como indicación geográfica, añadir «española» a la marca «Tabacalera» no hace sino reforzar la idea de pertenencia o vinculación de la sociedad así denominada con la compañía sucesora de aquella empresa estatal, y con su marca «Tabacalera», de la que es titular registral –titularidad afirmada y admitida por el propio recurrente–, si bien la notoriedad no necesariamente precisa del registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas, dado que una marca puede ser notoria sin estar registrada, pero en este caso, además, lo está. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, destacando la Sentencia de 18 de mayo de 2006 que sintetiza la línea jurisprudencial pacífica «orientada a interferir toda denominación social que enturbie la claridad del mercado», considerando una finalidad ético-jurídica la de erradicar el riesgo de confusión, y la Sentencia de 28 de septiembre de 2000, que afirma que «corresponde a los fundadores de las sociedades adoptar las precauciones necesarias, a la hora de su inscripción en el Registro, aunque no exista otra sociedad anterior con la misma denominación social, de no utilizar aquéllas que puedan crear confusión en el mercado e instaurar equivocaciones en los consumidores, por predominar una marca conocida». En la misma línea, las Sentencias de 21 de noviembre de 2000, 27 de marzo de 2003, 27 de mayo de 2004 y 20 de febrero de 2006.

Frente a estas consideraciones, las profusas alegaciones del recurrente en torno a la aplicación doctrinal, la normativa sectorial y la jurisprudencia, relativas al Derecho de marcas, en el sentido de que los signos compuestos por nombres genérico y geográficos no pueden alcanzar protección registral (del Registro de Marcas) cuando conforman exclusivamente las mismas, aunque nada obste a que, en combinación con otros signos o términos puedan formar parte de otra marca compuesta, siempre y cuando los demás signos o términos que formen parte del conjunto impidan la confusión entre ambas marcas, no pueden ser admitidas. La regulación del Derecho de los signos distintivos en general y la Ley de Marcas en particular y la

del Derecho de sociedades, y por lo que aquí hace, las normas relativas a las denominaciones sociales, son autónomas, como lo es la jurisprudencia dictada en su aplicación, y por mucho que ambas tengan puntos de conexión y sea loable su coordinación legislativa, e incluso a una interpretación tendente a la confluencia en determinados conceptos, en aras a evitar errores y confusión en el mercado, no implica pueda realizarse una extrapolación íntegra de los criterios que para la concesión o protección de unos y otros dictamine la jurisprudencia.

Pero es que, incluso de seguir la línea de argumentación del recurrente, dado que considera «Tabacalera» como término genérico y «española» es un término geográfico, parece que ninguno de ambos, a la luz de sus argumentos, merecerían protección alguna, ni del Registro de Marcas, ni como denominación otorgable por el Registro Mercantil Central, ya que, según arguye, dichos vocablos genéricos y geográficos no son «apropiables», si no van unidos a otros signos o vocablos que impidan la confusión.

No cabe tampoco acoger los argumentos del recurrente de no haber existido oposición por persona alguna al registro de «Tabacalera España TE» como nombre comercial en la Oficina Española de Patentes y Marcas, tras haberse publicado la solicitud en el «Boletín Oficial de la Propiedad Industrial», dentro del procedimiento al efecto, y que si se le ha denegado tal nombre comercial por parte de aquel Organismo, no lo ha sido por considerar exista una marca notoria anterior. Se reitera aquí que las normas y disposiciones legales sobre composición, obtención y protección de denominaciones sociales (propias del Derecho de sociedades) y las correspondientes a los signos distintivos –ya sean marcas o nombres comerciales– (propias del Derecho de Marcas), operan en esferas distintas, siendo distintos y autónomos sus procedimientos. A diferencia de la Ley de Marcas de 1988 en que el Registro de la Propiedad Industrial examinaba de oficio si el signo solicitado incurría en prohibiciones, fueran éstas absolutas o relativas, en la Ley de Marcas vigente de 2001 –alineándose con los sistemas mayoritarios en el entorno europeo y, en particular, con el sistema de marca comunitaria– se contemplan una serie de prohibiciones absolutas (artículo 5) que son examinadas de oficio por el encargado competente del Registro de la Propiedad Industrial, y otra serie de prohibiciones relativas (artículo 6) la invocación de las cuales se encomienda exclusivamente a la iniciativa particular de los interesados, mediante el trámite de las oposiciones. En el procedimiento establecido para la concesión de una reserva de denominación social por parte del Registro Mercantil Central no existe este sistema de publicidad por lo que, a falta de una posibilidad del titular del signo notorio o renombrado de oponerse a la concesión de una denominación social, ha de ser el registrador Mercantil Central quien actúe de oficio, en defensa tanto del interés particular de quien no puede defenderse por sí en este procedimiento, como en defensa del interés general de la ausencia de confusión en el tráfico mercantil y en el mercado. Tal defensa del interés general ha sido reconocida por el Tribunal Supremo (cfr. las Sentencias, Sala Primera, citadas en los «Vistos»), remarcando que los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy, Ley de Sociedades de Capital) y del Reglamento del Registro Mercantil que disciplinan esta materia constituyen normas de carácter imperativo que rigen en interés, no solamente de las sociedades afectadas, sino de todos quienes participan en el tráfico mercantil.

En base a lo expuesto procede confirmar la denegación de reserva de la denominación social «Tabacalera Española, S.A.», resultado de aplicar la disposición adicional decimocuarta de la Ley de Marcas, realizada por el registrador Mercantil Central y desestimar el recurso interpuesto por el solicitante.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 5 de mayo de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Olivenza, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencias.

En el recurso interpuesto por doña María del Rosario Solo de Zaldívar Maldonado, Notaria de Olivenza, contra la calificación de la Registradora de la Propiedad de Olivenza, doña Cristina Martínez de Sosa, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencias.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por la Notaria de Olivenza, doña María del Rosario Solo de Zaldívar Maldonado, los hermanos doña J., doña M. A. y don F. T. N., otorgaron operaciones particionales ocasionadas por el óbito de sus padres, don M. T. F. y doña J. N D. A los efectos que interesan en este expediente, la compareciente doña J. T. N. es viuda a la fecha de otorgamiento. No se hace ninguna otra manifestación referente a su estado civil anterior a este momento, ni relativa a la época de fallecimiento de los respectivos causantes. El primer causante, don M. T. F., falleció el día 20 de mayo de 2005, y la segunda causante, doña J. N. D., falleció el día 18 de junio de 2014.

En la escritura de partición referida, los testamentos de ambos causantes, tras legar el usufructo universal y vitalicio a su respectivo cónyuge, instituyen herederos universales en todos sus bienes derechos y herencia a sus tres hijos por partes iguales, sin hacer acto de partición alguno ni disposiciones particulares. Y los tres herederos, practican la partición adjudicándose los dos bienes de la herencia –dos locales– por partes indivisas tanto en la herencia de su padre como de su madre, quedando dueños cada uno de ellos, de dos sextas partes indivisas, esto es, una tercera parte indivisa por cada una de las herencias.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Olivenza el día 9 de octubre de 2014, retirada el día 23 de octubre de 2014 y presentada de nuevo el día 5 de enero de 2015, siendo objeto de calificación negativa de fecha 16 de enero de 2015 que, a continuación, se transcribe: «Examinada la precedente escritura, otorgada en Olivenza el 02/10/2014 ante la Notario doña María del Rosario Solo de Zaldívar Maldonado, con el número 955/2014 de su protocolo, y calificada con fecha dieciséis de enero de dos mil quince, se suspende la inscripción de Aceptación y Partición de Herencia interesada sobre la finca a que la misma se refiere, en base a lo siguiente hechos y fundamentos de derecho: La escritura calificada fue presentada en este Registro a las 09:10 del día 09/10/2014, bajo el asiento número 785 del tomo 86 del Diario, habiendo sido retirada la misma por la presentante con fecha veintitrés de octubre de dos mil catorce y presentada nuevamente por la presentante con fecha cinco de enero del año dos mil quince, acreditándose la liquidación del impuesto correspondiente. En el texto de la citada escritura se interesa la inscripción de Aceptación y Partición de Herencias, sobre la finca a que la misma se refiere, registral número 7.431 del término de Olivenza. Que la competencia de este Registrador de la Propiedad para calificar e inscribir la escritura presentada le viene conferida por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento. Hechos: Primero.—No se hace constar el régimen económico a que estuvo sujeto el matrimonio de doña J. T. N., que comparece en estado de viuda y concretamente sí, siendo vecina de Olivenza fue el régimen legal supletorio en dicha localidad que es el del Fuero del Baylío. De ser así habrá de expresarse la fecha de fallecimiento de su esposo, y si el mismo hubiera fallecido con posterioridad a los causantes don M. T. F. y/o doña J. N. D., será necesaria la comparecencia de los herederos de dicho cónyuge premuerto (acompañando o incorporando su certificado de defunción y el del registro de actos de última voluntad, así como su testamento o el acta o auto de declaración de herederos abintestato) Fundamentos de Derecho: Primero.—El Fuero del Baylío, régimen legal supletorio en Olivenza, genera en el momento de la disolución por fallecimiento de unos de los cónyuges una comunidad universal; es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y otro, adquiridos por cualquier título, oneroso o lucrativo; así resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de ocho de Febrero de mil ochocientos noventa y dos, Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de cuatro de mayo de dos mil y tres de abril de dos mil dos y Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de diecinueve de agosto de mil novecientos catorce y de once de agosto de mil novecientos treinta y nueve. Por tanto en el presente caso formarían parte de dicha comunidad universal del matrimonio de doña J. T. N. los bienes o derechos de contenido patrimonial adquiridos por ella por fallecimiento de su padre y/o de su madre, en el caso de que el fallecimiento de su esposo se produjera con posterioridad al de uno u otro progenitor. Siendo por tanto necesaria la comparecencia de los herederos de su premuerto esposo, en cuanto partícipes en la comunidad hereditaria para la partición convencional, conforme al artículo 1.058 del Código Civil y la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz de dieciséis de junio de dos mil, así como acompañar el testamento o el acta o auto de declaración de herederos abintestato y los certificados de defunción y del registro general de actos de última voluntad del citado cónyuge premuerto, conforme a los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 76 y 78 de su Reglamento. A la vista de los precedentes hechos y fundamentos de derecho, Acuerdo: Primero: Suspender la inscripción de Aceptación y Partición de Herencias por el defecto que se considera subsanable, reseñado en el apartado de hechos que precede, al que me remito para ello y doy por reproducido en este lugar, con el fin de evitar repeticiones innecesarias; no tomándose anotación de suspensión, por no haberse solicitado.—Segundo: Notificar esta calificación al presentante y al Notario autorizante de la escritura, haciéndoles saber que la calificación negativa que precede, extendida por el Registrador que suscribe, podrá (...) Olivenza, a dieciséis de enero de dos mil quince (firma ilegible). Fdo.: Doña Cristina Martínez de Sosa».

III

El día 10 de febrero de 2015, doña María del Rosario Solo de Zaldívar Maldonado, Notaria de Olivenza, interpuso recurso contra la calificación, en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «(...) En la herencia que tratamos, quien es llamada a la misma, es, entre otros, la heredera, cuyo estado civil es “viuda”, o sea, doña J. T. N. y no la comunidad hereditaria integrada por dicha viuda, y los herederos de su finado esposo. a) La viuda, aunque acepte y se adjudique la herencia de sus padres, con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge, los efectos de dicha aceptación y adjudicación, se retrotraen al fallecimiento de sus padres, y en ese preciso momento, ella estaba casada y no viuda. Según el artículo 989 del código Civil “Los efectos de la aceptación y repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda”. Por tanto, produce efectos retroactivos. Si en esa misma aceptación y partición, la viuda estuviera casada en régimen del Fuero del Baylío, no exigiríamos la comparecencia de su cónyuge, pues el derecho a aceptar y repudiar esa herencia o cualquier otra herencia, corresponde al heredero de los fallecidos, y no a su cónyuge, aun cuando el régimen económico de su matrimonio sea el del Fuero del Baylío. No sólo se retrotraen los efectos de la aceptación, sino también los efectos de la partición. Prueba de ello, es que fiscalmente para calcular el valor del usufructo que corresponde del cónyuge-viudo, se tiene en cuenta los años que tenía la viuda o el viudo en el momento de fallecimiento de su cónyuge, y no la edad de la viuda en el momento de la partición; al igual que en Impuesto sobre el Incremento de los Bienes de Naturaleza Urbana, que según el artículo 109 del RDL 2/2004, de 5 de marzo, establece que el devengo del impuesto cuando se transmita la propiedad del terreno, ya sea a título oneroso o gratuito, entre vivos o por causa de muerte, en la fecha de la transmisión (o sea, en los supuestos de “mortis causas”, la transmisión se produce el mismo día del fallecimiento y no cuando se acepta o adjudica la herencia ante el Notario/a), entre otros muchos casos que podríamos citar. Los herederos del finado-cónyuge, tienen una expectativa de derecho, pero en esta herencia en cuestión, no tienen ni adquieren derecho alguno, pues ellos, no son los llamados a la misma en calidad de herederos, no aceptan ni adquieren de los padres de la viuda, si no, sólo adquirirían, en el hipotético caso, que aceptaren la herencia del finado-cónyuge de la viuda. Ellos no son llamados a la herencia de los padres de la viuda, no son herederos de los padres de la viuda, la llamada, en concepto o calidad de heredera, sería la viuda. b) Si la viuda renunciara a la herencia de sus padres, los herederos del finado-cónyuge, no tendrían, ni esa expectativa de derecho. La viuda tiene plena libertad para aceptar o repudiar la herencia de sus padres, y la comparecencia o no de los herederos del finado-cónyuge, no puede limitar ese derecho, que por ley tiene la hija y heredera de los primeros causantes, o sea, la viuda. No hay que olvidar, que tanto la aceptación como la repudiación, son actos unilaterales no recepticios porque ni la voluntad del aceptante y/o repudiante, se une a ninguna otra, ni para su perfección necesita ponerse en conocimiento de nadie, y esta facultad corresponde a la viuda, como heredera llamada a esa herencia y no a los herederos del finado-cónyuge. c) En el régimen del Fuero del Baylío, se hacen comunes, y por tanto objeto de liquidación de la sociedad conyugal, los bienes del matrimonio, los privativos de cada uno de ellos adquiridos antes del matrimonio y los privativos de cada uno de ellos adquiridos durante el matrimonio, y esta comunicación se produce, en el momento de la disolución del matrimonio, por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero no tiene lugar con anterioridad, o sea, cuando fallecen los padres de la viuda (que es cuando se retrotraen los efectos de la aceptación y partición de esa herencia, aunque se formalice con posterioridad), pues en ese momento vivía el cónyuge de la viuda; por tanto, los bienes de esa herencia, son privativos de la viuda. Cosa distinta, es que la viuda, quisiera disponer de dichos bienes heredados, inter-vivos, tras el fallecimiento de su cónyuge, en cuyo caso, sí precisaría del consentimiento de los herederos del finado cónyuge, pues la mitad de esos bienes (el dimidio correspondiente por el Fuero del Baylío) que adquirió la viuda por herencia de sus padres, sí corresponden a los herederos del finado. d) Si exigiéramos la comparecencia de los herederos

