

LaNotaría

Número 1-2 | 2017

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

El control de transparencia y las cláusulas abusivas, a debate

Aprobado el Libro VI del Código Civil de Cataluña

«El Notariado va indefectiblemente a potenciar el carácter público de su función»

Entrevista a José Marquenho

PRESIDENTE DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

TRIBUNA

Pedro José Vela Torres
 José Luis Bonet Ferrer
 José Corral Martínez
 Jesús Fuentes Martínez/
 Marta Fuentes Blanco
 Ramón Vázquez García
 Antonio Longo Martínez

PRÁCTICA

La representación gráfica
 georreferenciada: primeros meses
 de aplicación
 de la Ley 13/2015

DOCTRINA

¿Se ha modificado la naturaleza jurídica de la función notarial por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria?
 Impuesto municipal de plusvalía y ausencia de incremento de valor de los terrenos transmitidos
 Coexistencia de derechos civiles en España
 Cuatro décadas de legislación sobre conflictos familiares

SERÁ TU PRIMERA REFERENCIA DE CONSULTA

NOVEDAD



iQMEMENTO NOTARIOS LEFEBVRE

Presentamos iQM Notarios, una aplicación diferente, eficaz y específica para tu profesión, que incluye:



Los Mementos Francis Lefebvre: garantía de acceso inmediato a soluciones rigurosas y de directa aplicación. Mementos: Fiscal, Sociedades Mercantiles, Sucesiones y Transmisiones (Fiscal), Familia, Sucesiones (Civil).



Los Formularios Prácticos de Sociedades Anónimas y Limitadas, con todos los documentos necesarios para cada operación, incluidas las escrituras públicas.



Una **base de datos jurídica que te ofrece todos los fundamentos** que respaldan las soluciones propuestas: normas, sentencias, resoluciones administrativas, etc.



Y además es **multisoporte**, consulta la información en cualquier momento y lugar.

SOLICITA MÁS INFORMACIÓN

91 210 80 00

clientes@lefebvreelderecho.com

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consejo de redacción:

Víctor Javier Asensio Borrellas, Leticia Ballester Azpitarte, Víctor Esquirol Jiménez, Pablo Gómez Clavería, Jesús Gómez Taboada, Antonio Longo Martínez, Susan Marsinyach Calvet

Consejo editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luelmo (*U. de Valladolid*), Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*), Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*), Jacinto Gil Rodríguez (*U. del País Vasco*), José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*), Sergio Llebaría Samper (*Esade-URL*), Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*), José María Miquel González (*U. Autónoma de Madrid*), Susana Navas Navarro (*U. Autónoma de Barcelona*), Pablo Salvador Coderch (*U. Pompeu Fabra*), Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*), Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*), Francisco Vicent Chuliá (*U. de Valencia*), Roberto Follía Camps (*Notario - RALJC*), José Antonio García Vila (*Notario*), Ildefonso Sánchez Prat (*Notario*), Josep M.ª Valls Xufré (*Notario*), M.ª Angels Vallvé Ribera (*Notario*)

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión por Lefebvre-El Derecho

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

Todos los derechos reservados.

Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 *Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya*

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en www.notariosdecataluña.org

lanotaria@catalunya.notariado.org

Viviendas de protección oficial: pretendida validez de la venta con sobreprecio

Entre las cuestiones recurrentes, y problemáticas, en el quehacer diario notarial, está concretar la legislación aplicable en las viviendas de protección oficial (aunque ello solo sea el primer paso para luego desgranar su contenido y su integración con el resto del Ordenamiento jurídico), e incluso a las ya más exactamente denominadas viviendas protegidas, pues no siempre concurren los requisitos para poderlas incluir dentro de la estricta categoría de VPO, aunque sí gocen de protección y tengan también sus propias limitaciones.

Dentro de la legislación aplicable son varias las cuestiones que, a día de hoy, no están todavía claras, o incluso aunque alguna lo parezca estar (al menos, jurisprudencialmente), es, desde luego, harto discutible que así pueda seguir siendo, y, singularmente, debe determinarse quién, cómo y con qué precio puede adquirir. El notario debe velar –además de informar– porque el contrato de transmisión o de hipoteca de estas VPO se ajuste estrictamente a la legalidad, al margen de la solución concreta, pues esa es su misión, salvo cuando sienta doctrina legal, de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así, lo primero será concretar el grupo normativo (o conjunto de disposiciones de distinto rango normativo que las regula) al que pertenece la vivienda (o local, aunque éste no tiene prácticamente limitaciones), tal que el Reglamento de 1968, legislación de VPO del 78, LAU'94 y, singularmente, legislación autonómica concreta. Y, además, concretar si es de promoción pública o privada, del régimen general o especial (según los distintos planes de vivienda), o, incluso, vivienda de precio tasado (con sus limitaciones, durante diez o cinco años), la cuestión es trascendente pues no todas tienen el mismo plazo de duración (50, 30, etc.), ni todas son susceptibles de descalificación durante su vigencia (por lo que mal pueden –las de promoción pública o ciertas autonómicas– venderse a precio libre o decir que así se hace pues se solicitará la descalificación y que el vendedor asume los gastos y reintegros a la Administración). Unido a que también es discutido (doctrina vs. jurisprudencia registral) si para oponerse a terceros –o entre las partes contratantes– es necesario que la calificación definitiva conste en el Registro de la Propiedad o si, como limitación que sería del dominio, se crea un estatuto de propiedad especial que sería oponible incluso sin inscripción (cfr. RDGRN de 26 de abril de 2014).

No acaban ahí las cosas pues la jurisprudencia, del propio TS, parece haber utilizado diversas soluciones –sin duda adecuadas al caso concreto, pero de las que resulta difícil extraer, como incluso ha reconocido, una línea jurisprudencial clara–, así para la disolución de gananciales o partición de herencia (STS 252/2008, de 4 de abril), que se inclina por la limitación del precio (habrá que estar pues al tiempo que aún falte para caducar –que no descalificar– su plazo para fijar el posible precio o valor); para la renta (STS de 25 de marzo de 2011, rec. 1268/2006), y aún dentro de la renta, antes y después de la entrada en vigor de la LAU'94, en concreto su Disposición Adicional 1ª, al efecto, STS de 14 de mayo de 2009 (rec. 1907/2004). Y siendo la renta un porcentaje del precio, cabe preguntarse si no debería extenderse idéntica jurisprudencia para el precio, siquiera sea por reconocer expresamente la nulidad parcial de la sobre-renta; sin perjuicio de haber –por razón de la propia naturaleza de la transmisión– supuestos excluidos de la limitación, así la RDGRN de 12 de diciembre de 2007, y ya antes el Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de 30 de julio de 1990, para las subastas, aunque, debe también recordarse que la RDGRN de 21 de noviembre de 2013, admite el precio máximo como valor de tasación.

La cuestión, sin embargo, es si realmente puede hablarse de validez –civil- de la venta con sobreprecio, y si el art. 6.3 CC es el más adecuado de aplicar, al efecto de pretender su validez pues lo que corresponderían son sanciones administrativas, lo que de otra parte tampoco justificaría la autorización notarial con sobreprecio (aunque en no pocos casos lo que sea es la elevación a público de un documento privado).

La RDGRN de 24 de abril de 2017, ya precisa que “hay que señalar que ni la legislación estatal ni la autonómica consideran la venta de una vivienda de protección oficial con sobreprecio contrato nulo, sino que únicamente está previsto un régimen sancionador [...], para seguir afirmando que] «es doctrina reiterada y consolidada de esta Sala [Sala 1ª del TS], que los contratos de compraventa de Viviendas de Protección Oficial, en los que las partes fijan libremente un precio superior al oficial no son nulos, puesto que tal sanción de nulidad, no aparece prevista en la legislación específica de este tipo de viviendas, siendo la existencia de sobreprecio, únicamente determinante de sanciones administrativas y pérdida de beneficios; del mismo modo, no es procedente, dice reiterada Jurisprudencia, sostener la nulidad parcial de la cláusula, puesto que el precio pactado fue el decisivo para el acuerdo de voluntades» (Sentencias de 16 de julio de 2001, 19 de noviembre de 2002 y 12 de diciembre de 2007, entre otras)”.

A estas afirmaciones de la validez del sobreprecio, en esencia, fundadas en el art. 6.3 CC, a que también alude la RDGRN de 14 de julio de 2012, cabría oponer que, en efecto, fue relevante la STS 1348/2007, de 12 de diciembre de 2007, para admitir la validez civil, como también se ha rechazado la posible aplicación del art. 1484 CC, pero esta afirmación, de la validez civil con la correspondiente sanción administrativa o descalificación (que sería imposible en las de promoción pública), no puede admitirse como jurisprudencia consolidada, basta ver la ya citada. Además, la validez civil vendrá determinada por las reglas del propio CC, pues la legislación de VPO (aunque se entienda que es administrativa) sí fija un precio máximo, y, por tanto, no puede únicamente estarse a que se prestó el consentimiento a ese concreto precio, pues el CC, y como normas más específicas que el art. 6.3 CC, tiene el art. 1255 CC, que pone el límite de la ley –y aquí sí debería tenerse presente el precio máximo, pues lo contrario es autorizar una escritura fuera del límite de la ley-. Pero no es solo ello, es que también está el orden público económico, que es el que se establece a través del precio máximo, en las VPO como en tantos otros ámbitos, y, además, por si ello fuere poco –y cabría reiterar que sin que haya todavía una jurisprudencia consolidada- la validez del contrato exige junto al consentimiento, que el objeto esté en el comercio, cfr. art. 1271,1 CC, y, desde luego, las VPO lo están parcialmente, en cuanto a la libertad de precio y los sujetos que puede adquirir –VPO de promoción pública y del régimen especial- y, cabría concluir, aunque ello sea de más difícil control notarial, que cabría hablar de error invalidante del consentimiento, pues qué duda cabe que el régimen jurídico, como son todas las limitaciones inherentes al régimen de VPO, afecta a la sustancia de la cosa, art. 1266, no puede creerse haber adquirido una vivienda libre cuando se ha adquirido una VPO, y, sin duda, el consentimiento se ha prestado –muchas veces en documento privado, otras en las arras, etc.- a la adquisición de una vivienda libre no de una VPO. Por tanto, la nulidad parcial parece solución más coherente, lo contrario va directamente contra el orden público económico.

Para concluir no cabe olvidar las más recientes medidas de derechos de adquisición preferente sea por el régimen autonómico de la vivienda o por razón del título –subasta judicial- de adquisición. La problemática no solo se da aquí, pues ya en ordenamientos foráneos próximos se ha contemplado el pacto anti-especulación, cfr. árret Cass. civ. 3e, de 23 septembre 2009, a través de los pactos de preferente adquisición, con el fin de preservar la propiedad tanto en el ámbito material (CEDH, art. 1. Prot. Nº 1), como en el ámbito temporal, junto a que se trata, también, en nuestro Derecho del constitucional derecho a la vivienda.

FE DE ERRATAS:

En el número 2-3/2016 se publicó, por error de impresión, tanto en portada como en el artículo de la página 34 “Poder judicial vs Poder concebido en términos generales” cuando debería haber dicho “Poder notarial vs Poder concebido en términos generales”.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Viviendas de protección oficial: pretendida validez de la venta con sobreprecio
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- Control judicial de condiciones generales en contratos bancarios. Una visión jurisprudencial
Pedro-José Vela Torres 7
- El papel clave de la empresa para el progreso de España
José Luis Bonet Ferrer 21
- ANCERT, al servicio de los notarios
José Corral Martínez..... 26
- A propósito de la jurisdicción voluntaria y la Llei 3/2017 (interrogatio in iure, acuerdos alcanzados tras el cese de la convivencia de uniones estables, y alguna cosa más...)
Jesús-Julián Fuentes Martínez y Marta-Estela Fuentes Blanco 29
- Ponga un algoritmo en su vida. Blockchain, Bitcoin, Fintech y otros barbarismos al uso
Ramón Vázquez García 36
- Sobre el libro VI del Código Civil de Cataluña. La compraventa (I)
Antonio Longo Martínez 42



Entrevista

- «El Notariado va indefectiblemente a potenciar el carácter público de su función»
José Marqueño de Llano 46



Doctrina

- ¿Se ha modificado la naturaleza jurídica de la función notarial por la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria?
Elías Campo Villegas 53
- Impuesto municipal de plusvalía y ausencia de incremento de valor de los terrenos transmitidos
Benjamín Górriz Gómez 60
- La coexistencia de derechos civiles en España. Criterios de aplicación
Adolfo Lucas Esteve 68
- Cuatro décadas de legislación sobre conflictos familiares
José Manuel Vara González 83



Internacional

- Los poderes extranjeros y el papel de la DGRN en la defensa del Sistema de Seguridad Jurídica Preventiva
Ramón Doria Bajo 88



Práctica

- La representación georreferenciada: primeros meses de aplicación de la Ley 13/2015
Antonio Longo Martínez 90



Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Lefebvre-El Derecho..... 107
- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Víctor Esquirol Jiménez..... 112



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad
Fernando Agustín Bonaga 117
- Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez..... 164



Bibliografía

- "La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales" 172
- "La compraventa con pacto de supervivencia" 174



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 176

Control judicial de condiciones generales en contratos bancarios. Una visión jurisprudencial ⁽¹⁾



Pedro-José Vela Torres
Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo

I. CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES. CONTROL DE OFICIO Y SUPERACIÓN DE OBSTÁCULOS PROCESALES

El desarrollo jurisprudencial de la Directiva 93/13/CEE llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha supuesto una auténtica revolución en el tratamiento procesal de los procedimientos judiciales españoles sobre contratos en los que es parte un consumidor. Sobre todo, en tres facetas: el control de oficio que deben efectuar los tribunales; la relativización de los cauces procesales ordinarios; y la incidencia de las resoluciones del TJUE sobre la eficacia de las normas de Derecho nacional.

Control de oficio

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha de-

clarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello», por varios argumentos básicos:

A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso BANESTO contra Joaquín Calderón Camino): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse

mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro): «...dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores...».

La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del

TJUE permiten que el juez –aun sin alegación de las partes– realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 –VB Pénzügyi Lízing– apartado 56; de 14 de junio 2012 –Banco Español de Crédito S.A.– apartado 44; de 21 de febrero de 2013 –Banif Plus Bank Zrt– apartado 24; y de 14 marzo 2013 –Mohamed Aziz– apartado 4).

La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos

Remoción de obstáculos procesales

Como resalta la STS 705/2015, de 23 de diciembre, en esta materia se siguen las pautas marcadas en el auto de 6 de noviembre de 2013 (Roj: ATS 10482/2013), que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones deducido contra la sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo. La Sala 1ª partió de la base de que en dicha sentencia, el apartado 130 de sus fundamentos jurídicos establecía que:

«[e]n la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas». Y sobre dicha base, el mencionado auto recordó que «[l]a correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de

las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo “iura novit curia” [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia núm. 365/2013, de 6 de junio)».

Desde este punto de vista, lo importante es que las partes, sobre todo las demandadas, puedan defenderse, por lo que deben extremarse las garantías de los principios de audiencia y contradicción.

En la práctica de estos últimos años, las entidades financieras han alegado que el control de transparencia fue una innovación introducida por la jurisprudencia en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo; y que en procedimientos entablados con anterioridad, no podían haber alegado nada al respecto. Sin embargo, ello no es así, pues ya con anterioridad a la sentencia 241/2013, había referencias al control de transparencia tanto en los informes de la Comisión Europea como en la jurisprudencia.

Así, el Informe del año 2000 de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (COM/2000/0248 final)⁽²⁾ afirmaba:

«El principio de transparencia, que constituye la base del artículo 5, presenta distintas funciones según que se asocie a unas u otras disposiciones de la Directiva. En efecto, el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20 [31]) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)».

Y el Tribunal Supremo ya se había pronunciado en ese sentido, al declarar la nulidad de condiciones generales por falta de transparencia (sentencias de la Sala Primera núm. 834/2009, de 22 de diciembre, y núm. 375/2010, de 17 de junio) y al considerar el control de transparencia como distinto del mero control de inclusión, en la sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, cuya doctrina fue reiterada en la núm. 221/2013, de 11 de abril.



Incidencia de las resoluciones del TJUE sobre la eficacia de las normas de Derecho nacional

Si se parte de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional, las resoluciones del TJUE que declaran que una norma interna es contraria a la tan mencionada Directiva 93/13/CEE constituyen en la práctica decisiones que dejan en suspenso total o parcialmente la eficacia de la norma afectada⁽³⁾ de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, sin necesidad de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, o que el legislador la derogue o modifique expresamente, una resolución del TJUE surte efectos similares. Y así ha venido ocurriendo en los últimos tiempos con distintas disposiciones legales a las que haremos referencia más adelante, en particular, el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria y el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁽⁴⁾.

En consecuencia, en caso de contradicción entre una norma nacional y una comunitaria, el juez nacional debe interpretar la normativa nacional de conformidad con la comunitaria, si ello fuera posible; o incluso dejar de aplicar la normativa nacional en favor de la aplicación de la comunitaria⁽⁵⁾.

De especial importancia en este sentido es la STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-168/15), que abre la puerta a que se pueda pedir responsabilidad patrimonial a un Estado miembro si un tribunal nacional que resuelve en última instancia, no declara la nulidad de una cláusula abusiva en un contrato celebrado con consumidores. No obstante, establece un límite temporal a dicha doctrina, pues aclara que solamente



se refiere a resoluciones judiciales dictadas después del 4 de junio de 2009, fecha de la STJUE del caso Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), a partir de la que el TJUE impuso sin género de dudas la obligación de los tribunales nacionales de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, en cuanto dispusieran de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Según esta sentencia de 28 de julio de 2016, un tribunal que no actúe así, incumple manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y, por lo tanto, comete una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

El valor preponderante de la jurisprudencia del TJUE en la interpretación del Derecho de la Unión ha sido reconocido sin ambages por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia 123/2017, de 24 de febrero, en la que modifica su doctrina sobre el efecto retroactivo tras la declaración de nulidad de una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado (cláusula suelo), al decir en el fundamento jurídico quinto:

“1.- Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE -actualmente o en sus denominaciones anteriores- (sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77; 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85; y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C 409/06,) como del TC (sentencias

28/1991, de 14 de febrero; 58/2004, de 19 de abril; 78/2010, de 20 de octubre; y 145/2012, de 2 de julio, entre otras muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, C-244/1980).

Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia ex tunc desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10).

Se trata de una fuerza obligatoria erga omnes, por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comu-

nitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14)».

II.- CONTROL DE ABUSIVIDAD

Según el art. 82.1 TRLGCU: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

A su vez, el art. 83 del mismo texto, en consonancia con el art. 8.2 LCGC, dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

No obstante, ha de tenerse presente que el 19º considerando de la Directiva 93/13 indica que «[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación».

Por ello, el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles».

La sentencia de la Sala 1ª TS núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las «contraprestaciones», que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en

su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio.

En el mismo sentido, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control.

III.- CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA

Aunque no sea posible un control de contenido (abusividad) sobre los elementos principales del contrato, la ya citada sentencia núm. 241/2013 añadía que una condición general que defina el objeto principal de un contrato, sí puede ser sometida a un doble control de transparencia.

Tradicionalmente, la jurisprudencia había tratado el control de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) y el control de abusividad (arts. 8.2 LCGC y 82 y ss. LGCU). Pero como se ha dicho, de unos años a esta parte, abordó también el control de transparencia.

La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala 1ª TS números 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 705/2015, de 23 de diciembre; y 171/2017, de 9 de marzo; y de la sentencia 222/2015, de 29 de abril; ha tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria ("cláusulas suelo").

Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre; y se perfila con mayor claridad en las núm.

406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre; y 333/2014, de 30 de junio.

Como recuerda la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijo la sentencia 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical:

«conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

Por ello, seguía diciendo dicha sentencia,

«la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible, no implica solamente que



deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El citado art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

En consecuencia, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el



juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (sentencias núm. 138/2015, de 24 de marzo, 705/2015, de 23 de diciembre, y 171/2017, de 9 de marzo).

Las citadas sentencias de la Sala 1ª TS se han hecho eco de lo establecido por el TJUE en la sentencia de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

La antes indicada STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que:

«la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (párrafo 73), y concluir en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensiblemente gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la

divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

A su vez, esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara:

«de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73)».

La conexión entre transparencia material y abusividad ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), al decir en su parágrafo 49 que:

«el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13».

Y la ha reiterado la STJUE de 26 de enero de 2017 (C 421/14), al decir:

«62. [s]egún el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra —cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva—, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 9 de julio de

2015, Bucura, C 348/14, EU:C:2015:447, apartado 50)».

(...) en relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, (...)

A modo de conclusión, podemos resumir que, en relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (SSTS 406/2012, de 18 de junio; 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo).

Diferenciación entre el control de transparencia en acciones colectivas y acciones individuales:

Se ha ocupado de esta cuestión la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 171/2017, de 9 de marzo, al decir:

«En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.

»En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento

a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia».

Esta sentencia aclara que el control de transparencia debe ser individualizado, puesto que «En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia».

IV.- INTERESES MORATORIOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.- LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE 22 DE FEBRERO DE 2017

El artículo 85.6 TRLGCU considera abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Este precepto traspone el anexo 1.e, en relación con el artículo 3, de la Directiva 93/13/CEE, con la particularidad de que en el Derecho español, estas cláusulas son siempre abusivas.

En España, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados miembros de la Unión Europea, no existe una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos concertados con consumidores. El artículo 1108 del Código Civil prevé que el interés de demora será el pactado por las partes. Si no existe pacto, se aplica el interés legal, que se fija anualmente.

Solo en el ámbito de los préstamos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria e introdujo un límite a los intereses de demora, al establecer que «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Pero el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 /C-602/13 declaró que los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Ante la falta de criterios legales que establecieran pautas seguras para la apreciación de la abusividad de los intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, los tribunales españoles de primera y segunda instancia aplicaban criterios dispares. Hubo acuerdos de diversas juntas de jueces de algunas ciudades y de magistrados de tribunales de apelación de algunas provincias, en los que se fijaron criterios comunes cuya observancia, siempre voluntaria, quedaba limitada a la demarcación judicial correspondiente.

Los criterios más frecuentes utilizados en las sentencias de los tribunales (o en los acuerdos de las juntas de jueces y de magistrados de tribunales de apelación) para enjuiciar el carácter abusivo de las cláusulas sobre interés de demora en los préstamos con consumidores eran el límite de dos veces y media el interés legal (límite máximo establecido por el artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo para los intereses de descubiertos tácitos en cuenta corriente contratada con consumidores) o el límite de tres veces el interés legal (límite para el interés de demora en los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual fijado en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria). En otras ocasiones, el límite de abusividad del interés de demora se fijaba por referencia al interés remuneratorio del préstamo.

El resultado fue la existencia de una gran inseguridad jurídica, pues los tribu-

nales utilizaban criterios muy dispares para enjuiciar la abusividad del interés de demora en préstamos concedidos a consumidores, y se producía una diferencia arbitraria de trato para los consumidores, según el lugar y el tribunal donde se siguiera el litigio.