del finado-cónyuge en la herencia de los primeros causantes (padres de la heredera-viuda), estaríamos condicionando la plena libertad que tiene la viuda para aceptar o repudiar la herencia de sus padres, en la cual es ella y no un tercero (o sea, los herederos del finado-cónyuge), la que libremente decide si adquiere o no adquiere los bienes y/o derechos que forman parte de la misma; pues no olvidemos que puede aceptar o puede repudiar; y si renunciara la viuda, no exigiríamos dicha comparecencia; debemos dar el mismo tratamiento, tanto en una aceptación como en una repudiación. Según el Código Civil, artículo 988 “La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres”, caracterizando, por tanto a la aceptación y/o repudiación como actos voluntarios y libres. Si exigiríamos la comparecencia de los herederos del finado-cónyuge en la herencia de los primeros causantes, el hecho de comparecer, implicaría una aceptación tácita, por parte de ellos, de la herencia del finado-cónyuge, según el artículo 1.000 del Código Civil. A nadie se le puede exigir una comparecencia que implique una aceptación tácita de una herencia que nada tiene que ver con la que se formaliza, iríamos contra el tenor literal del artículo 988 del Código Civil. Si se negaran a comparecer los herederos del finado-cónyuge, se estaría limitando injustamente el derecho libre y personalísimo a aceptar de la viuda. Podría ser que dichos herederos, quisieran renunciar a la herencia del finado-cónyuge. Les estaríamos exigiendo una comparecencia en una herencia en la que no adquieren derecho alguno ni son interesados, cuya comparecencia implica una aceptación tácita de otra herencia, a la que quieren renunciar. Todos estos argumentos, me llevan a plantearme las siguientes cuestiones: 1.º).—¿Hay que indagar sobre el régimen económico matrimonial de una viuda en la comparecencia que hace para aceptar la herencia de sus padres, independientemente de la vecindad de la misma? ¿Tendría el mismo tratamiento, si la viuda compareciente, en vez de estar domiciliada en una población en la que rige el Fuero del Baylio, viviera en otra población donde no rige tal régimen, por ejemplo, Madrid? “Donde la ley no distingue no debemos distinguir” 2.º).—Y si la compareciente que quisiera aceptar la herencia de sus padres, ¿está casada en segundas nupcias?, Ni siquiera el Notario, cuando manifiesta la compareciente como estado civil “casada”, le pregunta: ¿en primeras, segundas, o... nupcias?, Por el hecho de manifestar estar casada, no se nos plantea, la necesidad de esta comparecencia de los herederos del finado-cónyuge, y puede ocurrir, que esté casada en segundas nupcias, y formalice una herencia de sus padres, fallecidos antes que su primer esposo, y formalizada con posterioridad al fallecimiento de este último, pero, con estado civil, de “casada” en segundas nupcias, ¿qué haríamos en este caso concreto? ¿nos deberíamos plantear lo mismo que analizamos? 3.º).—¿Qué ocurriría, si una señora en estado de viuda, quisiese elevar a público un documento privado de venta con fecha fehaciente, que firmó en estado de casada, vendiendo un bien heredado de sus padres, y quisiera elevarlo a público, con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge? ¿También exigiríamos en este caso la comparecencia de los herederos de su cónyuge fallecido? 4.º).—La comparecencia necesaria de los herederos del finado-cónyuge, según la calificación registral, iría contra la práctica consuetudinaria o costumbre del lugar en el que rige el Fuero del Baylio, pues esta comparecencia no se ha exigido en casos similares, ni desde el punto notarial ni registral, concretamente en nuestro Distrito Hipotecario. De acuerdo con todos estos argumentos expuestos, opino que la comparecencia de los herederos del finado-cónyuge, no sería necesaria para formalizar la viuda la aceptación y partición de la herencia de sus padres; hay que distinguir con claridad, sin mezclar derechos, por un lado la herencia de los padres de la viuda, y por otro lado, la herencia del finado-cónyuge. En este caso, sería necesario, hacer constar en la comparecencia de la escritura, los datos de la fecha del fallecimiento del cónyuge de la viuda, así como cuál fue el régimen económico de su matrimonio; todo ello, con una advertencia notarial, de que en caso de querer disponer la viuda por actos inter vivos o mortis causa, de dichos bienes heredados, precisaría sine qua non del consentimiento de los herederos de su cónyuge, por el dimidio que le corresponde a éste (cónyuge-finado), por el Fuero del Baylio; datos necesarios que precisan ser reflejados en la nota de información registral, preferente a los bienes heredados por la viuda, indicando expresamente la fecha de la adquisición de la viuda (que

coincidiría con la fecha del fallecimiento de sus padres y no con la fecha de formalización de escritura de aceptación y partición de la herencia de sus padres)».

IV

Mediante escrito, de fecha 17 de febrero de 2015, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9, 16, 988, 989, 1.000, 1.058, 1.059 y 1.068 del Código Civil; 9, 14, 42 y 46 de la Ley Hipotecaria; 11.1 de la Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura; 51 y 76 del Reglamento Hipotecario; 159 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1869; 8 de febrero de 1892; 28 de enero de 1896; 30 de octubre y 20 de julio de 2012, y de 11 de noviembre de 2013; las sentencias de la Audiencia Provincial, Sección Segunda, de Cáceres de 2 de noviembre de 1989, de la Audiencia Provincial, Sección Primera, de Badajoz de 4 de mayo y 1 y 16 de junio de 2000, y de la Audiencia Provincial, Sección Segunda, de Badajoz, de 10 de mayo de 1993, y 3 de abril de 2002, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de agosto de 1914; 10 de noviembre de 1926; 11 de agosto de 1939, y 9 de enero de 1946.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y partición de herencias en la que concurren las circunstancias siguientes: los causantes fallecieron, uno de ellos en el año 2005 y la otra en el año 2014. Una de las herederas es viuda a la fecha del otorgamiento de la escritura pero no se manifiesta en la misma cuál era su estrado civil a las fechas de apertura de las respectivas sucesiones, ni el momento del fallecimiento de su cónyuge, ni el régimen económico matrimonial de su extinto matrimonio. La vecindad civil de la citada heredera viuda es la de Olivenza, zona de Fuero de Baylío. No se han realizado adjudicaciones concretas y diferencias de bienes a los herederos sino por partes iguales entre sí de cada uno de los bienes del inventario.

La registradora señala como defecto que no se hace constar el régimen económico a que estuvo sujeto el matrimonio de una de las herederas que comparece en estado de viuda y concretamente si, siendo vecina de Olivenza, fue el régimen legal supletorio en dicha localidad que es el del Fuero del Baylío. De ser así, habrá de expresarse la fecha de fallecimiento de su esposo, y si el mismo hubiera fallecido con posterioridad a los causantes, será necesaria la comparecencia de los herederos de dicho cónyuge premuerto.

La Notaria recurrente alega que los efectos de la aceptación y repudiación de la herencia se retrotraen al momento de la muerte del causante, por lo que si en esa época la heredera viuda al otorgamiento estaba casada o soltera, no precisaba autorización de su cónyuge para cualquier acto dispositivo; que los herederos de fallecido cónyuge de la heredera, tienen una expectativa de derecho, pero no tienen ni adquieren derecho alguno, y sólo lo adquirirían, en el hipotético caso de que su madre aceptase las herencias de los suyos; que la viuda tiene plena libertad para aceptar o repudiar la herencia de sus padres, y la comparecencia o no de los herederos del finado-cónyuge, no puede limitar ese derecho porque supone un

ataque contra esa libertad de aceptar o repudiar la herencia, ya que es un acto enteramente voluntario y libre, y que son cuestiones distintas la herencia de los padres causantes de la heredera y la de su finado esposo, por lo que basta con una advertencia notarial, de que en caso de querer disponer la viuda, de dichos bienes heredados, precisaría el consentimiento de los herederos de su cónyuge, por el dimidio que le corresponde a éste (cónyuge-finado), por el Fuero del Baylío.

La cuestión es, si habiendo fallecido uno de los causantes tiempo antes de la fecha de la partición, se generan derechos a favor de los herederos del finado cónyuge de la heredera que comparece como viuda, porque en el tiempo de la apertura de la sucesión de su causante, estaba casada en régimen económico matrimonial del Fuero de Baylío. Y en consecuencia, si se hace necesario expresar en la escritura el estado civil y en su caso, el régimen económico matrimonial de la heredera viuda, al tiempo de la apertura de la sucesión de sus causantes; y si lo estuviera en el régimen económico matrimonial del Fuero de Baylío, sería o no necesaria la comparecencia de los herederos del finado habida cuenta la comunidad de bienes que se deriva del citado Fuero.

2. El Fuero llamado del Baylío es una costumbre, de cuyos remotos orígenes no hay constancia cierta, por la que se establece un peculiar régimen económico matrimonial, en virtud del cual, para los casados en ese régimen económico supletorio, se hacen comunes, y por tanto objeto de liquidación de la sociedad conyugal, los bienes del matrimonio, los privativos de cada uno de ellos adquiridos antes del matrimonio y los privativos de cada uno de ellos adquiridos durante el matrimonio, y esta comunicación se produce, en el momento de la disolución del matrimonio, por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero no tiene lugar con anterioridad. Todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio, antes o después de su celebración, se convierten en comunes, como si fueran gananciales, y se parten por mitad –dimidio– llegado su fin, esto es, llegado el momento de la disolución de la sociedad conyugal, como consecuencia de separación, divorcio o muerte de uno de los cónyuges. Este Fuero establece un régimen económico matrimonial que constituye una auténtica comunidad de bienes a la extinción del matrimonio. En consecuencia, el Fuero del Baylío, régimen legal supletorio en Olivenza, genera en el momento de la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges una comunidad universal; es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y otro, adquiridos por cualquier título, oneroso o lucrativo; así resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892.

Pero habida cuenta que la fuente del Derecho que regula este Fuero, es la costumbre, el contenido del mismo, ciertamente está lleno de lagunas del Derecho en este punto, tales como si sus efectos jurídicos comienzan al momento de la celebración del matrimonio en el momento de la disolución, si recae sobre bienes muebles o inmuebles o incluso todo tipo de bienes y derechos sean patrimoniales o no.

El origen del Fuero del Baylío es una incógnita, habiéndose elaborado por la doctrina científica multitud de teorías. La opinión generalizada es que el Fuero del Baylío «...es una carta puebla facilitando el asentamiento en las tierras y lugares conquistados...». Se dice que el origen de los fueros y las cartas pueblas está en el intento de atraer durante la Reconquista, a zonas despobladas o fronterizas, personas que sólo accederían a ello si se les concedían determinados privilegios. Así se entiende por «Derecho privilegiado local el conjunto de normas que con independencia de las generales, ya sea consuetudinarias o escritas, regulan

la vida jurídica de los habitantes de una localidad o de varias de ellas, y las relaciones que existen entre esos habitantes con el rey, el señor u otras localidades. El Derecho local así entendido es privilegiado, esto es, que se debe aplicar con preferencia al Derecho general».

Sea una carta o un fuero, el contenido del Fuero del Baylío se refiere únicamente a determinados efectos económicos sobre el patrimonio de los cónyuges.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 127/93, considera al Fuero del Baylío como la versión castellana de la llamada «carta de meatade» portuguesa y dice: «Mayores problemas plantea fijar el tiempo en que puede iniciarse en territorio extremeño la aplicación de la costumbre de “meatade”, de neto e indudable influjo portugués».

Con respecto al Fuero del Baylío, el Estatuto de Autonomía de Extremadura tras su modificación por la Ley Orgánica 12/1999, de 7 de mayo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, establece en su artículo 11.1: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la conservación, defensa y protección del Fuero del Baylío y demás instituciones de Derecho consuetudinario». Y en el artículo 42: «La competencia de los Juzgados y Tribunales de la Comunidad Autónoma de Extremadura será la establecida en las leyes orgánicas y procesales del Estado. No obstante, en materia civil, se extenderá a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en cuestiones relacionadas con el Fuero del Baylío y las demás instituciones de Derecho consuetudinario extremeño».

Previamente, se había acreditado por Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30 de junio de 1869; 8 de febrero de 1892, y 28 de enero de 1896. También por Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 19 de agosto de 1914; 10 de noviembre de 1926; 11 de agosto de 1939, y 9 de enero de 1946.

4. Algunos de los primeros problemas que se nos presentan al hablar del Fuero del Baylío es el de determinar su naturaleza jurídica y comienzo de la comunidad, así como si estamos ante una ley en sentido amplio o ante una costumbre, ante un derecho consuetudinario. Con carácter general, se ha dicho que el Fuero del Baylío es una costumbre, que trata de tiempo inmemorial y que el pueblo ha venido observando a través de los siglos. Efectivamente, ello es cierto. Pero también lo es que en un determinado momento esta costumbre recibe el reconocimiento y la sanción por parte del Rey Carlos III, quien ordenó que todos los tribunales lo tuvieran en cuenta para la resolución de los pleitos que sobre particiones se les presentaran. Posteriormente, reinando Carlos IV, el Fuero del Baylío fue incorporado a la Novísima Recopilación. Siendo éste, a juicio de varios autores, el momento en el que la costumbre adquiere rango de norma legal.