También eran dispares los efectos que los distintos tribunales atribuían a la declaración de abusividad del interés de demora. Algunos acordaban que cuando el prestatario incurría en mora (situación en la que, por lo general, el prestamista hacía uso de su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, aunque eso no fuera imprescindible para que se devengara el interés de demora), si la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva, el préstamo dejaba de devengar interés alguno, tanto remuneratorio como de demora. Otros tribunales acordaban que cuando se declaraba la abusividad del interés de demora, el préstamo devengaba el interés legal o el interés fijado con arreglo a algún otro criterio, como por ejemplo el previsto en el artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo o en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, a los que se ha hecho referencia. Finalmente, otros tribunales acordaban que solo se siguiera devengando el interés remuneratorio.

Cuando la cuestión se planteó en un recurso de casación ante la Sala Primera del TS, consideró que era necesario establecer un criterio que diera seguridad jurídica en esta materia y pusiera fin a la disparidad de criterios utilizados. El criterio jurisprudencial





debía combinar la adecuada protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, la disuasión a los predisponentes para que dejaran de utilizar cláusulas que establecieran intereses de demora abusivos, el restablecimiento de un equilibrio real entre las partes, y también debía evitar que el contratante cumplidor recibiera peor trato que el incumplidor y pudiera favorecerse el incumplimiento de los prestatarios.

En las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre, el Tribunal Supremo abordó la cuestión del control de abusividad de las cláusulas que establecían el interés de demora en los préstamos personales.

En estas sentencias, el Tribunal Supremo siguió los criterios establecidos en la jurisprudencia del TJUE. Tomó en consideración las normas nacionales aplicables para la mora del deudor, en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato: interés legal –art. 1108 CC–, diversos tipos de interés fijados para supuestos específicos en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, Ley Hipotecaria, Ley del Contrato de Seguro, Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, o interés de demora procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También comprobó si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual. En este punto, consideró que en los

contratos de préstamo celebrados por negociación, que debían servir como criterio de referencia, las máximas de experiencia muestran que el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje sobre el interés remuneratorio pactado.

En aplicación de estos criterios, el Tribunal Supremo consideró que el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio concertado en cada caso, pues: i) la adición de un porcentaje mayor conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto; ii) el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento del interés remuneratorio superior a lo usual en los contratos por negociación.

Las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, aplicaron el mismo criterio (límite de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio) para el control de abusividad de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores. Estas sentencias siguieron la doctrina establecida por el TJUE y declararon que, al margen de la finalidad perseguida por la Ley 1/2013, de

14 de mayo, que modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria e introdujo un límite a los intereses de demora del triple del interés legal, ese límite no garantizaba el control de abusividad, pues el interés de demora convenido puede ser inferior al límite legal y, aun así, ser abusivo.

En todas estas sentencias, el Tribunal Supremo también estableció una doctrina jurisprudencial sobre cuáles debían ser los efectos de la apreciación de abusividad de una cláusula sobre interés de demora, por superar ese límite de dos puntos sobre el interés remuneratorio. En concreto, declaró que el TJUE ha deducido de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma⁽⁶⁾. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales.

El Tribunal Supremo razonó asimismo que, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco era posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional.

El Tribunal Supremo razonó asimismo que, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco era posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional, pues el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta que el TJUE ha declarado improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas ⁽⁷⁾. El juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación.

Por esas razones, el Tribunal Supremo concluyó que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, dado que la supresión de la cláusula de interés de demora solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

(...) la naturaleza de la cláusula que establece el interés de demora, examinada desde el plano del control de abusividad, consiste en la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio.

Para la aplicación de esta doctrina, las referidas sentencias del Tribunal Supremo tomaron en consideración que la naturaleza de la cláusula que establece el interés de demora, examinada desde el plano del control de abusividad, consiste en la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio. Por ejemplo, en el caso objeto de la sentencia 469/2015, de 8 de septiembre, la cláusula del interés de demora cuya abusividad se enjuiciaba consistía en la adición de veinte puntos porcentuales al tipo de interés remunerato-

rio, de carácter variable, aplicable en cada momento.

El Tribunal Supremo consideró que suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva, pues debe tenerse en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor, en caso de demora, por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio supone una indemnización desproporcionadamente alta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor (artículo 85.6 TRLCU y artículo 3 y anexo 1.e de la Directiva 93/13/CEE).

En consecuencia, lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, cuyo carácter "proporcionado" respecto del servicio que retribuye está excluido del control de abusividad (sentencias TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13) y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

En fin, al considerar el Tribunal Supremo que era necesario un pronunciamiento clarificador y concluyente sobre este tema de los intereses moratorios, mediante auto de 22 de febrero de 2017, decidió plantear al TJUE una petición de decisión prejudicial, conforme al art. 267 TFUE, en los siguientes términos:

«1ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?»

2ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial



que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?»

3ª) *En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?»*

V.- CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.- LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE 8 DE FEBRERO DE 2017

Derecho nacional:

En el Derecho español, cuando en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria el prestatario incumple su obligación de devolución de la cantidad recibida, el acreedor tiene las siguientes opciones:

a) Iniciar un juicio declarativo, en el que puede pedir la resolución del contrato por



incumplimiento del deudor, con restitución recíproca de las prestaciones, o el cumplimiento forzoso del contrato, con exigencia de todas las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses (art. 1124 CC).

La sentencia firme que recaiga en este juicio declarativo podrá ser objeto de ejecución, en la que se podrán embargar y subastar todos los bienes del deudor, incluyendo su vivienda habitual.

b) Iniciar un proceso especial de ejecución hipotecaria, en el que puede perseguir y enajenar mediante subasta el bien hipotecado, que sirve de garantía a la devolución del préstamo. Cuando ese bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor consumidor, la regulación de este proceso especial de ejecución hipotecaria contempla una serie de beneficios o ventajas, para proteger la conservación de dicha vivienda, o por lo menos, que su enajenación sea menos gravosa para el deudor, que no se contienen en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo.

Estas ventajas previstas para el deudor consumidor en el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual, en los arts. 693.3, 579.2 y 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son, resumidamente, las siguientes:

- El deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad debida hasta esa fecha.

- Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

- Se prevé una limitación del cálculo de las costas procesales en función únicamente de las cuotas del préstamo atrasadas, en caso de enervación de la acción ejecutiva hipotecaria.

- El precio a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación.

- Cuando el importe obtenido en la subasta fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución se ajustará a las siguientes especialidades:

- i) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la

totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

- ii) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

En este marco jurídico en el que, ante el incumplimiento contractual del deudor, el acreedor dispone de una acción declarativa de resolución del contrato, o de un proceso especial de ejecución hipotecaria, que le permite dirigirse directamente contra el bien hipotecado sin necesidad de una previa sentencia de condena, aunque pudiera parecer, en principio, que la aplicación del procedimiento ejecutivo especial es más perjudicial para el prestatario-consumidor, y así parecieron entenderlo –aunque de manera no taxativa– la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) y el auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15), ello no tiene por qué ser necesariamente así.

Es decir, el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual no es más perjudicial para el consumidor que el juicio declarativo seguido de una ejecución ordinaria, porque en la regulación del proceso especial de ejecución hipotecaria se contemplan unas ventajas para el consumidor que no se prevén en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo⁽⁸⁾.

En el ordenamiento jurídico español se permite la posibilidad de que un acreedor pueda reclamar la totalidad de lo debido, cuando el deudor haya incumplido lo pactado sobre el pago aplazado, en cuyo caso el acreedor puede instar la resolución del contrato, con restitución recíproca de las prestaciones (art. 1124 del Código Civil, ya citado). A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está



expresamente contemplada en el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando se haya pactado expresamente. Dice este último precepto:

«Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo».

Esta regulación, que en el caso del Código Civil es más que centenaria, supone que en la sociedad española sea sobradamente conocido que el impago parcial de un préstamo hipotecario puede dar lugar a la resolución del contrato, al igual que sucede, también, por ejemplo, con el arrendamiento de vivienda y el impago de la renta.

Con carácter general, el Tribunal Supremo había reconocido la validez de las cláusulas que permitían el vencimiento anticipado del contrato de préstamo por incumplimiento del deudor, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista.

Con carácter general, el Tribunal Supremo había reconocido la validez de las cláusulas que permitían el vencimiento anticipado del contrato de préstamo por incumplimiento del deudor, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista (sentencias 506/2008, de 4 de junio; o 792/2009, de 16 de diciembre).

En las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria

concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor.

En relación con el antes transcrito art. 693.2 LEC, el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, dijo:

«[L]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Tanto de la jurisprudencia española, como de los pronunciamientos del TJUE, cabe deducir que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

Como ya hemos dicho, las especialidades previstas a favor del deudor hipotecario consumidor cuando la ejecución tiene lugar por el proceso especial de ejecución hipotecaria no resultan aplicables en el juicio declarativo, ni en la ejecución ordinaria (no hipotecaria) subsiguiente a una sentencia de condena recaída en dicho proceso declarativo.



De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente y en todos los casos que la decisión de proseguir la ejecución hipotecaria sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución hipotecaria para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.

Aparte de la pérdida de estas ventajas, la apertura de un juicio declarativo para declarar vencido o resuelto el préstamo hipotecario por incumplimiento del deudor, conforme al art. 1124 del Código Civil (facultad legal, no contractual), conllevará dos efectos perjudiciales adicionales para el consumidor: la previsible acumulación de condenas al pago de las costas procesales en la fase declarativa y en la ejecutiva, y un incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento.

Incluso en el supuesto hipotético de que la entidad acreedora esperase al tiempo completo de amortización pactado y no instase la resolución del contrato, la deuda por intereses de demora del deudor sería extraordinariamente cuantiosa, dados los largos plazos de amortización de estos contratos.

En consecuencia, no es correcta la afirmación de que en la ejecución hipotecaria el prestatario consumidor vaya a perder su vivienda en todo caso, y que la conservaría



en caso de que se le reclamara en el juicio declarativo la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso del contrato, ya que en estos supuestos también podría acabar perdiéndola, y además, no gozaría de las ventajas que antes se han expuesto que se le conceden en el proceso ejecutivo especial. Es más, no gozaría de la posibilidad de evitar la pérdida de la vivienda pagando solamente las cuotas impagadas, pues en el declarativo no tiene esa facultad, si se allana, y para evitar perder la vivienda, tendría que pagar todo.

Por eso, el sobreseimiento del proceso especial de ejecución hipotecaria en caso de apreciación de abusividad de una cláusula determinante del despacho de ejecución, que se prevé en el art. 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no supone en todo caso una mejor solución para el deudor consumidor, que se vería abocado al juicio declarativo, con las consecuencias ya expuestas.

Pese a las ventajas que el proceso ejecutivo especial otorga al deudor, los bancos siguen acudiendo masivamente a él antes que optar por el proceso declarativo, porque es más rápido y les libera de tener que provisionar el crédito fallido durante un largo tiempo. Pero los perjuicios que para los bancos supone acudir al declarativo no se traducen en ventajas de un valor equivalente para el consumidor que es deudor en ese caso concreto, y además encarece el crédito, con perjuicio para los consumidores en general.

Es más, en el ordenamiento jurídico español, el derecho de hipoteca no atribuye a su titular únicamente la facultad de promover la enajenación forzosa del bien hipotecado



a través de un procedimiento especial de ejecución, sino que le atribuye también un derecho de preferencia sobre el mismo bien (arts. 1923 y 1927 del Código Civil) y un derecho de ejecución separada en caso de concurso (insolvencia judicialmente declarada) del deudor. Es decir, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, sino que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 del Código Civil).

Pronunciamientos del TJUE sobre el vencimiento anticipado:

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), sin hacer un pronunciamiento expreso, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse abusiva en atención a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que:

«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

Este criterio fue confirmado por el posterior auto del TJUE de 8 de julio del 2015 (asunto C-90/14), que reiteró que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas a las que se les aplique la Directiva 93/13 debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza

de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración.

...el sobreseimiento del proceso especial de ejecución hipotecaria en caso de apreciación de abusividad de una cláusula determinante del despacho de ejecución, que se prevé en el art. 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no supone en todo caso una mejor solución para el deudor consumidor, que se vería abocado al juicio declarativo, con las consecuencias ya expuestas.

La sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14) estableció –en lo que ahora interesa- los siguientes criterios:

«4. El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

6. Por lo que se refiere a la apreciación del eventual carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado incumbe al tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan

al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

7. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

La primera petición de decisión prejudicial:

Como quiera que no toda cláusula de vencimiento anticipado es per se abusiva, puesto que incluso tiene amparo en el Derecho español, puede darse el caso de que lo abusivo no sea todo el contenido de la cláusula enjuiciada, sino únicamente parte de la misma, que se refiere, no a la posibilidad general de acordar el vencimiento anticipado por incumplimiento, sino al número y entidad de los impagos que determinan el vencimiento anticipado. Como sucede en el caso objeto de enjuiciamiento con el supuesto del impago de una sola cuota de amortización.

La duda, pues, consiste en si puede hacerse una declaración parcial de abusividad de una cláusula, manteniendo la validez de la parte que no se considera abusiva (*Teilbarkeit der Klausel* o *blue pencil test*). Es decir, si se permite, al enjuiciar la abusividad de una cláusula, separar, en determinados casos, el elemento abusivo del elemento válido, de manera que este último pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo.

El Tribunal Supremo no tiene constancia de que esta cuestión haya sido resuelta por el TJUE y, por tanto, resultaría procedente que se pronunciara sobre la conformidad al Derecho de la Unión y, en particular, al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre la posibilidad de que un tribunal nacional, como este Tribunal Supremo, pueda, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, circunscribir el alcance de la nulidad derivada de la abusividad a un inciso específico de la cláusula



enjuiciada, de manera que pueda mantener la validez del resto de la cláusula que no se considera abusivo, siempre que esta parte resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la que inicialmente estaba comprendida en la propia cláusula. Tras la segregación de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia se aplica a la cláusula de la manera en que resulta una vez «tachadas» las partes ineficaces; y si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, debe considerarse que es válido y eficaz.

A criterio del TS, la llamada “*blue pencil rule*” no tiene por qué oponerse al Derecho de la Unión, ya que no constituye un caso de integración del pacto nulo por ser abusivo, ni de reducción conservadora de su validez. La delimitación y expulsión del elemento abusivo, con mantenimiento del contenido válido de la cláusula, no supone una integración o sustitución judicial del contenido contractual, sino simplemente la concreción de qué elementos de un pacto son abusivos, y por tanto no pueden vincular al adherente consumidor, y qué otros pueden mantenerse por no ser abusivos y, en consecuencia, ser válidos, vinculantes y útiles para las partes, en el sentido del art. 6.1 de la Directiva (mayor beneficio para el consumidor particular y para los consumidores en general).

No se trata, por tanto, de un supuesto de integración de la cláusula, sino de ineficacia parcial, útil en caso de cláusulas nulas por abusivas, en las que, eliminando la

parte que se considera abusiva, el contrato subsiste con el resto de la cláusula. Es decir, tras la segregación de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia material se aplica a la cláusula de la manera en que resulta una vez tachadas las partes ineficaces. Por tanto, si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, debe considerarse que este es válido y eficaz, de la manera que resuelven los Tribunales Supremos de otros Estados miembros de la Unión, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), entre otras, en su Sentencia de 10 de octubre de 2013 (BGH III ZR 325/12 - NJW 2014, 141), al considerar que la separación en cuanto al contenido de una cláusula y con ello su fraccionamiento en una parte admisible y otra inadmisibles se puede producir, cuando la parte ineficaz de la cláusula admite ser tachada sin que el sentido de la otra parte se resienta.

La segunda petición de decisión prejudicial:

En segundo lugar, nos encontramos, conforme a la jurisprudencia del TJUE, con la regla de que el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, y entonces el consumidor



quede expuesto a consecuencias que representan para éste una penalización.

En opinión del Tribunal Supremo, se produciría un efecto perjudicial equivalente si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en todo caso cerrara el acceso al proceso especial de ejecución hipotecaria, incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado. Conforme hemos expuesto, no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor.

En consecuencia, la cuestión consiste en si es acorde a la Directiva 93/13/CE una decisión de un tribunal nacional que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (incumplimiento superiores a tres meses), valore, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

VI. LAS CLÁUSULAS DE IMPUTACIÓN INDISCRIMINADA DE GASTOS E IMPUESTOS AL CONSUMIDOR

La sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales en ausencia de pacto, se distribuyen

entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los Registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes.

El Tribunal Supremo ya había dicho en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal.

En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, también se consideró que no podían imputarse exclusivamente al prestatario, cuando los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal.

En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, también se consideró que no podían imputarse exclusivamente al prestatario, cuando los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos decla-

rativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC.

En todo caso, habrán de ser los tribunales que decidan en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de consumidores, quienes concreten como se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

VII. LAS CLÁUSULAS DE IMPUTACIÓN INDISCRIMINADA DE GASTOS E IMPUESTOS AL CONSUMIDOR

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la sentencia del Pleno de la Sala 1ª TS núm. 367/2016, de 3 de junio, seguida por las sentencias 30/2017, de 18 de enero, 41/2017, de 20 de enero, y 57/2017, de 30 de enero. En las cuales se afirma que el control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y del TS, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Asimismo, resaltan que la jurisprudencia afirma que el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por lo que concluye que, precisamente, esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial

de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. Y no corresponde a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

- (1) El texto de este artículo coincide básicamente con el de la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Catalunya el 8 de marzo de 2017. Se han añadido algunas referencias a pie de página y una mención a una sentencia del Tribunal Supremo que se ha publicado con posterioridad.
- (2) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52000DC0248>
- (3) Esta primacía del Derecho Comunitario ha sido recordada por la STJUE de 26 de

febrero de 2013, apartado 59, al decir: “En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I 6079, apartado 21, y 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. p. I 1137, apartado 65), la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (véanse, en especial, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. I 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C 409/06, Rec. p. I 8015, apartado 61)”.

- (4) Son de especial trascendencia en relación con el control de cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores, por su relación con España, las siguientes SSTJUE: 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz); 17 de julio de 2014 (asunto C-169/2014, Sánchez Morcillo); 21 de enero de 2015 (asunto C-482/2013, Hidalgo Rueda); 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/2014, Peñalva López)

- (5) La STJUE de 19 de enero de 2010 (C-555/07) dictaminó que, para dejar de aplicar una norma nacional por contradicción con una norma comunitaria, no es necesario plantear previamente la cuestión prejudicial.
- (6) Sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.
- (7) Sentencias de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixa-bank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59.
- (8) Según datos del Ministerio de Economía, actualizados a febrero de 2017, más de ochenta mil familias españolas se han beneficiado de estas medidas de protección a los deudores hipotecarios.

El papel clave de la empresa para el progreso de España ⁽¹⁾



José Luis Bonet Ferrer
Presidente de la Cámara de Comercio de España

Buenas tardes a todos.

Gracias al Colegio de Notarios de Cataluña, y muy especialmente a su Decano, Joan Carles Ollé, por invitarme a este acto y permitirme compartir con ustedes un tiempo de análisis y reflexión sobre cuál es la situación económica actual de nuestro país, cuáles son los principales desafíos que se nos plantean y qué papel juegan las Cámaras de Comercio en este momento.

Empecemos por ver dónde estamos.

España fue el país que registró el mayor **crecimiento económico** de la Eurozona en **2016, un 3,2%, muy por encima de la media de la Unión Europea**. Y lo que es más importante, esta actividad económica

permitió la **creación de más de 400.000 puestos de trabajo** y una reducción de la tasa de paro de 2,26 puntos hasta situarse por debajo del 19%.

Son unos magníficos resultados fruto del esfuerzo, y en muchas ocasiones del sacrificio, del conjunto de la sociedad española y de las reformas emprendidas por el Gobierno pero, sobre todo, fruto de la actividad de las empresas que son el elemento clave para generar riqueza y crear empleo, o lo que es lo mismo, para garantizar el bienestar general.

Según las previsiones de la Cámara de Comercio de España, **la economía española va a mantener su dinamismo durante 2017 y crecerá a un ritmo del 2,5%**, lo

que permitirá seguir creando empleo y reduciendo la tasa de paro.

De mantenerse el ritmo de crecimiento registrado en los últimos meses, el PIB habrá recuperado en el primer semestre de este año todo el terreno perdido durante la crisis.

Estamos, pues, remontando, aunque el saldo de la crisis ha sido cruento.

Entre el segundo trimestre de 2007 y el segundo trimestre de 2013, el paro creció ininterrumpidamente hasta superar los seis millones de desempleados. Entre 2008 y 2016 desaparecieron más de 300.000 empresas. El país se situó al borde del rescate total y fue necesaria una importante inyec-

(1) Reproducimos íntegramente la conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2017 en el Colegio Notarial de Cataluña



ción de fondos europeos, más de 40.000 millones de euros, para hacer frente al rescate del sector financiero. Pero España resistió y no cayó en el abismo del rescate total.

Así pues **España ha conseguido salir de la recesión y estamos en plena recuperación.** Entre 2014 y 2016 se han recuperado más de cien mil empresas y el paro se ha reducido hasta los 4,2 millones de personas. Nos estamos beneficiando del llamado viento de cola, aunque en lo referente a los precios del petróleo, ya no tanto.

No podemos darnos por satisfechos y **nuestro principal reto es reducir esa cifra inasumible de desempleo.** Para ello debemos mantener la senda de reformas económicas y de internacionalización empresarial que nos ha permitido llegar hasta aquí.

Porque si un elemento ha sido **determinante** para superar la crisis, ha sido el **sector exterior.** En 2016 España batió el record de exportaciones hasta superar los 254.000 millones de euros, un 60% más que en el año 2009. También superamos nuestras marcas en otro sector básico para nuestra economía como es el turismo, con más de 75 millones de visitantes el año pasado.

Vamos por el buen camino. Sin embargo, en el corto plazo se vislumbran algunos **riesgos** tanto externos como internos, que pueden desviarnos de esa senda correcta.

En el plano exterior, la amenaza de una **vuelta al proteccionismo** se erige en el principal peligro a nivel global.

El comercio internacional es uno de los motores del crecimiento mundial. El intercambio de bienes y servicios tiene un impacto económico y social inestimable, genera actividad productiva y creación de empleo, y mejora el bienestar general de los países.

En un mundo globalizado y cada vez más interconectado, donde las nuevas tecnologías diluyen las fronteras físicas, cuesta creer que podamos asistir a una vuelta al proteccionismo y al levantamiento de nuevas barreras. Sin embargo, la amenaza está cada vez más presente, tanto dentro como fuera de la Unión Europea.

Nuestro posicionamiento debe ser firme en defensa de un modelo que ha aportado bienestar, crecimiento, estabilidad y competitividad. No en vano, **el multilateralismo y la colaboración representan el auténtico espíritu y motor del proyecto de la Unión Europea desde sus orígenes.** En ese sentido, la Cámara de Comercio de España hizo pública una declaración institucional en la que dejábamos patente el compromiso de las empresas españolas con el libre comercio internacional.

Cerrar las fronteras en nombre de intereses particulares supondría un retroceso de incalculables consecuencias no solo en el orden económico, sino político y social a nivel global. Desde Europa **debemos seguir avanzando por el camino de la liberalización y la apertura comercial, sobre todo, del acuerdo multilateral para garantizar el progreso y bienestar de**

los ciudadanos, y el afloramiento de oportunidades para nuestro tejido empresarial, particularmente, de las pymes.

Una vuelta a políticas proteccionistas sería especialmente dañina en un momento en el que la economía mundial parece mostrar una ligera mejoría, fruto de las mejores perspectivas para los países desarrollados y de un mantenimiento de los niveles de crecimiento en las economías emergentes.