En cuanto a sus efectos, las distintas posturas adoptadas por la doctrina y jurisprudencia («Vistos») son coincidentes, en cuanto a afirmar que en los matrimonios sujetos al Fuero del Baylío se produce una comunidad patrimonial en que todos los bienes aportados al matrimonio, antes o después de la celebración, por cualquiera de los cónyuges y cualquiera que sea su procedencia (herencia, donación, etc.), son considerados como comunes y por tanto corresponden por mitad a cada uno de los cónyuges. En donde no hay coincidencia es en cuanto al momento en que se produce la comunicación de los bienes, si en el momento de la celebración del matrimonio o a la hora de la disolución. Cuestión esta muy importante, porque si nos inclinamos por considerar que el Fuero actúa desde el momento de la celebración del matrimonio, tendremos que afirmar la imposibilidad de que un cónyuge pueda disponer de

algún bien sin el consentimiento del otro, como, por ejemplo, enajenar una finca que heredó o que compró antes de casarse. Actualmente, la doctrina y jurisprudencia («Vistos») se inclinan por considerar que los efectos del Fuero comienzan, no desde el momento de la celebración, sino desde el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

Para apoyar esta tesis se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892, en la que el Alto Tribunal declara que el contenido del Fuero no es la existencia de una comunidad de bienes desde el instante mismo del matrimonio, sino en sujetarlos y comunicarlos todos a la partición como gananciales, y, por lo tanto, durante el matrimonio pueden disponerse de ellos como si se tratara de bienes no comunes y con arreglo y sujeción a las normas comunes del derecho. Con el mismo fin se citan las Resoluciones de 19 de agosto de 1914; de 10 de noviembre de 1926; de 11 de agosto de 1939, y de 9 de enero de 1946 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que recogen la doctrina del Tribunal Supremo.

Así pues, se trata de una comunidad postmortem, que sólo surge al fallecimiento de uno de los cónyuges, que al partir o litigar, hace que todos los bienes, cualquiera que sea su naturaleza y procedencia se partan por mitad entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto. Vemos, pues, que la certidumbre y la seguridad jurídica están un poco alejadas del Fuero del Baylío, pues realmente las doctrinas de este Centro Directivo («Vistos») tampoco son coincidentes en cuanto al momento en que se produce la comunicación de los bienes, o lo que es lo mismo, el momento en que el Fuero comienza a producir efectos. Las dudas sobre el momento en que comienzan los efectos han llegado incluso a nuestros tribunales. Así, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres de 2 de noviembre, en su sentencia número 308/89, se ha pronunciado sobre el tema y se ha inclinado por la postura de considerar los efectos desde la celebración del matrimonio. Sin embargo, más recientemente, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, en sentencias de 4 de mayo y 1 y 16 de junio de 2000, ha considerado que los efectos comienzan a la hora de la disolución. Concretamente, la sentencia de 4 de mayo de 2000, en su fundamento de Derecho Quinto, dice: «Ya vimos como en nuestra opinión, históricamente, la comunicación se realizaba desde el matrimonio». Sin embargo, no es ésta la posición hoy dominante. Y, no lo es, porque el Tribunal Supremo en la paradigmática sentencia de 8 de febrero de 1892 dijo: «la observancia mandada guardar por la Ley 12, Título IV, Libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío... no consiste, según los términos de la citada Ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales o sea al tiempo de disolverse la sociedad». Y más adelante, en el fundamento de Derecho séptimo, da por sentado: «1) Que el fuero del Baylío está en vigor. 2) Que la comunicación de bienes tiene lugar desde el fallecimiento de uno de los cónyuges. 3) Que cada cónyuge puede disponer libremente de sus bienes privativos, resta por determinar los bienes que han de comunicarse, es decir los existentes al disolverse el matrimonio». Más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, número 59/2002 (Sección Segunda), de 3 de abril, en el fundamento de Derecho primero, después de referirse a la sentencia de 10 de mayo de 1993 de la misma Audiencia Provincial, que consideraba la comunicación de los bienes al disolverse el matrimonio, continúa en esa misma línea diciendo: «...conformando por tanto una comunidad universal de bienes por la cual todos los bienes de los esposos adquiridos por éstos antes y durante el matrimonio, aunque sea privativamente, se hacen comunes al momento de la disolución del matrimonio, siendo que esto ocurre por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 85 CC, entre ellas, inciso último, el divorcio,...». Y en virtud de las últimas sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, y hasta que se produzca otra resolución judicial, que con otros razonamientos se pronuncie en distinto sentido, hemos de concluir en que los efectos del Fuero del Baylío comienzan a la hora de la disolución del matrimonio.

5. Sentado que en los matrimonios sujetos al Fuero de Baylío se produce una comunidad patrimonial, en la que todos los bienes aportados al matrimonio, antes o después de la celebración por cualquiera de los cónyuges y cualquiera que sea su procedencia (herencia, donación, compra, etc.), se hacen comunes y corresponden por mitad a cada uno de los cónyuges, y que esa comunidad universal de bienes actúa, según la jurisprudencia («Vistos»), desde el momento de disolverse la sociedad, pudiendo mientras tanto los cónyuges disponer de los bienes propios con absoluta libertad (sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 3 de abril de 2002), y que los efectos del Fuero de Baylío comienzan a la hora de la disolución del matrimonio, ahora se trata de determinar si el «ius dalationis», conforme su naturaleza, puede ser objeto y formar parte de esa comunidad universal.

Por analogía, en los artículos 1.346 y 1.347 del Código Civil, reguladores de la calificación de los bienes privativos y comunes en el régimen la sociedad de gananciales, observamos que tanto los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles «inter vivos», así como los adquiridos por resarcimientos y ejercicio de determinados derechos (v. g. retracto), son de carácter privativo; ciertamente que en la comunidad del Fuero de Baylío se hacen comunes todos, pero de lo que se trata es de determinar si puede ser configurado el derecho de transmisión como un bien susceptible de propiedad o como un derecho personalísimo exclusivo en cualquier caso de los herederos de la fallecida que lo hizo sin aceptar o repudiar. Lo cierto es que el legislador los consideró como privativos por la difícil configuración de los mismos como comunes, lo que en el supuesto de este expediente, se pone claramente de manifiesto.

El artículo 1006 del Código Civil define el «ius delationis» de la siguiente forma: «por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía». La interpretación de quienes sean «los suyos» y la de si en estos se encuentran incluidos los herederos de su difunto cónyuge en virtud de la comunidad del Fuero de Baylío, suscita muchas dudas. Es evidente que en el 1.006 del Código Civil, el legislador se refiere como «los suyos» a los herederos del llamado que no ha aceptado ni repudiado, pero no piensa en la inclusión de herederos de una rama del cónyuge del heredero, en un régimen de comunidad tan exigente en la comunicación, como el del Fuero de Baylío. Ni siquiera en una institución universal de herederos, como la del testamento de hermandad de Derecho Foral navarro, los herederos del cónyuge del heredero llamado, podrían acceder al control del derecho de transmisión.

6. Previamente hay que decir que el derecho de transmisión es un derecho personalísimo de aquellos a quienes corresponde ejercitarlo, lo que pueden realizar de forma voluntaria y libre, sin perjuicio de las acciones de posibles terceros perjudicados, como ocurriría con los acreedores, para los que la ley concede la acción del artículo 1111 del Código Civil. Pero no se concede ninguna acción a los posibles herederos de quien es su vez heredero en otra sucesión, porque su derecho a aceptar o renunciar es absoluta y precisamente voluntario y libre. Ciertamente es de aplicación el artículo 988 del Código Civil por el que la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres, de manera que exigir la comparecencia de los herederos del finado cónyuge de la heredera, conllevaría una aceptación tácita de la herencia de esta, conforme el artículo 1.000 del Código Civil. Por lo tanto, una cosa es el derecho de transmisión y otra diferente, los bienes obtenidos como consecuencia, en su caso, de la aceptación de la herencia.

Por otro lado, el artículo 989 del Código Civil establece que «los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se

hereda». Respecto de la partición, cuya naturaleza traslativa, declarativa, determinativa o mixta ha sido ampliamente discutida por la doctrina, establece el artículo 1.068 del Código Civil: «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». Es decir que la partición consume y confiere, unida a la aceptación, la transmisión dominical de bienes hereditarios concretos a favor de cada heredero. Así, de conformidad con el artículo 989 del Código Civil, los efectos retroactivos de la aceptación de la herencia son incuestionables, lo que hace que en el caso de que la heredera estuviese casada en el momento de la apertura de la sucesión de sus causantes, no impidiera su comparecencia entonces, sin necesidad de la asistencia de su esposo. Pero también, que tales efectos producen que dicha retroacción al momento de la muerte de los padres o primeros causantes, determina que en un momento posterior, que es el del fallecimiento del cónyuge de la heredera, se considere ya incluido en el patrimonio de la viuda lo obtenido por el derecho hereditario de la misma en la herencia de sus padres, derecho de contenido patrimonial que como tal formará parte de la segunda masa hereditaria que se produce por fallecimiento del cónyuge de la citada heredera.

7. En el supuesto de este expediente, siguiendo el íter temporal, en el momento del fallecimiento del primer o los primeros causantes, se genera a favor de su hija todavía casada –suposición, puesto que no se ha expresado en la escritura–, un derecho personalísimo que no es otro que el de aceptar o repudiar la herencia de sus padres. Es el llamado «ius delationis». Este puede ser ejercitado por sí misma sin necesidad de concurrencia de su cónyuge, ya que no ha surgido aun la comunidad universal.

En un segundo momento fallece el cónyuge de la hija-heredera cuyo matrimonio estaba sujeto al Fuero del Baylío. Este régimen económico matrimonial genera una comunidad universal precisamente en el momento de la disolución, es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y a otro, adquiridos por cualquier título, oneroso o gratuito.

Y aquí se plantea la cuestión de si ese derecho generado a aceptar o repudiar la herencia, forma parte de la comunidad universal o tan solo los bienes obtenidos como consecuencia de la aceptación en su caso. Al no existir una regulación de ley escrita sobre la materia, debemos acudir a la costumbre y a la jurisprudencia.

8. Hay jurisprudencia dispar en esta cuestión del derecho de transmisión. Por un lado, el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de noviembre de 2013, referido al derecho de transmisión del 1.006 del Código Civil, ha concretado que en virtud de este precepto no hay una sucesión propiamente dicha en el «ius delationis», sino un mero «efecto transmisivo del derecho como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia». De este modo, al aceptar la herencia, los herederos transmisarios suceden directamente al causante de la herencia y en otra sucesión distinta, al fallecido heredero. Con lo que los terceros interesados en la herencia del fallecido heredero (v. g. viuda del mismo) no adquieren derecho alguno en la del primer causante. La cuestión de fondo, suscitada en un procedimiento de división de herencia y con relación a si procedía o no concretar en el cuaderno particional la parte que correspondiera a los herederos del heredero fallecido, en la herencia del primer causante, se asienta en la existencia de dos posiciones doctrinales sobre la interpretación y alcance del artículo 1006 del Código Civil. Por un lado, la teoría clásica sostiene que en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos de bienes: uno que va del patrimonio del causante a la masa hereditaria del heredero transmitente, que fallece antes

de aceptar la herencia de aquel, y un segundo movimiento desde esta masa hereditaria del segundo causante o transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias. Por su parte, la teoría moderna de la adquisición directa o por doble capacidad defiende que los bienes del primer causante pasan directamente al heredero transmisario cuando este ejercita positivamente el «ius delationis». En la instancia se optó por la teoría clásica, considerada como mayoritaria. Por el contrario, la Sala optó ahora por la teoría moderna. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 toma como punto de partida la reciente jurisprudencia surgida en torno a la caracterización y naturaleza del «ius delationis» (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio y 30 de octubre de 2012), declarando al respecto que el derecho de transmisión del artículo 1.006, se refiere sustancialmente, a la cualidad del «ius delationis» de poder ser objeto de transmisión. Esto es, la aplicación «ex lege» de un efecto transmisivo en la adquisición de la herencia por la 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.

De esta forma, fuera de la mencionada cualidad, el derecho de transmisión, en sí mismo considerado, ni configura ni altera la naturaleza y caracterización del «ius delationis», verdadera cuestión de fondo del caso planteado. Por lo demás, la transmisibilidad de la delación hereditaria debe enmarcarse en la progresiva flexibilización del rigorismo de la tradición romanística, que no admitía la transmisión de la cualidad de heredero, que adopta y desarrolla nuestro Código Civil con abundantes muestras al respecto. En parecidos términos, esta flexibilización se produce en los Derechos Forales en donde el «ius transmissionis» goza de plena carta de naturaleza. Esta equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y el «ius delationis» también encuentra apoyo interpretativo en los precedentes del Código Civil. Todas estas razones permiten a la Sala fijar como doctrina jurisprudencial que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1.006 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 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.

La sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de junio de 2000, contempla un supuesto de hecho semejante al de este expediente, relativo a la comparecencia, o no de los herederos del finado cónyuge de una heredera, en la partición de herencia de los primeros causantes. El fallo de esta sentencia es a su vez confirmado y aclarado por otra sentencia, número 240/2013, de 7 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial, Sección Segunda, de Badajoz. El supuesto de hecho de estas sentencias es parecido al que motiva el presente expediente y se resume así: Los cónyuges casados en régimen del Fuero del Baylío don M. R. C. y doña A. G. A. fallecieron respectivamente en los años 1966 y 1976, bajo sendos testamentos en los que instituyeron herederos por partes iguales a su hijo don M. R. G. y a su nieta doña P. A. R. (hija de su premuerta hija P. R. G.). A su vez, el hijo y heredero don M. R. G. estaba casado con doña I. G. M. también bajo el régimen del Fuero del Baylío. En 1993 fallece doña I. G. M. bajo testamento en el que nombra heredero usufructuario a su esposo y en nuda propiedad a sus hermanos don J. y doña J. G. M. El 4 de marzo de 1996 don

M. R. G., ya viudo, junto con su sobrina doña P. A. R., pero sin intervención de los herederos de su esposa premuerta doña I. G. M., formalizaron escritura de aceptación y partición de herencia por el óbito de sus padres y abuelos respectivamente (don M. R. C. y doña A. G. A.). Ello originó que los herederos de doña I., es decir sus citados hermanos don J. y doña J. G. M., interpusieran demanda de petición de herencia y de nulidad de la escritura citada, recayendo sentencia el 28 de septiembre de 1999, que fue objeto de recurso de apelación, el cual se resolvió por sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de junio de 2000 en la que se hicieron los siguientes pronunciamientos: «1.º... en la fecha del fallecimiento de doña I. G. M. pertenecían al haber conyugal de ésta y de su esposo don M. R. G. los derechos de este último en la herencia de sus padres, don M. R. C. y doña A. G. A. de imposible concreción al momento de la demanda al no haberse aún ejecutado las operaciones particionales y divisorias con la también coheredera doña P. A. R. 2.º Debemos declarar y declaramos la nulidad de la escritura de adjudicación de bienes de 4 de marzo de 1996 por afectar o vincular la misma bienes en indivisión y no haber sido convocados a dicho acto para que prestaran su consentimiento los condóminos por derecho de herencia doña J. y don J. G. M., según comunicación impuesta por el Fuero del Baylío».

De la citada sentencia no resulta con claridad la diferencia, a los efectos de la comunicación de bienes, entre el «ius delationis» y los bienes procedentes del ejercicio del mismo, pero lo cierto es que la demanda se interpuso contra las adjudicaciones hechas en la escritura de partición y no contra la aceptación de la herencia.

En definitiva, de la diversa y dispar jurisprudencia, se deduce que por un lado está el derecho a aceptar o repudiar la herencia, lo que puede ejercitar la heredera de los causantes sin necesidad de consentimientos de los herederos de su difunto cónyuge con el que estaba casada en régimen supletorio del Fuero de Baylío. Y por otro, las operaciones de adjudicación de la herencia, que en el caso de realizarse conforme las disposiciones del testamento, también por sí sola puede concretar, puesto que aun cuando estaba casada al tiempo de la apertura de la sucesión, no supone una disposición de los bienes integrantes de la comunidad de bienes creada a la disolución del matrimonio. Otra cosa es la partición que hubiere sido realizada de forma convencional entre los herederos, conforme el artículo 1.058 del Código Civil, en cuyo caso se hace necesaria la comparecencia de los herederos a su vez del citado finado cónyuge de la heredera. Sólo en este último caso, el «ius delationis» que a la viuda corresponde en la herencia de sus padres, en la medida en que puede convertirse en un auténtico valor patrimonial a través de la aceptación y adjudicación de bienes concretos como consecuencia de la partición convencional, también formará parte de esa comunidad universal, en la que son partícipes los herederos del cónyuge premuerto de la viuda o segundo causante.

9. Siguiendo el íter temporal indicado, en un tercer momento se produce la aceptación y partición de la herencia del primer o primeros causantes. Por la sola aceptación el derecho de la viuda en la herencia de sus padres pasa a ser un derecho de contenido patrimonial, el llamado «derecho hereditario in abstracto», que sería el que todos los partícipes tienen conforme a su respectiva participación sobre la total masa hereditaria, aunque carezcan aún de un derecho «in concreto» aplicado especialmente a alguno de los bienes determinados que componen dicha masa, derecho «in concreto» que sólo surge con la partición. Ahora bien, en esa fase previa de «derecho hereditario in abstracto» que se produce antes de la partición, en esa comunidad hereditaria se hacen partícipes los herederos del finado cónyuge de la viuda que ahora acepta la herencia de sus padres primeros causantes, con respecto a los cuales, los efectos de la retroacción de la aceptación no se pueden extender hasta el momento del fallecimiento de los primeros causantes, pues en ese momento dado que la hija-heredera estaba aún casada, no se había generado todavía la comunidad universal propia del Fuero del

Baylío, sino sólo hasta el momento del fallecimiento de su esposo, que es cuando precisamente se genera dicha comunidad universal. Lógicamente si en el mismo instrumento público y con igual fecha se producen la aceptación y la partición de los bienes hereditarios del primer o primeros causantes, y esta se hace de forma convencional adjudicando bienes concretos entre los herederos, será necesario el consentimiento de los herederos del finado cónyuge de la viuda por aplicación del artículo 1.058 del Código Civil que exige el consentimiento unánime de todos los copartícipes para hacer la partición.

Sin embargo, si en esa misma aceptación y partición de herencia, la viuda estuviera casada en Fuero del Baylío, no se exigiría la comparecencia de su cónyuge pues como se ha señalado, el Fuero del Baylío genera una comunidad universal sólo en el momento de la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero no antes.

Sentado que la aceptación y repudiación de la herencia tienen carácter unilateral y no recepticio y por lo tanto, la viuda tiene plena libertad para aceptar o repudiar la herencia de sus padres de forma que si renuncia, los herederos del finado cónyuge nada adquirirían en la herencia de los primeros causantes, este derecho de aceptar o repudiar la herencia de sus padres o primeros causantes es un derecho unilateral y personalísimo de la viuda, que puede ejercer con plena libertad, pues así lo dice el artículo 988 del Código Civil. Por lo que evidentemente si ese «ius delationis» se resuelve en renuncia, queda frustrada la expectativa de adquisición de los herederos del segundo causante. Por ello entendemos que no será necesaria la comparecencia de dichos herederos del cónyuge finado en las escrituras en las que la viuda renuncie a la herencia de sus padres.

Si la viuda se limitara a aceptar la herencia, sin hacer partición convencional ni adjudicación de bienes, tampoco sería necesaria la comparecencia de los herederos de su finado cónyuge, en cuyo caso, podrá practicarse anotación preventiva de derecho hereditario conforme a los artículos 42.6.º y 46 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

Pero si lo que se realiza es la partición convencional o adjudicación de bienes a favor de la viuda, es necesaria la comparecencia de los herederos del segundo causante o esposo a los que por su dimidio les corresponde la mitad del valor o derechos patrimoniales de la primera. Pues el carácter unilateral de la aceptación no puede predicarse de la partición convencional, de acuerdo con el artículo 1.058 del Código Civil, conforme al cual es necesario el consentimiento unánime de todos los partícipes en la comunidad hereditaria, entre ellos también los herederos del cónyuge premuerto por su dimidio, por así haberlo establecido la Audiencia Provincial de Badajoz, según las sentencias citadas, aunque la solución puede ser distinta en otros territorios forales.

Por lo tanto, exigir la comparecencia de los herederos del finado cónyuge en la aceptación de la herencia de los primeros causantes sería condicionar la plena libertad de la viuda para aceptar o repudiar y en consecuencia, no se exige su comparecencia en caso de renuncia de la viuda tampoco ni tampoco en caso de aceptación, pues además de que debe darse el mismo tratamiento tanto a la aceptación y repudiación, estos son actos enteramente voluntarios y libres (artículo 988 del Código Civil); pero sus consecuencias son distintas: con la renuncia de la viuda queda frustrada la expectativa de adquisición propia de ella misma y de los herederos de su finado cónyuge por razón del dimidio; en cambio por la aceptación esa expectativa se convierte en un derecho actual de contenido patrimonial que no le corresponde a ella sola, sino también por su dimidio y en comunidad germánica (mientras no se produzca la partición)

a los herederos de su premuerto esposo. Tampoco se puede obligar a nadie a comparecer a una escritura pública contra su voluntad (es decir a los herederos del finado cónyuge en la partición de los primeros causantes) y, desde luego, si los herederos del segundo causante renuncian a la herencia de éste nada adquirirían en la herencia del primer o primeros causantes. Así pues, en el caso de que los herederos del finado cónyuge de la heredera, no quisieran comparecer a la partición de la herencia y adjudicación de bienes de los primeros causantes, nos encontraríamos con que no sería posible la partición convencional, para la cual conforme al artículo ya citado 1.058 del Código Civil y consolidada jurisprudencia es necesario el acuerdo unánime de todos los partícipes en la comunidad hereditaria; faltando dicho acuerdo queda abierto el derecho de cualquiera de ellos de pedir la partición judicial conforme a los artículos 1.059 del Código Civil y 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y en el caso de que los llamados a la herencia del finado esposo de la heredera, renuncien a la misma, habrá que ver, ante tal renuncia si entra en juego una eventual sustitución hereditaria, o el derecho de acrecer a los demás llamados, o si hay que hacer un nuevo llamamiento a los herederos legales del siguiente grado.

10. En cuanto a la disposición de los bienes, ciertamente, la comunidad universal propia del Fuero del Baylío surge en el momento de la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero no tiene lugar con anterioridad, o sea, cuando fallecen los padres de la viuda, momento al que se retrotraen los efectos de la aceptación y partición de esa herencia aunque se formalice con posterioridad. Así pues, respecto de los herederos del segundo causante (cónyuge de la heredera), los efectos de la retroacción de la aceptación de la herencia del primer o primeros causantes sólo puede extenderse hasta el momento del fallecimiento de este segundo causante y no más allá, haciendo una interpretación análoga en relación con los transmisarios por aplicación del artículo 1.006 del Código Civil.

Si la viuda quisiera disponer de los bienes heredados «inter-vivos» tras el fallecimiento de su cónyuge, en este caso, precisaría del consentimiento de los herederos del finado cónyuge, pues la mitad de esos bienes (el dimidio correspondiente por el Fuero del Baylío) que adquirió la viuda por herencia de sus padres, corresponden a los herederos del finado, a los que tienen derecho desde el fallecimiento del esposo de la viuda que es cuando surge la comunidad universal propia del Fuero del Baylío según ha quedado establecido.

11. Respecto a la indagación sobre el régimen económico matrimonial en función de la vecindad o domicilio del heredero viudo o de si se pudiera hallar casado en segundas o ulteriores nupcias. Sentado lo argumentado anteriormente, se hace necesaria la indagación del notario respecto del estado civil, matrimonio y régimen económico matrimonial de los herederos, al igual, que el notario lo hace respecto de los premuertos, su descendencia, sustitutos vulgares, fideicomisarios, menores, incapacitados, discapacitados. En este sentido, el artículo 159 del Reglamento Notarial establece: «Las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado. También podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho. Si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso, anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial. Las circunstancias a que se refiere este artículo se harán constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes. Se expresará, en todo caso, el régimen económico de los casados no separados judicialmente. Si fuere el legal bastará la declaración del otorgante. Si fuese el establecido en capitulaciones matrimoniales será suficiente, a todos los efectos legales que se le acredite al notario su otorgamiento en forma

auténtica. El notario identificará la escritura de capitulaciones y en su caso, su constancia registral, y testimoniará, brevemente, el régimen acreditado, salvo que fuere alguno de los regulados en la ley, en que bastará con hacer constar cuál de ellos es». En parecido sentido, el artículo 51 del Reglamento Hipotecario señala: «Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo noveno de la Ley contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes: (...) Novena.—La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas: a) Si se trata de personas físicas,....si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos del otro cónyuge....».

En consecuencia, dado que el régimen económico a que hubiera estado sometida la heredera viuda tiene consecuencias tales que determina si la adquisición corresponde exclusivamente a ella o también a los herederos de su finado cónyuge, es circunstancia que debe expresarse. Tal exigencia, esto es, extenderla o no a herederos viudos con domicilio en territorio donde no rige el Fuero del Baylío o incluso a herederos casados en segundas o ulteriores nupcias cuyo anterior matrimonio estuvo sujeto a Fuero del Baylío, debe entenderse de acuerdo con el lugar de otorgamiento y también con el domicilio de los comparecientes, aun cuando el otorgamiento lo hubiere sido fuera de la zona del Fuero de Baylío, de la misma forma que ocurriría por ejemplo, con una disposición de casados en régimen conyugal de Derecho Foral de Aragón, para la aplicación del derecho expectante de viudedad aragonesa o de comunicación foral de bienes respecto de vizcaínos no aforados. Tratándose del lugar de otorgamiento, en territorio donde rige el Fuero del Baylío como régimen legal supletorio, y siendo vecinos los otorgantes de Olivenza, se hace necesaria una indagación notarial a este aspecto; y aun cuando con ello, no se tenga una garantía plena, se habrá empleado la diligencia adecuada; téngase en cuenta que vecindad civil y estado civil normalmente no se acreditan sino que a partir de las manifestaciones de los otorgantes se hace un juicio o valoración sobre los mismos.

En este sentido, la Resolución de este Centro Directivo, de 15 de junio de 2009, que señala que si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el notario, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes —que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico—, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos. En tal sentido, establece el artículo 159 del Reglamento Notarial que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante, lo cual ha de entenderse en el sentido de que el notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos —cfr. artículos 9.2 y 16.3 del Código Civil—), concluirá que su régimen económico matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia —el carácter legal de dicho régimen— al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate, especialmente en supuestos como el presente en el que el régimen expresado —de gananciales— no es el legal supletorio en el lugar del otorgamiento. De este modo, quedan suficientemente cubiertas, fuera del proceso, las necesidades del tráfico jurídico.

12. Respecto a las cuestiones prácticas que se suscitan por el recurrente en aplicación de esta regulación. En cuanto lo que ocurriría si una señora en estado de viuda, quisiera elevar a

público un documento privado de venta con fecha fehaciente, que firmó en estado de casada, vendiendo un bien heredado de sus padres, y quisiera elevarlo a público, con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge: no sería necesaria dicha comparecencia, ya que la ahora viuda dispuso del bien en fecha cierta en la que estaba todavía casada y por tanto no se había generado aún la comunidad universal diferida que caracteriza al Fuero del Baylío.