En el plano nacional la principal amenaza es el desafío secesionista de los gobernantes catalanes que, aunque estoy convencido de que no prosperará, está desviando atención y esfuerzo. En lugar de pensar en procesos independentistas que no llevan a ninguna parte, deberíamos estar trabajando para consolidar el liderazgo de Cataluña como motor de crecimiento y progreso del conjunto de España. Soy un firme partidario del diálogo y de la cooperación. Juntos llegaremos más lejos. Por ello, es tan necesario el acercamiento fraternal a los catalanes y el apoyo de los ciudadanos de toda España hacia esa mitad de Cataluña que se siente tan catalana como española.

Mi visión, en todo caso, es optimista y confío en que estas dificultades se superarán y, por tanto, debemos poner mayor énfasis en los desafíos que se nos presentan como sociedad a medio y largo plazo.

La internacionalización de nuestras empresas, la digitalización y la formación son los tres ejes sobre los que debe pivotar la economía española para asegurar un crecimiento vigoroso y sostenible que permita continuar creando empleo, cada vez de mayor calidad.

Como ya he señalado, la reciente crisis económica ha puesto de manifiesto, de manera bastante traumática por cierto, que la internacionalización es una cuestión básica para la supervivencia de las empresas.

Muchas compañías, en especial pymes, que hasta hace pocos años no se planteaban salir han visto en su apertura al exterior su tabla de salvación.

El proceso ha sido duro y muchas han quedado por el camino. Sin embargo, para las empresas que han salido ya no hay vuelta atrás. Y su ejemplo servirá para animar a muchas otras que todavía no tienen una transformación estratégica y no se han atrevido a dar el salto.



El reto consiste en concienciar a las empresas, sobre todo a las pymes, de que la internacionalización no debe contemplarse solo como una salida coyuntural en momentos de crisis sino como un cambio estructural que debe impregnar todas sus decisiones.

El proceso de globalización es irreversible. España cuenta ya con en torno a 500 compañías multinacionales que son líderes en sus sectores a escala global y cuenta con otras 50.000 empresas, pymes en su mayoría, que ya operan en el exterior y están en el recorrido de la internacionalización. Y son muchas las pymes que, como consecuencia de la crisis, han cambiado su mentalidad y su actitud. Están, ahora, por la internacionalización.

Disponemos, pues, de una plataforma de internacionalización que debe actuar como tractora del conjunto de las pymes españolas. La salida al exterior de las pequeñas y medianas empresas será determinante para que nuestra economía pueda dar un nuevo salto de modernidad y progreso en la próxima década.

Pero al tiempo de plantearse la apertura a otros mercados, las empresas, y de nuevo en especial las pymes, tienen que mejorar su competitividad, ya que en este nuevo entorno global el número de potenciales competidores crece de manera exponencial.

La innovación y, sobre todo, la digitalización son las palancas de esa mejora de la competitividad.

La economía digital constituye una suerte de cuarta revolución industrial en la que no podemos rezagarnos. Hemos llegado tarde en el pasado pero en este momento se dan las condiciones para subir a ese tren a tiempo.

La economía digital ha cambiado ya radicalmente la manera en que producimos, consumimos y nos comunicamos. Pero los cambios se suceden a tal velocidad que nos cuesta entender el alcance de esta revolución.

Como señala Klaus Schwab en su reciente libro, "La cuarta revolución industrial", la ingente cantidad de datos que genera la conexión de millones de personas a través de dispositivos móviles implica una "capacidad de almacenamiento y un acceso al conocimiento sin precedentes". La inteligencia ar-

tificial, la impresión 3D, los vehículos autónomos, la nanotecnología, el internet de las cosas son algunas de las innovaciones, por poner solo algunos ejemplos, que ya están marcando una transformación profunda de nuestra sociedad.

La digitalización permite mejorar la oferta, mediante la creación de nuevos productos y servicios; pero también, ampliar la demanda, porque ofrece a las empresas una nueva manera de relacionarse con sus clientes y la posibilidad de acceder a nuevos clientes y nichos de mercado.

Las empresas deben tomar conciencia de que la digitalización no es una opción, sino una condición *sine qua non* para asegurar su supervivencia. Por ello, tiene que producirse un cambio de la mentalidad empresarial, y muy particularmente entre las pymes, para entender los nuevos retos que se plantean y formarse para hacerlos frente.

En este punto es determinante **el tercero de los desafíos** a los que me refería anteriormente: **la formación.**

Un reciente informe de Randstad, especialista internacional en recursos humanos, asegura que más de la mitad de las empresas españolas se encuentra con problemas para cubrir puestos de trabajo vacantes por falta de perfiles adecuados. Ese informe calcula que de aquí a 2020 quedarán sin cubrir casi dos millones de empleos, en su mayoría relacionados con la economía digital.

Estamos a tiempo de revertir ese déficit de talento. El sistema educativo tiene que dotar a los estudiantes de las competencias que demandan las empresas.

Sin embargo, en la actualidad existe un desajuste importante entre la enseñanza que se imparte en los distintos niveles educativos y las habilidades y conocimientos demandados en el mercado laboral.

Al tiempo, una de las causas del reducido tamaño medio de nuestras empresas es precisamente la falta de capital humano debidamente formado.

El Observatorio de la Competitividad Empresarial de la Cámara de Comercio de España pone de manifiesto que en los últimos años se han producido avances en la formación de los trabajadores.



Por ejemplo, en lo referente a las habilidades personales, como responsabilidad, liderazgo o trabajo en equipo, y a los conocimientos técnico-profesionales, así como en el uso de tecnologías de la información entre los más jóvenes.

Según el estudio que hemos realizado, la gran mayoría de las compañías españolas considera necesario disponer de un sistema educativo estable y con los recursos públicos precisos para garantizar un capital humano de calidad y adecuado en mayor medida a sus necesidades competitivas.

Adicionalmente, casi el 80% de nuestro tejido empresarial solicita potenciar las asignaturas de idiomas y las estancias internacionales durante la formación reglada.

La empresa española demanda asimismo la actuación prioritaria en dos ámbitos concretos: el impulso de la Formación Profesional Dual y la mejora de las relaciones Universidad-empresa.

La economía española necesita vincular estrechamente al sistema educativo con las necesidades competenciales que las empresas buscan en el mercado de trabajo, mejorando de este modo tanto la empleabilidad de las personas como la competitividad de nuestro tejido productivo.

Pero sobre todo, España necesita que el sistema educativo transmita a los jóvenes los valores que nos engrandecen individualmente como personas y colectivamente, como sociedad. Fomentar en ellos el afán

por conocer, el espíritu crítico, la curiosidad, la cultura del esfuerzo y la solidaridad. **El modelo virtuoso de las tres t –talento, trabajo y tenacidad-** que tanto en el terreno profesional como en el personal marcan el camino hacia la excelencia.

En segundo lugar, creo que es también necesario incorporar al sistema educativo lo que yo denomino principios constitucionales.

Mostrar a los jóvenes qué mundo viven y cómo es su país, dónde estábamos hace 50 años y dónde estamos ahora gracias a un determinado sistema político, económico y social, con sus virtudes y sus defectos, y cuál es la función y el papel clave de las empresas en ese entramado institucional, como creadoras de riqueza y bienestar general.

Un sistema estable basado en la Constitución de 1978, en el estado de derecho, la economía social de mercado, el estado del bienestar, la pertenencia a Europa y el estado autonómico compatible con la unidad de mercado, que ha permitido a España dar un salto sin precedentes en la historia en términos de modernización, desarrollo y bienestar social.

El proceso formativo de los jóvenes incluye también enseñarles cómo es el mundo en el que tendrán que desenvolverse, hacerles conscientes de sus exigencias y de sus necesidades, de que el aprendizaje es un proceso continuo, que no debe detenerse nunca, y menos en un entorno en constante evolución.

Y tienen que saber que en un mundo globalizado las empresas necesitan profesionales formados no solo con las capacidades técnicas necesarias para desempeñar un puesto de trabajo, sino con dominio de lenguas extranjeras, en especial el inglés, y con experiencia dentro y fuera de nuestras fronteras.

Completar la formación en el extranjero no solo mejora su cualificación, sino que permite que los jóvenes adquieran una visión global del mundo laboral y empresarial.

La experiencia en el extranjero es, por tanto, beneficiosa para los jóvenes porque incrementa sus posibilidades de empleabilidad en España, pero también es muy positiva para el país, porque permite incorporar a las empresas profesionales con nuevas

habilidades y enfoques adquiridos en otros países cuando se reincorporan al mercado laboral nacional.

Por ello, no debemos contemplar la salida al extranjero como una fuga de talento, ni una amenaza, ni un fracaso, sino como una oportunidad, no tanto forzada por una determinada coyuntura económica sino como parte natural del proceso de formación.

Desde la Cámara de Comercio de España defendemos la **necesidad inaplazable de un Pacto de Estado por la Educación, la Formación y el Empleo**, con medidas orientadas de modo urgente y principal a la disminución del desempleo y a la estabilidad y mejora del sistema educativo.

Desde la Cámara de Comercio de España defendemos la **necesidad inaplazable de un Pacto de Estado por la Educación, la Formación y el Empleo, con medidas orientadas de modo urgente y principal a la disminución del desempleo y a la estabilidad y mejora del sistema educativo.**

La sociedad española está harta de los cambios constantes en materia educativa y exige a los políticos que se entiendan. En este sentido, el talante del nuevo ministro de Educación, Íñigo Méndez de Vigo, es esperanzador por cuanto se muestra abierto al debate y a llegar a acuerdos.

Y esperanzadora es también la creación el pasado 14 de febrero de una subcomisión parlamentaria, con participación de todas las fuerzas políticas, que trabajará por un Pacto de Estado Social y Político por la Educación.

En la consecución de este pacto, y de otros acuerdos de Estado necesarios para afianzar nuestro sistema de economía de mercado y garantizar el bienestar general, el papel de la Cámara de Comercio de España, y de la red territorial de cámaras de comercio, es de vital importancia.

En primer lugar, por su cercanía al tejido empresarial y su conocimiento de las necesidades de las empresas, en general, y de las pymes en particular. Por su capilaridad y penetración en todo el territorio. Por su na-

turalidad de institución defensora del interés general. Y por la presencia en sus órganos de gobierno del sector público y el privado, las 86 cámaras territoriales y 35 cámaras españolas en el exterior, las grandes empresas, las pymes y los autónomos.

Están a punto de cumplirse tres años de la aprobación de la **Ley 4/2014** que alumbró **la renovación del sistema cameral y la creación de la Cámara de Comercio de España.**

Nuestro plan de acción se articula en torno a **cuatro objetivos estratégicos –internacionalización, competitividad, defensa institucional y cooperación empresarial para la reflexión estratégica-** que paso a explicar.

En primer lugar **la internacionalización**. La actividad de la Cámara de España en este ámbito se desarrolla a través de diversas herramientas.

Por un lado, los programas de iniciación a la exportación a través de los cuales realizamos diagnósticos y planes individualizados para las pymes que quieren empezar a exportar.

Por otro, a través de una intensa actividad institucional que ofrecer a las empresas una vía privilegiada para reforzar sus relaciones internacionales, a través de diversos instrumentos de cooperación empresarial, como los comités bilaterales con las Cámaras de Comercio nacionales de países extranjeros y las misiones y encuentros empresariales.

Tenemos que ayudar a las empresas a aprovechar todas las oportunidades allí donde se presenten. Hay que ir a por todas.

Cada día del año, en algún lugar del mundo, se está celebrando una misión o un encuentro empresarial organizado por una cámara de comercio. Y no hay que olvidar el papel relevante que juegan las ferias, muchas de ellas originadas y animadas por las Cámaras.

Un magnífico ejemplo es la Fira de Barcelona que ha logrado situarse en la vanguardia de organizaciones feriales a nivel mundial, con eventos como el Mobile World Congress. La Fira de Barcelona es la demostración palpable de que la cooperación público privada en las instituciones es esencial para su éxito. En el caso de la Fira,



esta colaboración entre el sector privado y las administraciones públicas ha permitido prestar un mejor servicio a las empresas para ayudarlas en su internacionalización.

Para salir al exterior es imprescindible mejorar la **competitividad** de las empresas españolas, lo que constituye el segundo objetivo estratégico de la Cámara de España.

Para ello ponemos a disposición de las empresas programas de innovación y Tic's que faciliten la participación de las pymes en la economía digital.

El número de empresas que participan en nuestros programas equivale al 75% de las empresas que realizan algún tipo de innovación cada año en España. De modo que estamos contribuyendo a ampliar en el futuro esa base de empresas innovadoras.

Como vengo reiterando, la formación es otro de los factores decisivos para mejorar la competitividad de nuestro tejido empresarial.

Ese es el motivo por el que, gracias al impulso de la Comisión de Formación de la Cámara de España, vamos a poner en marcha un modelo de Formación Profesional Dual 4.0 que aúne la formación teórica y la práctica en empresas con la digitalización y la emprendeduría.

Prestamos también especial atención a los jóvenes desempleados para mejorar su formación y con ello su empleabilidad a través del Programa PICE.

El número de jóvenes atendidos a través de este programa equivale al 86% del aumento del empleo juvenil en el último año.

A todo ello se suma el trabajo de la Fundación Incyde, integrada por la Cámara de España y la red de Cámaras territoriales, a

favor del emprendimiento y el empleo tanto de los jóvenes como de los adultos.

El tercero de los objetivos estratégicos de la Cámara de España es la **defensa institucional**. En nuestro sistema de economía de mercado, la empresa es la pieza clave que garantiza el bienestar de los ciudadanos y así debemos transmitirlo a la sociedad.

El número de empresas que participan en nuestros programas equivale al 75% de las empresas que realizan algún tipo de innovación cada año en España. De modo que estamos contribuyendo a ampliar en el futuro esa base de empresas innovadoras.

Las empresas estamos obligadas a hacer que se escuche nuestra voz y a participar activa y constructivamente en todos los procesos de toma de decisiones que nos afectan.

Los empresarios debemos actuar como los líderes sociales que somos compartiendo con nuestros trabajadores, proveedores y clientes nuestras reflexiones sobre las oportunidades y riesgos que se nos plantean.

El sistema cameral, gracias a su capilaridad y cercanía al tejido empresarial debe liderar la defensa institucional de las empresas españolas, a través también de la función consultiva de la Administración Pública que nos encomienda la ley.

Para llegar lejos, debemos avanzar unidos. Por eso, la Cámara de España trabaja a través de un sistema de comisiones sectoriales y transversales, que lideran las principales empresas del país, y con el que

desarrollamos nuestro cuarto objetivo estratégico: la cooperación empresarial para la reflexión estratégica.

Se trata de crear grupos de opinión y liderazgo de la economía española, dedicados a la reflexión estratégica sobre los principales sectores productivos y que sean referentes para la Administración.

No en vano, la Cámara de Comercio de España es órgano consultivo de la Administración y ejercer esa función consultiva es una de nuestras misiones inexcusables.

Ya están en funcionamiento las comisiones de Turismo, Comercio, Industria, Energía, Formación y Universidad-Empresa. En las próximas semanas pondremos en marcha nuevas comisiones de Internacionalización, Digitalización, Pymes y Financiación.

Termino ya.

A lo largo de nuestra historia, España ha llegado tarde en numerosas ocasiones y, además, puede decirse que los españoles somos especialistas en meternos en charcos. Pero sabemos que trabajando juntos somos capaces de salir de los charcos y alcanzar los objetivos que nos proponíamos.

Con el esfuerzo conjunto de toda la sociedad y con el marco institucional que ha permitido a España dar un salto de gigante en los últimos 40 años -marcado por la Constitución de 1978, la Democracia, el Estado de Derecho, la Economía Social de Mercado, el Estado del Bienestar, la afirmación del modelo autonómico y la pertenencia a la Unión Europea- podemos dar un nuevo salto de modernidad y progreso en beneficio del interés general y del bienestar de los españoles. Tengámoslo claro.

Si vamos juntos, llegaremos lejos.

ANCERT, al servicio de los notarios



José Corral Martínez

Decano del Colegio Notarial de Cantabria

Miembro de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado

Miembro del Consejo de Administración de ANCERT

Han transcurrido ya unos cuantos años desde que se creó el llamado INTI, antecedente de lo que todos conocemos como ANCERT, la empresa tecnológica de los notarios.

Han sido **más de 30 millones de documentos los que notarios, tan sólo en los últimos dos años, hemos firmado electrónicamente**, primero con nuestra firma avanzada, después reconocida y siempre dotada de la máxima seguridad y reconocimientos.

El último de éstos ha sido el informe positivo de evaluación de conformidad (CAR) que ha permitido conseguir el **sello de calidad conforme al reglamento europeo de identificación electrónica y terceros de confianza** (Reglamento UE 910/2014).

Han sido muchos los convenios que el Consejo General del Notariado ha firmado con diversas instituciones y administraciones, siendo nota común a todos ellos la derivación de nuevas obligaciones que los notarios debemos cumplir mediante la correspondiente aplicación tecnológica diseñada por ANCERT.

El común denominador de toda esa historia ha sido el **trabajo individual de cada notario**, adaptando la forma de trabajo de cada una de las notarías de España a todas esas nuevas obligaciones y exigencias, asumiendo además personalmente la responsabilidad derivada de todo ello y costeando las inversiones que semejante proceso de transformación digital ha supuesto.

Para ello, los notarios **hemos contado con ANCERT**, una empresa con más de 280

empleados que se ocupan de las más de 100 aplicaciones telemáticas puestas a disposición de los notarios.

Es una experiencia de indudable éxito, además pionera en el ámbito tecnológico de las administraciones públicas y entidades privadas de nuestro país. Pero al mismo tiempo, esa **profunda transformación tecnológica** ha supuesto una mayor complejidad a la hora de autorizar las escrituras públicas o a la hora de realizar la copia o el traslado de datos de las escrituras al índice único notarial.

El resultado final de todo este complejo y costoso proceso ha sido la consecución de **un notariado español moderno, líder en la utilización de la firma digital**. Somos el colectivo que más firma electrónicamente en España.



El edificio tecnológico del notariado, en su primera fase, ha sido concluido, pero las necesidades de las notarías y los servicios que las administraciones y la sociedad nos exigen no se paran aquí sino que se renuevan de forma dinámica.

Es por ello que sin solución de continuidad se inicia una **segunda fase** la cual afortunadamente parte de **tres sólidas bases**:

1.- Todas las notarías disponen de la misma infraestructura de aplicaciones para atender los requerimientos de la sociedad y las administraciones. Este principio es fundamental pues supone poder ofrecer a toda España una red de casi 3.000 oficinas públicas con las mismas herramientas tecnológicas. ANCERT nos ha proporcionado mediante la red RENO y con la ejecución de todas las medidas de seguridad posibles en el actual momento lo que es la segunda red de datos más importante de nuestro país, únicamente por detrás de la de la AEAT.

2.- La arquitectura y software de toda esa infraestructura es común a todas las notarías. ANCERT diseñó una implantación tanto de los servidores como de los programas que corren en ellos, especialmente el índice único, que nos ha evitado todos los problemas que podrían haberse producido si, por ejemplo, los notarios de cada colegio notarial tuvieran distintas infraestructuras tecnológicas o programas.

Esto lo tenemos y a veces no reparamos en ello, pero quizá lo haríamos si nos fijáramos en otras grandes instituciones en cuyo proceso tecnológico todavía están analizando y discutiendo qué programa o infraestructura escogerán de las varias de las que disponen los distintos territorios.

3.- La firma digital del notario es como su firma manuscrita: intransferible. La escritura pública electrónica circula desde la notaría a las distintas administraciones (catastro, administración tributaria, registros de la propiedad y mercantiles...) gracias a que la firma digitalmente el propio notario. Es documento público como lo era la copia autorizada en papel. Esa firma notarial permite que no se rompa la cadena de seguridad jurídica al pasar la escritura del mundo manuscrito al digital.

La capacidad y compromiso del notariado con las nuevas tecnologías puede visualizarse perfectamente en muchos proyectos, pero destacaré especialmente, por su gran complejidad para la oficina notarial, dos de los proyectos ejecutados conforme a las referidas bases.

Me refiero en primer lugar al **Índice único**. Informatizar, o sea, no realizar una mera digitalización o escaneado, sino informatizar convirtiendo cada escritura en un archivo informático codificando los datos contenidos en ella de forma que permite realizar búsquedas interactivas e interrelacionar datos, requiere tanto sólidos conocimientos jurídicos como manejo de la aplica-

ción informática. El camino no ha sido fácil para llegar hasta donde estamos, y el consumo de energía y trabajo que en las notarías se ha dedicado a ello ha sido realmente agotador. A cambio hemos conseguido un índice único cuyo modelo es alabado también fuera de nuestras fronteras.

La institución internacional más importante en la lucha contra el blanqueo de capitales, el llamado GAFFI (Grupo de Acción financiera), nos pone de ejemplo de éxito para otros países y además recomienda que se modifique nuestra legislación de forma que la compraventa de acciones deba realizarse en escritura pública para que de esta forma los notarios españoles puedan hacerla constar en el índice único notarial, y así, ser sometida al examen del órgano notarial antiblanqueo, el OCP.

El segundo proyecto, ejecutado por los notarios en tiempo récord desde que se consiguió que el Ministerio de Justicia aprobara su ejecución, es el de la **presentación telemática de las escrituras en los registros de la propiedad y mercantiles**. Una vez firmada una escritura, en la notaría comienza un urgente proceso de transformación de la escritura impresa en archivo digital, que es firmado digitalmente por el notariado y enviado al registro correspondiente para practicar la inscripción de la sociedad o propiedad. Todo ello el mismo día que el comprador y vendedor han firmado su escritura de compraventa.

En ambas aplicaciones, como en todas las demás, ANCERT ha sido la entidad encargada de que todo el excelente trabajo realizado en las notarías llegara a buen puerto, (...)

En ambas aplicaciones, como en todas las demás, **ANCERT ha sido la entidad encargada** de que todo el excelente trabajo realizado en las notarías llegara a buen puerto, esto es, que dispusiéramos de un único índice notarial que nos permitiera cumplir todas las obligaciones que tenemos o tienen los ciudadanos con la Administración en relación con la escritura otorgada y que pudiéramos disponer de una línea segura de comunicación de todas las notarías con los registros de la propiedad y mercantiles, con el catastro y con otros registros y administraciones públicas.

Esta línea segura, su creación, su seguridad frente a ataques externos como los vividos por otras instituciones en los últimos meses y su mantenimiento, ha sido y es obra de ANCERT.

Todo es **susceptible de mejora**, y como se suele decir, también de empeoramiento. Intentaremos centrarnos en lo primero.

En esta segunda fase que ahora se inicia, es importante detectar los puntos que pueden ser objeto de mejora. Podemos, en este sentido, señalar **cuatro esferas de actuación**:

a) Mejorar la comunicación de ANCERT con los notarios. ANCERT es de los notarios y su razón de ser es servir a los notarios. Lo que ANCERT haga o no haga corresponde decidirlo a los notarios.

Y esto debe proclamarse y comunicarse de forma efectiva a todos los notarios. Para ello ANCERT necesita en primer lugar la ayuda de los decanos de cada Colegio pues son los primeros, que en el pleno del Consejo, reciben toda la información, tienen todas las claves para entender los proyectos de ANCERT y, lo más importante, son quienes han dicho qué proyectos, en qué forma y plazos y bajo qué condiciones los debe realizar ANCERT. Todo lo que se acuerda en ANCERT, primero se ha llevado al pleno del Consejo, desde las cuentas al último de los proyectos.