En cuanto al supuesto carácter de costumbre o práctica consuetudinaria del Fuero de Baylío, quedan definidas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz de 4 de mayo de 2000, y 3 de abril de 2002 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de agosto de 1914, y de 11 de agosto de 1939, entre otras. De estas resulta, como ya se ha señalado anteriormente, que el régimen del Fuero del Baylío origina en el momento de la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los esposos una comunidad universal en la que quedan incluidos todos los bienes y derechos de contenido patrimonial adquiridos por uno y otro cónyuge, antes y durante el matrimonio, por título oneroso y lucrativo, y por tanto también los bienes adquiridos por la esposa en la herencia de sus padres diferida en el momento del fallecimiento de dichos padres si en tal momento se encontraba aún en estado de casada la después heredera viuda.

13. Así pues, en las herencias en que comparezcan herederos viudos cuyo matrimonio, tras una indagación notarial al respecto, resulte haber estado sujeto al régimen del Fuero del Baylío, será necesario hacer constar la fecha del fallecimiento del cónyuge premuerto del heredero viudo. Si dicho finado cónyuge premurió a los causantes de la herencia que se formaliza, no se planteará problema alguno. Pero si falleció con posterioridad entonces habrá que distinguir los siguientes casos, tal como hemos enunciado anteriormente también:

a) En caso de que el heredero o heredera viudos renuncien a la herencia de sus padres o primeros causantes, no será necesaria la comparecencia ni citación de los herederos del segundo causante.

b) En caso de que el heredero o heredera viudos se limitara a aceptar la herencia sin hacer partición convencional ni adjudicaciones, tampoco sería necesaria la comparecencia de los herederos del segundo causante, pudiéndose practicar a petición de los interesados, anotación preventiva de derecho hereditario conforme a los artículos 42.6.º y 46 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

c) Si lo que se pretende es la partición convencional o adjudicaciones a favor de la viuda, aun cuando fuera la única heredera llamada a la herencia de sus padres o primeros causantes sería necesario:

1.º Hacer constar en la escritura de partición de herencia, el nombre y circunstancias del cónyuge-finado de la heredera y la fecha de su fallecimiento a los efectos de determinar por el notario el régimen económico matrimonial.

2.º En el caso de régimen económico del Fuero de Baylío, la comparecencia de los herederos del finado cónyuge, quienes podrán libremente aceptar la herencia de éste, de la que forma parte la mitad (por dimidio) del «derecho hereditario in abstracto» de la viuda sobre la masa hereditaria de sus padres o primeros causantes (cfr. sentencias de la Audiencia Provincial

de Badajoz anteriormente citadas), y en tal caso, hacer junto con los demás condóminos la partición y adjudicación de los bienes de la herencia de los primeros causantes, sin necesidad, si no quieren, de partir otros bienes o derechos propios de la herencia del cónyuge, lo cual podrán hacer en un momento posterior; pues si bien es cierto que la aceptación de la herencia no puede ser parcial (artículo 990 del Código Civil), es perfectamente posible que la partición sí sea sólo de algunos bienes; o bien pueden renunciar a la herencia del finado cónyuge, en cuyo caso sería necesario determinar, ante la renuncia de los llamados en primer lugar quienes pasan a tener la condición de herederos del segundo, aplicando, según proceda, la sustitución vulgar, el derecho de acrecer, o el llamamiento a los herederos legales del siguiente grado.

Igualmente si los llamados a la herencia del cónyuge-finado o segundo causante se niegan a comparecer en la escritura de aceptación y partición de herencia del primer o primeros, faltaría el presupuesto básico de legitimación de la partición convencional que es el consentimiento de todos los partícipes; siendo necesario en tal caso acudir a la vía judicial conforme al artículo 1.059 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con los fundamentos de Derecho anteriormente expuestos, desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 6 de mayo de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.

Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Calahorra, por la que se suspende la inscripción de una desvinculación de elemento en régimen de propiedad horizontal.

En el recurso interpuesto por doña J. M. G. S. contra la nota de calificación extendida por la Registradora de la Propiedad de Calahorra, doña María de los Ángeles Ruiz Blasco, por la que se suspende la inscripción de una desvinculación de elemento en régimen de propiedad horizontal.

HECHOS

I

Por el Notario de Calahorra, don Luis Ángel Otero González, se autorizó, en fecha 9 de octubre de 2014, escritura pública en la que compareció la hoy recurrente como titular de un inmueble, número ocho piso dúplex de determinado edificio sujeto a la Ley sobre propiedad horizontal. Consta en la descripción que a dicho piso le corresponde como anejo: «a) La buhardilla sobre

el piso tercero derecha subiendo por la escalera/izquierda mirando de frente al edificio». También resulta que, en los estatutos de la comunidad de propietarios, consta lo siguiente: «El propietario de uno o mas elementos individuales podrá por si solo agruparlos, dividirlos y realizar respecto a ellos cuantas modificaciones hipotecarias tenga por conveniente, ajustando las cuotas de participación al nuevo o nuevos elementos individuales resultantes y respetando en todo caso la cuota de los elementos no afectados por la modificación». También consta lo siguiente: «El propietario del elemento individual ocho, podrá, contando con las oportunas licencias municipales y bajo dirección facultativa, construir terraza o trastero, a su costa y gastos, en la buhardilla descrita bajo la letra a) como anejo al elemento ocho».

La hoy recurrente desvincula en la escritura pública la citada buhardilla llevando a cabo su descripción con inclusión de su superficie construida y útil y de sus linderos, así como de la cuota que le corresponde en el régimen de propiedad horizontal. Se acompaña a la escritura certificación de la medición, así como plano de la buhardilla realizado firmado por arquitecto cuya firma legitima el notario autorizante.

Como documento complementario, se acompaña la autorización administrativa del Ayuntamiento de Calahorra en la que se describe tanto la finca matriz, como la resultante de desvinculación y resto en términos coincidentes con el título.

II

Presentada la referida documentación en el Registro de la Propiedad de Calahorra, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Calahorra número expediente: 2213/2014. Registradora Titular: Doña María de los Ángeles Ruiz Blasco. Calificada conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento la escritura pública otorgada en Calahorra el día nueve de octubre de dos mil catorce ante el Notario don Luis Ángel Otero González, número 1003/2014 de orden de protocolo, resulta: A. Antecedentes de hecho. La referida escritura pública fue presentada en este Registro de la Propiedad a las nueve horas del día diez de octubre de dos mil catorce, motivando el asiento de presentación número 255 del tomo 84 del Diario, y el número 2213 del libro de entrada del año 2014, en la que doña J. M. G. S., titular de la finca registral 29.749, que se describe como piso dúplex en plantas tercera y cuarta y que tiene como anejos una buhardilla y la mitad indivisa en comunidad con el elemento individual número cuatro del sótano destinado a carbonera, de cuarenta y nueve metros cuadrados, con una cuota de dieciocho enteros, cincuenta centésimas por ciento, desvincula de la misma la siguiente porción, para que sea considerada como autónoma e independiente: “Ocho-1.–Buhardilla sobre el piso tercero derecha, es decir situado en la planta cuarta, es decir situado en la planta cuarta, subiendo por la escalera/izquierda mirando de frente el edificio. Tiene acceso directo desde la propia escalera y constituye el espacio de entrecubierta, por lo que tiene forma abuhardillada en función de las pendientes de los diferentes faldones que constituyen la cubierta. Ocupa una superficie útil de 79,66 metros cuadrados y 193,04 metros cuadrados construidos. Linda, derecha entrando, patio interior; izquierda, vuelo sobre (...); fondo, patio interior, inmueble número (...); frente, patio interior, caja de escalera y ascensor. Cuota: 2,96 por ciento”. Dicha buhardilla, según se ha señalado, consta como anejo de la finca registral 29.749 de Calahorra, con la siguiente descripción registral: “a) La buhardilla sobre el piso tercero derecha subiendo por la escalera/izquierda mirando de frente el edificio”. Se suspende la inscripción solicitada en base a los siguientes: B. Fundamentos de Derecho. Ser necesaria para la inscripción como elemento privativo y con la descripción de finca ahora resultante el consentimiento de la Junta de Propietarios del edificio. La desvinculación de los anejos respecto de los

elementos privativos a que están vinculados, hace referencia a un cambio jurídico, más que a una modificación física en la configuración de la finca. Y tiene una mayor transcendencia que la mera segregación o división material. A pesar de que en los propios estatutos del edificio, se permite al propietario las modificaciones hipotecarias que se estimen convenientes en las fincas, hubiera sido necesario que la buhardilla figurase previamente con la descripción que consta en la actual escritura para poder proceder a la desvinculación sin la autorización de la Junta de propietarios, pues la descripción de linderos y determinación de la superficie puede afectar a otros elementos privativos o a los elementos comunes, implicando una modificación del título constitutivo, según los artículos 5, 8, 12 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal y doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado según consta entre otras, en Resoluciones de 15 de marzo de 2004, y 26 de mayo de 2007. C. Consecuencias jurídicas inmediatas de dicha suspensión en relación con el procedimiento registral motivado por el asiento de presentación 255 del tomo 84 del Diario: i. Esta calificación provoca la prórroga (...) Contra la presente calificación (...) Calahorra, a quince de enero de dos mil quince.–La Registradora (firma ilegible). Fdo.: María de los Ángeles Ruiz Blasco».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña J. M. G. S. interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 19 de febrero de 2015, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.–No es precisa la autorización de la junta de propietarios a la desvinculación llevada a cabo, habida cuenta de la autorización que consta en estatutos que habilita para cualquier modificación hipotecaria, entre las que se encuentra la desvinculación. La autorización estatutaria no es sino un reflejo del principio de autonomía de la voluntad, tal y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de marzo de 2013, y Segundo.–También la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la validez de dichas cláusulas, como resulta de las Resoluciones de 21 de junio de 2013, y 7 de mayo de 2014, entre otras, de las que resulta que no es precisa una previa determinación de superficie y linderos para llevarlas a cabo; así resulta igualmente de la Resoluciones de 22 de julio de 2009, y 17 de abril de 2012.

IV

La registradora, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 2 de marzo de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificado el notario autorizante, no realizó alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9 de la Ley Hipotecaria; 51 del Reglamento Hipotecario; 3, 5, 10.3 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2010, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero y 30 de septiembre de 1988; 22 de mayo de 1995; 25 de octubre de 1996; 23 de noviembre de 1999; 18 de marzo de 2003; 4 y 15 de marzo de 2004; 17 de enero de 2006; 27 de junio de 2007; 22 de julio de 2009, y 7 de mayo de 2014.

1. Es especialmente importante en este expediente delimitar adecuadamente su objeto a fin de centrar la cuestión que debe constituir su contenido y el pronunciamiento que debe realizar esta Dirección General. Inscrita una finca formando parte de un régimen de propiedad horizontal su titular lleva a cabo la desvinculación de uno de sus dos anejos en virtud de una previsión estatutaria debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. La registradora de la Propiedad reprocha exclusivamente que la operación llevada a cabo no puede llevarse a cabo unilateralmente por la propietaria de la vivienda porque la determinación de unos linderos determinados y de una superficie determinada del anejo que pasa a ser finca independiente, que no constaban con anterioridad inscritos, no puede llevarse a cabo sin autorización de la junta de propietarios por constituir una alteración del título constitutivo.

No es objeto de este expediente la validez de la cláusula estatutaria inscrita, que la registradora no discute, que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales presumiéndose su contenido exacto y válido en tanto no sea objeto de modificación (vid. artículos 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria).

Consecuentemente, este expediente debe pronunciarse exclusivamente sobre si tal y como está descrito el anejo en el Registro de la Propiedad puede su titular proceder a desvincularlo formando una finca nueva con linderos y superficie que se determinan por la titular en el acto de la desvinculación y con fundamento en la cláusula estatutaria transcrita.

2. La respuesta es negativa como ha afirmado en ocasiones anteriores esta Dirección General en supuestos semejantes. La doctrina de este Centro Directivo afirma que puede el titular desvincular el anejo en base a la autorización estatutaria, pero para que ello pueda ser realizado sin intervención posterior de la junta hubiera sido necesario que en el título constitutivo se hubieran descrito los espacios que se configuraban como anejos con todos los requisitos necesarios para su posterior conversión en elementos privativos. No siendo así, es precisa una modificación o complemento del título constitutivo de conformidad con las reglas generales de propiedad horizontal, pues la descripción de linderos y determinación de la superficie puede afectar a otros elementos privativos o a los elementos comunes (Resolución de 15 de marzo de 2004 y demás citadas en los «Vistos»).

3. Los argumentos de contrario no desvirtúan la doctrina expresada. En primer lugar porque, como se ha fundamentado, no está en cuestión ni la validez de las cláusulas estatutarias por las que se autoriza a realizar modificaciones hipotecarias, incluida la desvinculación de anejos, sin consentimiento de la junta de propietarios ni la validez de la cláusula estatutaria en que fundamenta la recurrente su actuación. Esta Dirección General ha reiterado, y desde antiguo, su validez lo que no implica necesariamente que en la realización de actos de ejecución de la previsión estatutaria no deban ser acreditados, en su caso, el cumplimiento de requisitos complementarios de no estar previamente contemplados en la autorización (vid. Resolución de 7 de mayo de 2014).

Las Resoluciones de este Centro Directivo que la recurrente trae a colación tampoco contradicen la doctrina expuesta. Bien al contrario: la Resolución de 7 de mayo de 2014 reafirma la doctrina tradicional de aceptación de las cláusulas estatutarias de consentimiento anticipado a la modificación del título constitutivo tras la entrada en vigor de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Amén de lo anterior afirma en relación a la necesaria determinación del nuevo elemento que se forme en virtud de la autorización estatutaria que: «el acuerdo será inevitable en aquellos casos en los que

no se establezca en la cláusula estatutaria el método de cálculo para la fijación de dichas cuotas, circunstancia que por sí sola constituiría un obstáculo para el acceso al Registro de la Propiedad de la cláusula exoneradora, dado que sería necesario en todo caso al acuerdo de junta para su fijación, perdiendo su sentido dicha cláusula», de donde resulta que, como ha sido debidamente motivado, la previsión estatutaria inscrita no empece para el cumplimiento de los requisitos de inscripción que en su caso sean indispensables y que no hayan sido objeto igualmente de específica previsión estatutaria.

La Resolución de 21 de junio de 2013, tras reafirmar la validez de las cláusulas de autorización de modificación del título constitutivo, advierte en su inciso final que la cláusula discutida entonces carecía de la necesaria determinación de linderos del anejo a desvincular (sí que se establecía su superficie), si bien no entra a pronunciarse sobre tal circunstancia al no haber sido objeto del acuerdo del registrador.

Del mismo modo la Resolución de 17 de abril de 2012 se limita a reafirmar la tradicional doctrina de validez de las cláusulas estatutarias de autorización de realización de modificaciones hipotecarias.

Por lo que se refiere a la Resolución de 22 de julio de 2009 se llegó a la conclusión de que no era preciso el consentimiento de la junta de propietarios porque al tratarse de determinación de cuotas sobre un local destinado a garaje (artículo 53.b del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística), no existía alteración del título constitutivo, situación bien distinta a la que constituye el objeto de este expediente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 6 de mayo de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 7 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aumento de capital para redondeo, reducción de capital social por amortización de acciones propias y remuneración de acciones.

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, Notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación extendida por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Palma de Mallorca, don Eduardo López Ángel, por la que se deniega la inscripción de una

escritura de aumento de capital para redondeo, reducción de capital social por amortización de acciones propias y remuneración de acciones.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada en Palma de Mallorca por su Notario, don Jesús María Morote Mendoza, el día 10 de diciembre de 2014, la sociedad «Gispert Depuración de Aguas, S.A.», debidamente representada, otorgó una escritura de aumento de capital para redondeo, reducción de capital social por amortización de acciones propias y remuneración de acciones.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, dicho documento fue calificado con la siguiente nota: «El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Diario/Asiento: 227/11717 F. Presentación: 18/12/2014. Entrada: 1/2014/15.811,0. Sociedad: Gispert Depuración de Aguas, S.A. Autorizante: Morote Mendoza, Jesús María. Protocolo: 2014/1165, de 10/12/2014. Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–El artículo 54.1 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y A.J.D. texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, dispone que: «Ningún documento que contenga actos o contratos sujeto a esta impuesto se admitirá ni surtirá efecto en oficina o Registro público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquel, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria». Por su parte el artículo 86,1 del R.R.M., dispone que «no podrá practicarse asiento alguno, a excepción del de presentación, si no se ha justificado previamente que ha sido solicitada o practicada la liquidación de los tributos correspondientes al acto o contrato que se pretenda inscribir o al documento en virtud del cual se pretenda a la inscripción». En su consecuencia, falta acreditar la previa autoliquidación del presente documento. Este defecto tiene el carácter de subsanable. 2.–El acuerdo de reducción de capital en sociedades anónimas deberá ser publicado en el BORME y en la página web de la sociedad. (Aº 319 LSC). 3.–En la escritura habrá de constar la declaración de que ningún acreedor, en el plazo de un mes desde el último anuncio del acuerdo, ha ejercitado su derecho de oposición. (Aº 336 LSC y Aº 170.2 RRM). Téngase en cuenta que las acciones que se amortizan han sido adquiridas por compra, según consta en el apartado b) de la exposición, por lo cual no es aplicable el artículo 335.c) de la LSC, cuyo inciso final se reproduce en la disposición 2.ª Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del R.R.M, contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación: (...) Palma de Mallorca, a 13 de enero de 2015».

III

La anterior nota de calificación fue recurrida en plazo por el notario autorizante, don Jesús María Morote Mendoza, en base a la siguiente argumentación: «(...) Los motivos del recurso son los siguientes: Primero.–Aunque el Registrador desglosa en dos números correlativos

los motivos que, a su juicio, impiden la inscripción, lo cierto es que guardan tan estrecha relación que deber ser tratados conjuntamente. En efecto, conviene contemplar, en primer lugar, porque es lo decisivo en este asunto, el último de los comentarios que realiza el Registrador en su calificación: “Téngase en cuenta que las acciones que se amortizan han sido adquiridas por compra, según constar en el apartado b) de la exposición, por lo cual no es aplicable el artículo 335.c) de la LSC, cuyo inciso final se reproduce en la Disposición 2.^ª”. Este reparo procede, evidentemente de una mala comprensión por el Registrador del artículo 335.c) LSC, que dice lo siguiente: “Cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas por la Sociedad a título gratuito. En este caso, el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución del valor nominal de las mismas deberá destinarse a una reserva de la que solo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social”. Se configuran en dicho precepto dos alternativas: 1. Reducción de capital con cargo a beneficios o a reservas libres. 2. Reducción de capital por amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito. Y el supuesto 1 incluye los casos de amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título oneroso, es decir, normalmente, por compra de dichas acciones propias. Eso es obvio, y la ley excluye de la oposición de los acreedores esos supuestos de reducción de capital por adquisición de acciones propias a título oneroso siempre que se constituya una reserva indisponible del mismo importe que el nominal de las acciones amortizadas (o, lo que es lo mismo, la cifra en que el capital ha sido reducido). El Plan General de Contabilidad explica claramente la operativa en tales situaciones al describir el concepto y el movimiento de la cuenta “1142. Reserva por capital amortizado”: «Nominal de las acciones o participaciones de la propia empresa adquiridas por ésta y amortizadas con cargo a beneficios o a reservas disponibles. También se incluirá el nominal de las acciones o participaciones de la propia empresa amortizadas, si han sido adquiridas por ésta a título gratuito. La dotación y disponibilidad de esta cuenta se regirá por lo establecido en el artículo 167.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 80.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, respectivamente. Su movimiento es el siguiente: a) Se abonará con cargo a cualesquiera de las cuentas de reservas disponibles, o a la cuenta 129. b) Se cargará por las reducciones que de la misma se realicen”. El Plan Contable habla de “acciones o participaciones de la propia empresa adquiridas por ésta y amortizadas con cargo a beneficios o a reservas disponibles”; como es natural, para poder amortizar esas acciones propias han de haber sido adquiridas antes por la sociedad, y lo habrán sido por cualquier negocio oneroso, normalmente la compra. En este caso, así ha sido y, al amortizar esas acciones propias, se constituye, como expresamente se hace constar en la escritura de reducción de capital, esta reserva por capital amortizado. Segundo.—Aclarado lo anterior, el obstáculo a la inscripción que observa el Registrador Mercantil y que hay que considerar es si tal reducción debe ser objeto de publicación (artículo 319 LSC). Lo relevante aquí es lo que dispone el último inciso del artículo 335.c) LSC al referirse a la reserva por acciones amortizadas: “reserva de la que solo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social”. Pues aunque el precepto se incluye en un artículo que hace referencia a los supuestos en los que hay exclusión del derecho de oposición de los acreedores, su contenido va claramente más allá si se interpreta de forma finalista y sistemática dentro de la propia ley. Si para disponer de esa reserva se exigen los mismos requisitos que para la reducción de capital, es evidente que sería totalmente redundante y superfluo exigir esos requisitos dos veces, primero cuando se reduce el capital y, después, cuando se pretende disponer de la reservas por amortización de acciones. El espíritu de la ley es claro: si se dota una reserva indisponible por el mismo importe que el capital reducido, no hay perjuicio posible, ni para los acreedores ni para ningún tercero, pues no hay minoración de la garantía patrimonial frente a terceros. Ahora bien, la disminución de la garantía patrimonial sí aparece si la reserva por amortización de capital pretende convertirse por la sociedad en reserva de libre disposición: y es entonces cuando la ley exige que se cumplan los requisitos ordinarios de toda reducción de capital, que habían quedado sin cumplir en el momento de la reducción de capital por

haberse constituido la reserva indisponible. Lo que se desprende claramente de la ley y de la lógica del sistema en ella establecido no es que en tales casos de amortización de acciones propias con cargo a reservas de libre disposición o beneficios haya que cumplir los requisitos formales y de publicidad dos veces, una cuando se produce la reducción de capital y otra cuando se pretenda disponer de la reserva indisponible por amortización de acciones, sino que, dando que no hay riesgo alguno de disminución de solvencia patrimonial o, no se exige el cumplimiento de los requisitos de publicación y de oposición de acreedores, que queda propuesto o diferido al momento en que se pretenda convertir en disponible la reserva por amortización de acciones, que es cuando aflora el eventual riesgo para terceros propio de toda disminución de capital. La solución contraria, es decir, que se exigiera la publicidad de la reducción en el momento de ésta y la aparición del derecho de oposición de los acreedores más adelante, en el momento en que la reservas por capital amortizado se convirtiera en reserva de libre disposición, conduciría a un absurdo: la publicación para conocimiento de los acreedores en un momento dado del tiempo, en el que no puede oponerse a la reducción y el nacimiento del derecho de oposición a la reducción sin que sea necesaria la publicidad, pues ésta habría tenido ya lugar mucho antes, cuando los acreedores no podían oponerse. La intrínseca vinculación temporal entre el momento de la publicación y el momento de aparición del derecho de oposición de los acreedores (o los posibles perjuicios a otros terceros) obliga a que ambas cosas tengan lugar en el momento del tiempo en que se produce el peligro para los terceros (disponibilidad de la reserva por capital amortizado) y no, como pretende el Registrador en momento distintos y pueda que muy alejados en el tiempo, en perjuicio de los acreedores y terceros que la ley intenta proteger».

IV

El Registrador emitió informe en defensa de su nota y formó expediente que elevó a Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 317, 319 (en redacción dada por el artículo 6 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo), 337 y 338 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 170.3 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero y 16 de abril de 1998; 29 de marzo de 2000; 3 de marzo y 20 de noviembre de 2012, y 23 de enero de 2013.

1. Son recurridos dos defectos de los tres observados por el registrador. A ambos, el notario autorizante y recurrente les atribuye un tratamiento conjunto por guardar estrecha relación.

Se refieren, respectivamente, a si es necesario el cumplimiento de los requisitos de publicación del acuerdo de reducción de capital en sociedades anónimas en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en la página web de la sociedad (artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital) así como la constancia en la escritura de la declaración de que ningún acreedor, en el plazo de un mes desde el último anuncio del acuerdo, ha ejercitado su derecho de oposición (artículos 336 de la Ley de Sociedades de Capital y 170.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

Las acciones amortizadas en la reducción de capital –en el que no se discute el cumplimiento del requisito de igualdad de trato, artículo 338.2 de la Ley de Sociedades de Capital– habían sido adquiridas por la propia sociedad por compra.

La escritura indica que se crea una reserva indisponible sin el cumplimiento de los mismos requisitos exigidos para la reducción de capital.

2. Alega el recurrente que la reducción de capital propuesta tiene su cobertura jurídica en el inciso 1.º y no en el 2.º del artículo 335.c) de la Ley de Sociedades de Capital que alude a la reducción de capital con cargo a beneficios o reservas libres. Y que en el plano contable, ya sea por imperativo legal o por un acuerdo de reducción de capital adoptado en la Junta general, se aplicará lo dispuesto al respecto en el Plan General de Contabilidad. Conforme a este el asiento contable reflejaría un cargo en la cuenta de capital, por el importe nominal de las acciones amortizadas, dando de baja la cuenta de acciones propias en situaciones especiales por su saldo, y contabilizando la diferencia en el debe, si el precio de adquisición fuera mayor que el valor nominal, o en el haber, si sucediera lo contrario, en una cuenta de reservas disponibles.

De ello deduce el recurrente una neutralidad en su tratamiento jurídico que impide la aplicación de las normas generales de protección de acreedores, pues siempre sería el impacto indiferente en los intereses de éstos.

3. No obstante lo anterior, desde la perspectiva jurídico-societaria, la Ley de Sociedades de Capital contempla diferentes supuestos y requerimientos ante una reducción de capital. Entre todos los posibles, la legislación española es especialmente cuidadosa en el ámbito de la protección de acreedores. En ese orden, en la sociedad anónima, sin exclusión, la cifra capital cumple, entre los fondos propios, una especial función de retención de activos, coherente con las previsiones de la segunda directiva en materia de sociedades (Directiva 2012/30/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012), tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

4. A lo anteriormente expuesto, la Ley de Sociedades de Capital, en lo que interesa en el presente expediente, en su artículo 335 establece una excepción cuando determina que «los acreedores no podrán oponerse a la reducción en los casos siguientes: (...) c) Cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito. En este caso, el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución del valor nominal de las mismas deberá destinarse a una reserva de la que solo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social».

Cuando la reducción se haga con cargo a beneficios o a reservas libres, sea o no por previa adquisición en autocartera, conceptos que no tienen por qué coincidir ni presumirse, el importe del valor nominal de las acciones amortizadas deberá destinarse a una reserva de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social. Tal reserva, en términos contables, es la denominada reserva por capital amortizado.

En tales supuestos excepcionales, los acreedores no pueden oponerse a la reducción puesto que los beneficios o reservas libres pasarán a ser indisponibles, garantizando la cifra del capital que se reduce. Carece de sentido en tales casos, por tanto, la previsión al efecto adoptada por el artículo 336 de la Ley de Sociedades de Capital.

5. En el presente expediente, en la escritura se manifiesta que se verifica una reducción de capital por amortización de acciones «...mediante traspaso de ese valor de la cuenta de capital a una cuenta de reservas de la que solo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social».

Sin embargo, lo que no queda acreditado en la escritura es que la reducción del capital social se haya realizado precisamente con cargo a reservas o beneficios libres requisito imprescindible para aplicar la excepción prevista en el apartado c) del artículo 335 de la Ley de Sociedades de Capital, a la oposición de los acreedores a la reducción de capital.

También la norma 1142 del Plan General de Contabilidad, Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, cuando determina «1142. Reserva por capital amortizado. Nominal de las acciones o participaciones de la propia empresa adquiridas por ésta y amortizadas con cargo a beneficios o a reservas disponibles...», parte de la premisa de que la amortización de las acciones se realice precisamente con cargo a beneficios o reservas libres.

Queda aún por determinar si pese a no existir derecho de oposición de los acreedores en el supuesto contemplado en el artículo 335.c) de la Ley de Sociedades de Capital se precisa o no la publicación prevista en el artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital cuando dispone que «el acuerdo de reducción del capital de las sociedades anónimas deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un periódico de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio».

Pudiera entenderse, como afirma el notario, que no existiendo derecho de oposición por los acreedores, no es necesaria dicha publicación. Sin embargo, como ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 1 de octubre de 2004, y 3 de junio de 2013), la literalidad del artículo 319 no lo exceptúa y el artículo 324 para el supuesto de reducción del capital por pérdidas, supuesto en el que tampoco existe derecho de oposición por los acreedores (cfr. artículo 335.a) de la Ley de Sociedades de Capital), da por supuesta dicha publicación, cuando dispone que «en el acuerdo de la junta de reducción del capital por pérdidas y en el anuncio público del mismo deberá hacerse constar expresamente la finalidad de la reducción».

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del Registrador en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 7 de mayo de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 8 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de reducción de capital y simultánea transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

En el recurso interpuesto don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Palma de Mallorca, don Eduardo López Ángel, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de reducción de capital y simultánea transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada de la compañía «Anca, Actividades Negocios y Capitales, S.A.».

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Palma de Mallorca, don Jesús María Morote Mendoza, de fecha 22 de diciembre de 2014, con el número 1.218 de protocolo, doña M. I. P. S., como administradora única de la sociedad «Anca, Actividades Negocios y Capitales, S.A.», elevó a públicos los acuerdos adoptados por la junta general universal de fecha 30 de septiembre de 2014, consistentes en la reducción de capital, mediante la condonación de realizar las aportaciones pendientes, por importe de 300,5061 euros por acción y la devolución a los socios de 260,5060 euros por acción; constitución de una reserva por el mismo importe del capital reducido, de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción de capital social, con cargo a reservas voluntarias, y transformar la sociedad en sociedad de responsabilidad limitada, aprobando sus estatutos.

II

La escritura reseñada se presentó en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca el día 22 de diciembre de 2014, siendo objeto de la siguiente nota de calificación: «El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento 227/11851 F. Presentación: 22/12/2014 Entrada: 1/2014/16.093,0 Sociedad: Anca, Actividades Negocios y Capitales SA Autorizante: Morote Mendoza, Jesús María Protocolo 2014/1218 de 22/12/2014 Fundamentos de Derecho (Defectos) 1.–El artículo 54,1 de la Ley sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y A.J.D, –texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, dispone que: «Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en oficina o registro público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, salvo lo previsto en la Legislación Hipotecaria.». Por su parte el artículo 86,1 del R.R.M. dispone que «no podrá practicarse asiento alguno, a excepción del de presentación, si no se ha justificado previamente que ha sido solicitada o practicada la liquidación de los tributos correspondientes al acto o contrato que se pretenda inscribir o al documento en virtud del cual se pretenda la inscripción».–En su consecuencia, falta acreditar la previa autoliquidación del presente documento.–Este defecto tiene el carácter de subsanable. 2.–Falta efectuar la previa

provisión de fondos para la publicación en el Borme de los actos, que, en su caso, se inscriban en este Registro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 426,1, del Reglamento del Registro Mercantil, que dispone que: «La falta de la oportuna provisión tendrá la consideración de defecto subsanable.». 3.–Simultáneamente se lleva a cabo la reducción de capital –parte mediante la condonación de dividendos pasivos y parte mediante restitución de aportaciones a los socios– y la transformación de la sociedad anónima en limitada. Ello plantea el problema de determinar si serán los requisitos de la anónima o los de la limitada los aplicables al caso. Al respecto, la RDGR 16–IX–09, después de reconocer la existencia de posturas doctrinales y de resoluciones contradictorias e incluso neutras sobre esta cuestión, acoge como criterio interpretativo el contenido en el art. 17.2 de la Ley 3-IV-09 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, según el cual habrán de observarse los requisitos específicos de aquellas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el tipo social de destino, en este caso la sociedad limitada. Sin embargo, dado que en la sociedad limitada no se contempla, por ser legalmente imposible, la reducción de capital por condonación de dividendos pasivos, será forzoso aplicar a dicha operación los requisitos previstos para las sociedades anónimas en los arts. 317 y ss LSC, por lo que deberá procederse a la publicación del acuerdo de reducción por exigencia del art. 319 LSC., pues no resulta indiferente para los terceros (acreedores) que se cumplan los requisitos de las anónimas o de las limitadas tal como han declarado las RDGR 20-II-96, 29-III-00 y 23-II-01, y sin que el hecho de que se manifieste en la escritura la inexistencia de acreedores exima de aquella publicación. En cuanto a la reducción de capital por devolución de aportaciones a los socios, a la que deben aplicarse los requisitos previstos para las sociedades limitadas (art. 17.2 de la Ley 3/09 y RDGR 16-IX-09), deben consignarse en la escritura las circunstancias señaladas en el art. 201.3.1.º y 2.º RRM. Se alude en el documento a la constitución de la reserva indisponible prevista en el art 335.c) LSC cuando, según se ha indicado, dicho precepto es inaplicable por referirse a la reducción de capital de las sociedades anónimas sin que concurren tampoco los requisitos previstos para su aplicación. Además, tanto en el punto 3) de la certificación de los acuerdos, como en las «Disposiciones y Estipulaciones» a) de la escritura, se afirma que la reserva prevista en el artículo 335, c) LSC, se constituye por «el mismo importe del capital reducido», incluyendo pues la suma correspondiente a la condonación de dividendos pasivos, supuesto no contemplado en el propio artículo 335 LSC. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R.R.M., contado la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación (...) Palma de Mallorca, a 15 de enero de 2015 El registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, el notario autorizante de la escritura, don Jesús María Morote Mendoza, interpuso recurso sólo en cuanto al tercero de los defectos observados, en virtud de escrito de fecha 11 de febrero de 2015, en el que alega lo siguiente: Que, dado que el registrador asume en la nota de calificación la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 16 de septiembre de 2009, que aplica, en los supuestos de transformación con simultánea modificación de otros aspectos de los estatutos, las disposiciones que rijan el nuevo tipo social, resulta incongruente y contradictorio que exponga como motivo de denegación el incumplimiento de los requisitos exigidos a las sociedades anónimas, cuando lo que se realiza es una transformación de sociedad anónima en sociedad limitada; Que, tratándose de una sociedad anónima con dividendos pasivos pendientes, para reducir capital y transformarse en limitada, si se transforma primero y luego reduce capital, entonces la limitada tendría dividendos pasivos pendientes, lo que es imposible por ilegal en esta forma societaria. Pero si la sociedad anónima reduce primero el capital y después se transforma, también sería ilegal, porque entonces la anónima tendría que reducir su capital por

debajo del límite legal; Que el registrador opta por considerar que hay primero una reducción de capital de una sociedad anónima, parte por condonación de dividendos pasivos, y parte con pago a los socios en efectivo, y luego, la transformación, pero ello es imposible y no podría darse publicidad a un acuerdo que infringe de forma flagrante el artículo 5.1 de la Ley de Sociedades de Capital; Que hay que considerar la operación en su conjunto, salvándose todos los obstáculos cuando, como en el presente caso, se han preservado todas las garantías de acreedores mediante la constitución de una reserva indisponible, quedando el patrimonio de garantía incólume, debiendo cumplirse los requisitos de la reducción en el momento en que la sociedad quiera convertir las reservas de garantía de capital amortizado en reservas de libre disposición, situación contemplada en los artículos 332 de la Ley de Sociedades de Capital (para sociedades limitadas) y 335 de la Ley de Sociedades de Capital (para sociedades anónimas); Que el registrador parece no comprender el sentido y al finalidad del artículo 335.c) de la Ley de Sociedades de Capital, que puede incluir todo tipo de restituciones a los socios con cargo a beneficios o reservas libres, ya sea metálico, compensación de deuda (dividendo pasivo), con crédito (derecho a percibir una parte del haber social), excluyéndose por la Ley el derecho de oposición siempre que se haya dotado la reserva recogida en tal artículo, y Que el Plan General de Contabilidad explica la operativa al describir el concepto y movimiento de la cuenta «1142. Reserva por capital amortizado». No hay obstáculo para que la sociedad, aunque revista una nueva forma societaria, la de sociedad limitada, si disponía de una reserva indisponible por capital amortizado en el momento de la transformación, siga manteniendo dicha reserva en su balance. Y para disponer de la reserva creada de conformidad con el artículo 335.c) de la Ley de Sociedades de Capital será preciso cumplir los mismos requisitos que para la reducción de capital, por lo que sería redundante y superfluo exigir esos requisitos dos veces, primero cuando se reduce el capital y, después, cuando se pretende disponer de la reserva. Lo que se desprende de la ley es que, dado que no existe riesgo de disminución de solvencia patrimonial, no se exige el cumplimiento de los requisitos de publicidad y de oposición de acreedores, que queda pospuesto al momento en que se pretenda convertir en disponible la reserva. La intrínseca vinculación temporal entre el momento de la publicación y el momento de aparición del derecho de oposición de los acreedores obliga a que ambas cosas tengan lugar en el momento del tiempo en que se produce el peligro para los terceros.

IV

El registrador emitió informe el día 12 de febrero de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 10, 11.2, 17 y 19 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; 4, 5, 56.1.g), 57.3, 78, 217, 318, 319, 331, 332 y siguientes, 343 y 345 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 6, 18, 94.13.º, 95.4, 201, 202, 379 y 384 del Reglamento del Registro Mercantil; el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 1994, 14 de julio de 1995, 2 y 20 de febrero de 1996, 3 de septiembre y 30 de octubre de 1998, 29 de marzo de 2000, 23 de febrero de 2001, 14 de marzo de 2005, 16 de septiembre de 2009 y 3 de junio de 2013.

1. Se debate en el presente recurso si puede inscribirse una escritura en la que se elevan a públicos acuerdos de una sociedad anónima, adoptados en una misma junta por los que, en primer lugar, se reduce el capital social mediante condonación de dividendos pasivos y restitución de aportaciones sociales, reducción que no se ha publicado en la forma prevista por el artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital, y, a continuación, se transforma la sociedad en sociedad de responsabilidad limitada.

2. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de modificaciones estructurales de 3 de abril de 2009, y ante la falta de precisión en este punto de la legislación anterior, ya se había planteado qué disposiciones habrían de ser aplicables, si las relativas a las sociedades anónimas, o las relativas a las sociedades limitadas cuando, acordándose la transformación de un tipo social en otro, se acompañaba con otras modificaciones estatutarias no estrictamente necesarias para el cambio de tipo social y, singularmente, el régimen aplicable a aumentos y reducciones de capital acordados con simultaneidad. Al respecto, la Resolución de esta Dirección General de 5 de mayo de 1994 examinando una transformación de sociedad anónima en sociedad colectiva, en la que, además del cambio de forma social, se modificaba el objeto de la compañía, entendió no ser necesarias las publicaciones exigidas por el artículo 150 de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas, considerando aplicable la normativa del tipo social resultante. En la misma línea la Resolución de 2 de febrero de 1996 en una transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, no ajustándose el balance incorporado a la escritura, en su estructura formal, a lo preceptuado entonces por los artículos 175 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, entendió este Centro Directivo que la anomalía denunciada no impedía la inscripción. No cabe adscribir a una u otra corriente la doctrina mantenida por las Resoluciones de 20 de febrero de 1996 y 29 de marzo de 2000, que para un supuesto de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, existiendo acciones de la anónima pendientes de desembolsar en su totalidad, no admitió la aplicación del régimen de la forma social de destino, pero la razón determinante fue que el desembolso íntegro del capital social es un requisito para la válida constitución de la sociedad limitada (artículo 4 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Por su parte, la Resolución de 23 de febrero de 2001, en un caso particular, de transformación de sociedad anónima en limitada, en el que inmediatamente después del acuerdo correspondiente se adopta otro de reducción de capital con restitución de aportaciones a los socios, consideró que el sistema de garantía de acreedores aplicable era el propio de la forma social de origen, es decir, el que se articulaba mediante el derecho de oposición previsto en el artículo 166 de la Ley de Sociedades Anónimas. La Resolución de 16 de septiembre de 2009, aplica ya a la reducción por restitución de aportaciones y aumento de capital, los preceptos reguladores de la sociedad de responsabilidad limitada, acogiendo como criterio interpretativo el de la Ley de modificaciones estructurales de 3 de abril de 2009, pese a que los acuerdos adoptados eran anteriores a su entrada en vigor.

La vigente Ley de modificaciones estructurales se ha encargado ya de puntualizar, en su artículo 17.2 que «cuando la transformación vaya acompañada de la modificación del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos, habrán de observarse los requisitos específicos de esas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social». Por tanto, y en principio, toda modificación de capital que acompañe una transformación ha de someterse al régimen de la sociedad de destino. Ello no obstante, no es aplicable para las reducciones que, con carácter obligatorio y previo deban de llevarse a cabo a los efectos de eliminar los desembolsos de acciones pendientes de realizar, como consecuencia de que en la sociedad de responsabilidad limitada las participaciones han de estar íntegramente desembolsadas en el momento de otorgar la escritura de constitución, y, por ende, la de transformación, que ha reunir los requisitos y formalidades establecidos en

el régimen de la sociedad que se transforma, y todo ello bajo sanción de nulidad (artículos 56.1.g), 57.3 y 78 de la Ley de Sociedades de Capital y 10 de la Ley de modificaciones estructurales). Este principio se formula ahora en el artículo 11.2 de la Ley de modificaciones estructurales, el cual establece que «si el tipo social en que se transforma la sociedad exige el desembolso íntegro del capital social, habrá de procederse al desembolso con carácter previo al acuerdo de transformación o, en su caso, a una reducción de capital con finalidad de condonación de dividendos pasivos», es decir, obliga a la sociedad a una actuación previa a la transformación, dirigida a eliminar la pendencia del desembolso, ya sea por su pago, ya sea mediante la reducción de capital por el importe correspondiente.

En el presente supuesto el acuerdo societario de reducción de capital se adopta como único, si bien con una doble finalidad: la condonación de dividendos pasivos y la restitución de aportaciones a los socios y se adopta en la misma junta que, como acuerdo siguiente, decide la transformación de la sociedad de anónima en limitada. Por ello, y teniendo en cuenta los criterios legales, se hace preciso examinar separadamente los dos conceptos de reducción, ya que, aunque concebida como operación única, engloba dos distintas finalidades (artículo 317 de la Ley de Sociedades de Capital), lo cual no puede rechazarse: en base a la libre autonomía societaria para la consecución de los fines sociales, pueden llevarse a cabo «reducciones mixtas» que combinen varias modalidades.

3. La reducción con la finalidad de condonar la obligación de realizar las aportaciones pendientes se lleva a efecto por la junta de la sociedad «Anca, Actividades Negocios y Capitales, S.A.», con carácter previo al acuerdo de transformación, tal y como establece el artículo 11 citado, resultando de ello que dicha reducción ha de acomodarse a los requisitos que para tal clase de minoración de la cifra de capital impone la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades anónimas, hecho que señala el registrador y que no es discutido por el notario recurrente. El motivo de su discrepancia se centra en si puede realizarse, en el presente caso, la constitución de la reserva indisponible regulada por el artículo 335.c) de la Ley de Sociedades de Capital, excluyéndose por tanto el derecho de oposición de los acreedores (como sostiene el notario) o la reducción por condonación de aportaciones pendientes es supuesto no contemplado por dicho artículo 335.c), que resultaría inaplicable (como consta en la nota del registrador). Ha de tenerse en cuenta que la rebaja del capital con la finalidad de condonar dividendos no desembolsados (ya se entienda como novación del contrato de suscripción o como compensación de créditos: el que la sociedad detenta frente al accionista por la aportación comprometida con el que el accionista adquiere frente a la sociedad en razón de la restitución de aportaciones), implica un auténtico desplazamiento patrimonial al suponer la cancelación, sin contraprestación alguna, de la de la deuda que el accionista tiene contraída con la sociedad por el concepto dividendos, siendo la partida que figurará en el balance «socios por desembolsos no exigidos» (cfr. Cuenta 103 del Plan General de Contabilidad), y que habrá de rebajarse en la cifra condonada. Pertenece, por tanto, a la categoría de las reducciones reales o efectivas, tanto como lo es la reducción con restitución de aportaciones: si el capital se nutre con las aportaciones, realizadas o comprometidas, de los socios, tanto la restitución de aquellas que ya ingresaron en el patrimonio societario, como la desaparición del crédito que determinaba su futura exigibilidad, obliga a la modificación, a la baja, del capital por los importes correspondientes. Ahora bien, cuando los fondos que se utilizan para la restitución o para compensar la desaparición del crédito que ha de figurar en el activo, no proceden del patrimonio vinculado (capital), sino del patrimonio libre (beneficios o reservas libres), nos hallamos ante lo que la Ley denomina «reducción con cargo a beneficios o reservas libres» (artículo 335.c). La denominación utilizada por el legislador (que no ha variado desde la primitiva Ley de Sociedades Anónimas de 1951), queriendo ser abreviada, ha podido inducir a una cierta confusión, siendo la expresión resumida de un fenómeno más

amplio de reducción de capital por amortización, total o parcial, del valor nominal de las acciones rescatado con fondos procedentes de reservas libres o de beneficios pendientes de asignación. Pero como la disminución de la cifra de capital determina la minoración de la cifra de retención de activos en el patrimonio social, la ley establece una medida especial de los acreedores alternativa al reconocimiento del derecho de oposición (artículo 334), exigiendo la constitución de una reserva por el importe del valor nominal de las acciones amortizadas (o la disminución de su valor nominal). Esta reserva tiene un régimen de protección especialmente reforzado ya que sólo cabe disponer de ella con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social. De lo expuesto resulta que nada obsta a la aplicación del artículo 335.c) al supuesto de rebaja del capital por condonación de dividendos, dotándose, al tiempo, la reserva indisponible que el propio artículo preceptúa, «reserva por capital amortizado», con cargo a las reservas libres o beneficios, y por la cuantía de los dividendos condonados (cfr. Cuenta 1142 del Plan General de Contabilidad).

Una vez así dotada la reserva, transformándose la sociedad anónima, se mantendrá en el balance de la naciente limitada: independientemente del origen de la reserva, lo determinante es su vínculo de indisponibilidad. Y tal indisponibilidad no podrá ser alterada sino previo el cumplimiento de los requisitos pertinentes. Una vez inscrita la transformación adquiere ésta toda su eficacia (artículo 19 de la Ley de modificaciones estructurales) tanto en cuanto a los socios como respecto de terceros, quedando la sociedad sujeta, en todos sus aspectos, a las normas reguladoras de la forma social resultante de la transformación, incluidos los sistemas que, en protección de acreedores, estén establecidos. La peculiaridad que plantea el supuesto es que, habiéndose dotado la reserva de conformidad con las disposiciones de la anónima (en cuyo caso su futura disposición, como anónima, estaría condicionada a los mismos requisitos que la reducción, es decir, publicación del acuerdo de la junta y derecho de oposición de acreedores en los términos del artículos 318, 334 y 335 de la Ley de Sociedades de Capital), la pretensión de disponer de ella habrá de regirse por las normas de la sociedad limitada, que no son coincidentes. Pero, en este caso, dado que tanto por aplicación del artículo 335, como por la expresa voluntad de la junta de someter la futura recalificación de la reserva a los mismos requisitos de la reducción, bien pudiera entenderse que, llegado el día, la disposición de la reserva precisaría acuerdo de la junta (como la reducción), surgiendo entonces la responsabilidad solidaria de los socios, cuya identidad, a tales efectos, debería de constar para un eventual reflejo del acuerdo en el Registro Mercantil (artículo 331.4 de la Ley de Sociedades de Capital), previo el otorgamiento de la escritura correspondiente (artículo 95.4 del Reglamento del Registro mercantil). Como la constitución de la reserva indisponible ha de hacerse constar, en su caso, en la inscripción de la reducción de capital (artículos 201 y 202 del Reglamento del Registro Mercantil), el acuerdo sobre su disponibilidad supone un acto que modifica el contenido del asiento practicado (artículo 94.13.º del Reglamento), y en tal sentido susceptible de reflejo registral. Para obviar tal responsabilidad solidaria, los socios de la limitada podrían acudir, bien a la publicación o notificación del acuerdo, en los términos del artículo 333 de La Ley de Sociedades de Capital, si ello estuviera previsto en los estatutos, bien constituir (o más bien «traspasar») la reserva creada como indisponible ex artículo 335, a reserva indisponible ex artículo 332.

4. La consecuencia inmediata, de presente, de la actual dotación de la reserva indisponible en base al artículo 335 (o mejor dicho, de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción de capital), es la exclusión del derecho de oposición de los acreedores, dado que la cifra que cuantifica el deber de retención patrimonial no disminuye, al producirse un traspaso de recursos propios de libre disposición a recursos propios de disponibilidad restringida.

Cuestión distinta es si, no existiendo tal derecho de oposición, la reducción ha de ser o no publicada, tal y como ordena el artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital. Tal publicación se estima necesaria si se tiene en cuenta: 1.º El carácter autónomo e incondicionado de la publicación de la reducción de capital respecto de la existencia o no de derecho de oposición. Este Centro Directivo tiene desde siempre establecido que deberán publicarse los anuncios del reducción de capital social en anónimas aunque la reducción sea de las que no conceden derecho de oposición como acontece en las nominales o por pérdidas (vid. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 julio de 1995, 3 de septiembre y 30 de octubre de 1998, 14 de marzo de 2005 y 3 de junio de 2013; 2.º Tanto la Ley de Sociedades de Capital como la Ley de modificaciones estructurales, en atención a la tutela del derecho de los acreedores de la sociedad que adopta un determinado acuerdo social inscribible, impone a ésta ciertos deberes de publicación legal del hecho mismo de la adopción del acuerdo y de su contenido. La publicación en interés de acreedores surte los efectos de «mera publicidad-noticia» cuando el legislador, por las razones que sean, considera conveniente ampliar los instrumentos de publicidad legal velando por el derecho de los acreedores a ser informados y en atención a la trascendencia del acuerdo social en cuestión, aunque estemos ante mecanismos de «protección débil» sin reconocimiento del derecho de oposición (Resolución de 3 de junio de 2013), y 3.º No serle indiferente al acreedor, en este caso concreto, la minoración de la cifra de capital aunque se halle compensada por la creación de una reserva indisponible, toda vez, que, como ha quedado expuesto, y como consecuencia de la subsiguiente transformación de la sociedad en limitada, variarán los mecanismos de tutela en garantía de sus derechos.

5. Por lo que hace a la reducción de capital por restitución de aportaciones, el criterio establecido por el artículo 17.2 de la Ley de modificaciones estructurales es claro: acompañándose la transformación de anónima en limitada de una reducción con tal finalidad, las normas aplicar son las de la sociedad de destino. En principio, debería de constar la identidad de los socios que perciben las cantidades restituidas, así como el importe entregado a cada uno de ellos, a efectos de la responsabilidad solidaria contraída, o, para excluirla, que hubiesen dotado con cargo a beneficios o reservas libres, otra, de carácter indisponible, por el plazo de cinco años desde la publicación de la reducción en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», no amparando, en este caso, en los estatutos, la posibilidad de aplicar el mecanismo del artículo 333.

No obstante, en este supuesto concurren las siguientes y muy especiales circunstancias, a saber: 1.º Que la reducción por restitución de aportaciones se acuerda como parte de una única «reducción mixta», en parte con esa finalidad y en parte por condonación de dividendos, reducción esta última que ha de someterse a los requisitos de la sociedades anónimas como queda expuesto en el anterior considerando; 2.º Que el capital, como resultado de tal única reducción queda fijado en cifra inferior al mínimo legal; 3.º Que, aunque en la misma junta, la reducción se acuerda con carácter previo a la transformación en limitada; 4.º Que la transformación constituye una de las opciones contempladas por los artículos 343 y 345 de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reducción en un solo acto del capital por debajo del mínimo legal, y 5.º Que se dota una reserva indisponible por la cuantía reducida que, si bien no es la contemplada por el artículo 332 es, incluso, más robusta que aquélla, dado que, expresamente, la voluntad societaria somete su futura disposición al cumplimiento de los requisitos de la reducción, de modo que no pasará a constituir recurso disponible por el sólo transcurso de los cinco años señalados por el artículo 332 –o menor si se dan las circunstancias en él señaladas–, sino que obligará a reproducir los mecanismos de tutela de los acreedores en el momento en que la junta acuerde su voluntad de disponer de ella. A la vista de todo ello, y considerando el conjunto y estructura de los acuerdos adoptados, y en especial, la unicidad de la reducción, que engloba los dos distintos conceptos, se entiende

que es posible su inscripción, puesto que no implica merma alguna de los derechos de los acreedores.

No quiere decirse con ello que sea optativo, con carácter general, para las sociedades limitadas, el dotar una u otra reserva ni elegir su régimen de indisponibilidad: los preceptos que regulan la creación de la reserva y sus condiciones, como medio de excluir la responsabilidad solidaria de los partícipes, son de carácter imperativo. Sólo quiere decirse que en el especial supuesto planteado: acuerdo único de «reducción mixta» previo a un acuerdo de transformación, transformación que deriva también de la imperatividad de los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital (artículos 343 y 345) que no permiten la disminución de la cifra de capital por debajo del mínimo legal –ni su inscripción–, si no se acompaña de la pertinente transformación o aumento, la interconexión de ambos acuerdos y su simultaneidad en la misma junta, y la expresa voluntad de someter la disponibilidad de la reserva creada a los mismos requisitos que la reducción, no existe perjuicio alguno respecto de terceros en general y acreedores en particular, no mereciendo su rechazo.

Por otra parte, quedando sometida la reducción por restitución de aportaciones, por voluntad de los socios y por la propia estructura de los acuerdos adoptados, a las disposiciones legales que regulan la sociedad anónima, debe entenderse que también es precisa la publicación del acuerdo de reducción, de conformidad con el artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital, por iguales argumentos y razonamientos que los señalados, en el considerando anterior, para la reducción por condonación de dividendos pasivos. De igual modo, los problemas y posibles soluciones derivados de una futura voluntad de disposición de la reserva, son los ya expuestos en el anterior considerando.

6. En base a todo lo expuesto, se revoca parcialmente la calificación del registrador, en los términos que resultan de todo lo precedentemente expuesto, de modo que cabe la inscripción del documento siempre y cuando, y en aplicación del artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital, se acrediten las publicaciones de la reducción acordada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la nota de calificación del registrador, salvo en lo relativo a la necesidad de publicación del acuerdo de reducción, de conformidad con el artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 8 de mayo de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.

Resolución de 28 de mayo de 2015, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, por la que se acuerda la remisión del expediente administrativo correspondiente al recurso contencioso-administrativo 128/2015, interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y se emplaza a los interesados en el mismo.

Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia se ha interpuesto por la Central Sindical CC. OO. el recurso contencioso-administrativo número 128/2015 contra la Resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, de 30 de enero de 2015, por la que se ofertan puestos de trabajo genéricos en la nueva oficina judicial de Murcia en la fase de reordenación de efectivos, con motivo de la adecuación de las relaciones de puestos de trabajo a la nueva dotación básica de las unidades procesales de apoyo directo.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa, se acuerda remitir al Tribunal el expediente administrativo correspondiente al citado recurso y emplazar a los interesados en el mismo, para que puedan personarse como demandados, si a su derecho conviene, ante el referido Tribunal, en el plazo de nueve días, siguientes a la publicación de la presente resolución.

Madrid 28 de mayo de 2015.–El Director General de Relaciones con la Administración de Justicia, Ricardo Gonzalo Conde Díez.