Igualmente debe conseguirse el **aumento de la implicación de los notarios en la colaboración con ANCERT**, tanto mediante los delegados de informática de cada Colegio, como con los notarios que colaboran en los diversos proyectos, así como con cualquier notario que de forma individual quiera hacer llegar alguna idea o crítica a ANCERT. Ambas serán bienvenidas. Hoy las ideas de muchos notarios circulan, se debaten o se publican en chats de whatsapp, telegram, blog, Facebook... por lo que la puesta en comunidad no hace sino aumentar el caudal y calidad de tales ideas.

b) Facilitar el trabajo de todos los notarios en el cumplimiento de sus obligaciones tecnológicas.

Es verdad que ANCERT es la entidad a través de la cual cada notario puede cumplir las obligaciones o servicios tecnológicos que le imponen las leyes vigentes.

Pero es más verdad que debemos analizar y conseguir introducir mejoras que puedan simplificar el trabajo de las notarías, descargándoles del trabajo informático que hasta ahora se realizaba de forma exclusiva en las notarías.

El índice único supuso una gran sobrecarga de trabajo y estrés en las notarías, y quizá ha llegado el momento de pensar en medidas que puedan contribuir a que el notario pueda recibir auxilio por parte de ANCERT en la confección de ese trabajo.

c) Diseñar nuevas aplicaciones que hagan más visible a la sociedad, al ciudadano en definitiva, la notaría digital. La actuación notarial digital en relación con el catastro, la presentación telemática, la consulta de deudas del impuesto de bienes inmuebles, la de seguros de vida y muchas otras han beneficiado al ciudadano directamente. Pero de lo que se trata ahora es que el ciudadano pueda visualizar directamente la notaría digital.

(...) debe conseguirse el aumento de la implicación de los notarios en la colaboración con ANCERT, tanto mediante los delegados de informática de cada Colegio, como con los notarios que colaboran en los diversos proyectos, así como con cualquier notario que de forma individual quiera hacer llegar alguna idea o crítica a ANCERT.

d) Implementar aplicaciones para facilitar el trabajo de cada notaría, ahorrándoles trámites y evitando la repetición de tareas en cada una de ellas. Buscar la adaptación del principio de "sólo una vez" en la solicitud de datos e información de forma que cada dato sólo haya que introducirlo una vez en cada notaría para poder aprovecharlo para todas las aplicaciones de esa notaría en las que pueda ser utilizado, desde la grabación y escaneo de los DNI hasta el último de los trámites que utilicen esos datos.

Conclusión: ANCERT es la entidad que nos ha permitido disponer con éxito de todas las aplicaciones telemáticas, las firmas

digitales, el índice único, creación de la red RENO que interconecta todas las notarías....

Todas esas **aplicaciones** son valiosas e importantes, pero lo son simple y llanamente porque **deben servir para auxiliar el cumplimiento de la función esencial notarial**: el notario aconseja, asesora de forma imparcial y con carácter institucional, realiza un control de legalidad del documento que redacta y autoriza y da fe pública. Esa función es la que interesa a la sociedad y por la que existimos los notarios.

Todo lo tecnológico no está más que para asegurar que esa función notarial esencial pueda prestarse conforme a los requerimientos que una sociedad moderna y tecnológica exige. La forma más racional, rápida y eficiente de afrontar esa cuestión es sin duda a través de una empresa tecnológica del notariado, que no tenga más intereses que los propios del notariado.

Es por ello que es objetivo de ANCERT auxiliar al notariado en todo lo tecnológico para que éste pueda dedicarse a prestar su función esencial, y en esta fase que ahora iniciamos se realizarán las oportunas reformas para que el notario pueda dedicar más tiempo a esa función esencial.

Es obligación de Ancert mirar por la sociedad, las administraciones públicas, pero debe mirar antes y en primer lugar por cada una de las notarías y estudiar qué puede ofrecer para que la relación entre Ancert y las notarías se vea cada vez más como que alguien, "Ancert", está ayudando al notario en lugar de percibirse como que alguien, "el notario", está trabajando para ANCERT.

ANCERT estudiará, investigará, propondrá al pleno del Consejo las aplicaciones que puedan diseñarse, y si éste las aprueba, las ejecutará y pondrá a disposición de todas las notarías, utilizando la tecnología que en cada momento reúna las condiciones de seguridad jurídica y tecnológica. Ya lo hicimos con la firma digital, y lo seguiremos haciendo con ella o con la tecnología que en cada momento reúna aquellos niveles óptimos de seguridad, llámese firma digital, blockchain o las que en el futuro aparezcan.

Se trata en definitiva de **añadir a la máxima seguridad jurídica que implica la función notarial, la seguridad tecnológica que ANCERT nos puede proporcionar.**

A propósito de la jurisdicción voluntaria y la Llei 3/2017 (*interrogatio in iure*, acuerdos alcanzados tras el cese de la convivencia de uniones estables, y alguna cosa más...)



Jesús-Julián Fuentes Martínez
Notario de Barcelona



Marta-Estela Fuentes Blanco
Notaria de Sant Vicenç dels Horts

I. INTRODUCCIÓN

Centradas básicamente en la temática que indica la rúbrica de esta colaboración, las presentes notas pretenden tan solo dar las **pinceladas más relevantes**, y con mayor y más directa incidencia en nuestro diario quehacer, **motivadas por la aprobación y entrada en vigor de la ley 3/2017 del Parlamento Catalán** (DOG 22 de febrero y corrección de errores ulterior publicada en el DOG de 15 de marzo), **algunas de ellas con vigencia inmediata y otras con vigencia diferida a 1 de enero de 2018**, y cuya principal finalidad -aunque como veremos no la única- es, tal y como se declara en el Preámbulo:

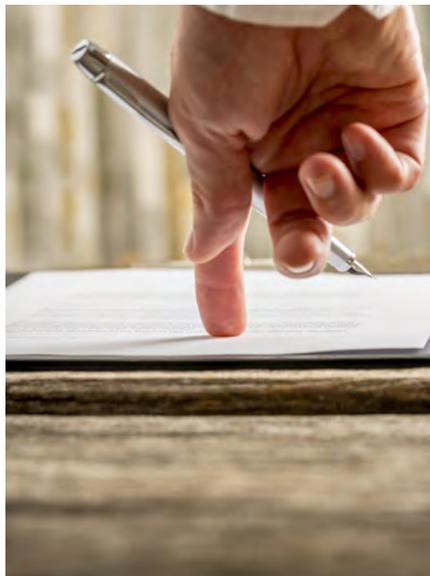
“Las disposiciones finales de la presente ley modifican varios libros del Código civil como consecuencia de la nueva regulación de la

jurisdicción voluntaria, la cual atribuye varias competencias que quedaban en el ámbito de la autoridad judicial y que, al desjudicializarse, han pasado al Notariado y al Letrado de la Administración de Justicia. Se trata de poner al alcance del ciudadano, para conocer de determinados expedientes establecidos por la ley y que se ha considerado oportuno introducir en el Código, unos procedimientos y un modelo de justicia más simple y ágil, sin pérdida de eficacia y exigencia técnica, de modo que, además, esto permita descongestionar los juzgados del exceso de carga en beneficio de los particulares que accedan a los tribunales, de los propios tribunales y de la propia Administración, que podrá reducir costes estructurales en este capítulo”.

Como se ha indicado, la vigencia (teniendo en cuenta la citada corrección de errores publicada), queda así:

“La presente ley entra en vigor el 1 de enero de 2018, salvo el apartado 1 de la disposición final segunda, el apartado 11 de la disposición final cuarta, el apartado 4 de la disposición final quinta y la disposición final sexta, que entran en vigor el 1 de marzo de 2017”.

Es decir, que una buena parte de competencias que el Notariado tiene atribuidas y ejerce desde la entrada en vigor de la LJV (abstracción hecha de la vigencia, nuevamente aplazada otro año más, de la nueva Ley del Registro Civil), cuando sea de aplicación (como derecho material) el derecho civil catalán no podremos ejercitarlas hasta el 1 de enero de 2018, y sí tan solo las relativas a la trascendental reforma que se opera en el artículo 461-12, relativo a la interpe-lación al llamado a una herencia (en vigor desde el 1 de marzo de 2017) y la no menos



importante adición de un apartado cinco al artículo 565-11, que luego comentaremos, y que precisamente da entrada a la intervención notarial en una materia que amenazaba con provocar un importante colapso ante los Tribunales de Justicia, de no haberse habilitado la fórmula que finalmente se plasmó en dicho nuevo apartado.

¿Quiere decir eso que **los Notarios ejercientes en Cataluña** teníamos vedadas, y en su caso **continuamos teniendo vedadas hasta 1 de enero de 2018, algunas de las funciones que la LJV nos atribuyó en su día?** Pues la lógica impone una conclusión evidente: **sólo cuando sea de aplicación el Código Civil catalán**, pues es indudable que desde que entró en vigor la Ley de Jurisdicción Voluntaria y cuando apliquemos, bien el Código Civil español, bien alguna de regulaciones forales o especiales, los Notarios ejercientes en Cataluña podemos desempeñar las mismas competencias que el resto de Notarios españoles, excepción hecha de aquellas que no tengan soporte en una norma material sustantiva que dé entrada a la función notarial, como sucedió con el caso paradigmático de la **interrogatio in iure** hasta la reforma que comentamos y como más adelante veremos.

Obviamente, los Notarios ejercientes fuera de Cataluña se encuentran en la situación inversa: **desde el 23 de julio de 2015 desempeñan funciones que durante la vacatio legis no podrán, si la legislación aplicable al fondo, el derecho material en**

suma, es el derecho civil catalán. Paradójico, pero incontestable.

Nada nuevo, por tanto, como tampoco conviene olvidar (y ello tiene incidencia en una cuestión que luego analizaremos) que lo que hacemos los Notarios a raíz de la citada LJV es seguir empleando nuestras formas documentales para dar curso a unas atribuciones competenciales, que la propia ley se cuida mucho de denominar expedientes, y no procedimientos en sentido estricto. En este sentido y tal y como uno de los autores de estas notas puso ya de relieve:

(...) **tampoco conviene olvidar (y ello tiene incidencia en una cuestión que luego analizaremos) que lo que hacemos los Notarios a raíz de la citada LJV es seguir empleando nuestras formas documentales para dar curso a unas atribuciones competenciales, que la propia ley se cuida mucho de denominar expedientes, y no procedimientos en sentido estricto.**

“El 23 de julio de 2015 entró en vigor la tan esperada LJV, Ley 15/2015, de la que únicamente vamos a ocuparnos de tres de los “expedientes especiales” –en la terminología de la LJV– cuya competencia se atribuye a los Notarios y que van a ser objeto de nuestro estudio. Atribución de competencia notarial que, con carácter general, se consagra en el artículo 49 LJV, precepto que se inicia con una diferenciación conceptual que intenta aproximarse a las dos subespecies de Instrumentos Públicos protocolares que puede autorizar un Notario (acta y escritura), si bien en mi opinión, y a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de cada una de dichas formas documentales, no emplea una técnica jurídica ni legislativa especialmente depurada, pues queda lejos de la mayor precisión que ofrece el artículo 17 de la vigente Ley del Notariado, el cual –recordemos– nos dice que las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases; y las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos,

así como sus juicios o calificaciones. Definiciones básicas, pues, que son a las que hemos de atenernos, toda vez que es en dicha norma reguladora básica de la función notarial –Ley del Notariado de 1862– donde se incardinan los nuevos artículos (49 y siguientes de dicha) introducidos por la DF 11ª de la LJV... dígame lo que se diga, en nuestro diario quehacer que primordialmente va ligada al campo de los Instrumentos Públicos que se incorporan al protocolo, los Notarios autorizamos escrituras o actas en función del objeto sobre el que recaen (perfectamente delimitado en el artículo 17 de la LN), y es lo que seguiremos haciendo también ahora tras la aprobación de la LJV; por mucho que en ella se hable de “expedientes especiales”. Actas y escrituras, en suma, como las que siempre hemos autorizado y a las que únicamente el legislador ahora ha conferido una especial habilitación para producir “determinados efectos”; añadidos a los que de por sí ya tenían”.

II. AMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN

A) Diferida a 1 de enero de 2018, algo que no se justifica del todo, pues una cosa es que el libro VI del Cc Cat tenga vacatio legis (con independencia de lo acordado para gran parte del libro VI, con efectos suspensivos, por el TC en Providencia de 6 de junio de 2017); y otra bien distinta que se dilate en el tiempo el ejercicio de funciones que no podemos ejercitar de aplicarse el derecho civil catalán, y sí de aplicarse -un mismo Notario- el derecho común. Y eso que **esa nueva redacción de preceptos con vigencia diferida retocan aspectos que caen por su peso**, como hablar de separación legal en vez de separación judicial (así sería aun sin mediar reforma). Cosa bien distinta es la reforma operada en el art. 234-6.3, dando entrada al Letrado de la Administración de Justicia en supuestos de cese de convivencia de uniones estables y que después comentaremos. Resumiendo:

a) Hay un bloque de preceptos que disciplinan la resolución de conflictos de intereses (designación de defensor) en el ámbito de las representaciones legales, atribuyendo al Letrado de la Administración de Justicia esa designación; caso de los arts. 222-21.1, 222-29, 223-1, a, 223-7, 224-1, 224-2.

b) Otro bloque de preceptos ajusta la terminología al nuevo marco competen-



cial (término “separación legal”), o acogen el esquema de reparto de competencias entre Notario y Letrado de la Administración de Justicia derivado de la LJV; es caso de los arts. 232.16, 232-36, rubrica del capítulo III del libro 2º, 233-2.3, 233-7, 422-13 o el 442-6.1.

c) Recogiendo la competencia exclusiva notarial -siempre bajo el prisma de la formalización documental que deriva de los artículos adicionados a la Ley del Notariado por la LJV- y que trae causa de esta última, en materia sucesoria se reforman los artículos 421-17, b; 421-18, 421-19 y el art. 461-15 (forma del inventario); y en competencia compartida con el Letrado de la Administración de Justicia, en sede de albaceazgo, **los arts. 422-13.1, 429-4.1, 429-13.2, 429-15.1.** (con la lógica salvedad de las materias que el art. 91.1, apartados 2º, 3º y 4º de la LJV reserva a la exclusiva competencia judicial y respeta el art. 66 de la LN).

d) En lo relativo a la repudiación de la herencia, se reforma el artículo 461-6.1, que exige declaración expresa en documento público, artículo que se diferencia claramente del tenor del artículo 1008 del Código Civil (“la repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público”), y que plantea también interrogantes, pues es bien sabido que el concepto de documento público es más amplio que el de instrumento público y habilitaría la entrada de formas documentales “diversas” y quién sabe si distorsionadoras.

e) Vamos a detenernos en una norma que puede plantear dudas y que comentaremos siquiera brevemente. Nos referimos a la intervención del Letrado de la Administración de Justicia aprobando convenios tras cese de convivencia de uniones estables. Dice así el precepto reformado:

Artículo 234-6. Acuerdos alcanzados tras el cese de la convivencia... 3. Si no existen hijos comunes que dependen de los convivientes, estos pueden regular los efectos de la extinción de la pareja estable por medio de un convenio formulado ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario.

A raíz de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 22 de julio de 2015) los secretarios judiciales pasaron



a ser **“Letrados de la Administración de Justicia”.** Además de esta nueva denominación, **cuentan con nuevas competencias y funciones en el proceso civil,** y a tenor del Art. único, cincuenta y seis a setenta y siete LO 7/2015, que modifica arts. 440 a 469 LOPJ:

-Será responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia organizar la dación de cuenta, que se realizará en los términos establecidos en las leyes procesales.

-El Letrado de la Administración de Justicia impulsará el proceso en los términos que establecen las leyes procesales.

-Se llamará decreto a la resolución que dicte el Letrado de la Administración de Justicia con el fin de admitir la demanda, poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión. Será siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basa.

-Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en una serie de materias, entre ellas y en sede de jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer”.

1) No es descabellado defender que cuando se opte por esta intervención alternativa a la notarial, hay que aislar del

resto, y dar un tratamiento específico, aquellos acuerdos que recaigan sobre bienes inmuebles y puedan ser susceptibles de inscripción. Así las cosas, es muy interesante la afirmación que se contiene en una resolución del DG Dret, que luego veremos, cuando afirma que (en sede de uniones estables) no estamos ante una liquidación de régimen económico, por la simple razón de que éste no existe. Y si estamos frente a actos de pura disolución de condominio, parece claro que el Decreto aprobatorio del convenio hace es aprobar un acuerdo privado. Por el contrario y **de ser el Notario quien aprueba el convenio,** dada su ineludible forma de actuación y plasmación documental **-escritura en este caso-**, resulta que éste es el título llamado naturalmente a acceder el Registro; por contra el Decreto, al no ser propiamente un documento judicial, no participa de las características de éste, entre las cuales siempre ha estado la inscribibilidad. Y para reforzar estas afirmaciones, no conviene perder de vista en lo que atañe a la inscripción de esos convenios, recientes pronunciamientos resolviendo recursos gubernativos contra calificaciones registrales.

2) Como ya se ha puesto de relieve por algún compañero, la DGRN viene matizado últimamente su tradicional doctrina, restringiendo la tendencia, que venía incrementándose hasta el comienzo del nuevo milenio, de **utilizar el Convenio Regulador como un vehículo para transmitir todo tipo de bienes privativos o gananciales entre los cónyuges e incluso a ter-**

ceros (hijos y hermanos del matrimonio), **que requerirían el empleo de escritura pública, el control de legalidad del Notario y la liquidación del correspondiente impuesto.** Tal y como apuntó en su día el Notario Luis F. Muñoz de Dios Sáez, antes del cambio de doctrina del Centro Directivo, asistíamos, de seguir así las cosas, a una vuelta a la transmisión de bienes a través del procedimiento de la *in iure cessio* del Derecho Romano; habiéndose elogiado favorablemente ese cambio de postura pues se dijo por algún autor- “máxime cuando la nueva legislación atribuye también competencias a los Secretarios Judiciales en la materia, lo que habría permitido una *in iure cessio* sin intervención del Juez. Se acaba así con la consideración del Convenio Regulatorio como una especie de “cajón de sastre” que, a modo de negocio transaccional, admitía todo tipo de transmisiones de inmuebles y que llevó a la propia DGRN a admitir en la Resolución de 29 de julio de 1999 la inscripción de una donación de un inmueble a los hijos, sin necesidad del requisito de forma *ad solemnitatem* de la escritura pública, que prescribe el artículo 633 CC”.

En tal sentido citaríamos las RGDGRN de 2 de noviembre de 2016 y la de 30 de noviembre de 2016. Y como más recientes:

-Resolución de 16 de febrero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Almadén a inscribir el testimonio de

un auto dictado en procedimiento de liquidación de una sociedad de gananciales:

“...el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas. Esta Dirección General ha señalado (cfr. Resolución de 19 julio de 2016) que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, esta misma regla es aplicable por la remisión legal que se efectúa conforme ha quedado expuesto, al caso de la liquidación judicial de gananciales. Por lo que este de-facto debe ser confirmado”.

-Resolución de 19 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación por la que se deniega la inscripción de un auto de homologación judicial de una liquidación de bienes gananciales:

“Este Centro Directivo, si bien oscilante en un primer momento, ha fijado una doctrina ya reiterada sobre este supuesto, en las Resoluciones más recientes sobre la materia. En la Resolución de 6 de septiembre de 2016 señaló que: «(...) la transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley

(artículo 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) (...). Esta Dirección General ha tenido ocasión de manifestar recientemente (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013) que “la homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento”. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial, no es menos cierto que para que dicho acuerdo sea inscribible en el Registro de la Propiedad deberán cumplirse los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria (...). También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas».

-Resolución de 11 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Lleida n.º 1 a inscribir el **convenio regulador de un decreto de divorcio:**

“No se plantea por la registradora en su nota ni por el recurrente la cuestión sobre la rectificación del Registro, pero es evidente que si en el Registro figuran los bienes inscritos a





favor de dos cónyuges para su sociedad conyugal tácita aragonesa no puede mediante un acuerdo en documento privado, bien que homologado judicialmente, decidirse la rectificación del Registro sin la oportuna escritura pública o la oportuna resolución judicial del órgano competente dictada en el procedimiento correspondiente, pues dada la naturaleza del acto, el convenio regulador del divorcio no es título formal suficiente, debiendo documentarse en escritura pública o en la expresada resolución. Todo ello de conformidad con los artículos 90, 1274, 1275, 1277, 1323 y 1346 del Código Civil, 3 y 40 de la Ley Hipotecaria y 33, 34, 91 y 214 del Reglamento Hipotecario.

- **Resolución de 5 de abril de 2017**, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación por la que se suspende la inscripción de una liquidación de ganancias aprobada judicialmente:

"Como es sabido, el principio de titulación formal en nuestro Derecho viene instaurado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exigiéndose en su virtud titulación pública (ya sea notarial, judicial o administrativa, atendiendo a la naturaleza de los casos y supuestos del negocio en ellos contenido) siendo muy excepcional los supuestos en los que se permite la mutación jurídico real en documento o instancia privada con plena relevancia registral, sin que el caso aquí planteado pueda encajarse en alguna de estas excepciones (cfr. Resolución 27 de febrero de 2017). También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas".

3) También se contienen **interesantes afirmaciones** -que matizaremos- **en algunas resoluciones dictadas por la DG Dret; como la RESOLUCIÓN JUS/2941/2015, de 26 de noviembre**, dictada en el recurso gubernativo interpuesto contra la calificación que suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de cese de convivencia:

(...) de todo ello se deduce, a nuestro juicio, que el decreto aprobatorio del convenio no es título inscribible en el Registro de la Propiedad, siendo necesario el otorgamiento de escritura pública, tal y como se infiere de la doctrina de la DGRN citada y que ha de entenderse prevalente, toda vez que lo que se suscita en estos casos es una cuestión no tanto de derecho material, sino registral (...)

"... el legislador ha querido equiparar la causa de los pactos de ruptura matrimonial con la de los pactos de extinción de pareja estable y que en ambos casos el criterio orientador que rige los pactos es el interés de los hijos menores de edad, criterio que ejerce la autoridad judicial al aprobarlos o rechazando la aprobación, en el supuesto de que estuviera deteriorado el interés de algún hijo menor de edad. Por eso, en ambos casos, si carece la aprobación del acuerdo sobre atribución de la vivienda familiar por la autoridad judicial queda justificada la suspensión de la inscripción de la atribución de la vivienda familiar. 1.4. La identidad de causa entre ambos tipos de convenios resulta también de la disposición adicional quinta de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, que dispone que en el procedimiento judicial que hace referencia a la ruptura de la pareja estable cualquiera de los miembros de la pareja puede ejercer la acción de división de la cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Esta última previsión procesal presupone pues que con independencia de la existencia del vínculo matrimonial, la extinción de la pareja estable puede producir idénticos efectos patrimoniales que la separación o disolución matrimoniales. Y si en sede procesal de extinción de pareja estable se puede instar la acción

de división de cosa común -como también regula el artículo 552-11.6 del CCC-, nada ha de impedir que en el convenio de extinción de la pareja -que puede evitar el procedimiento judicial- también se puedan contener disposiciones relativas a la división de bienes en común. En este sentido pues no podemos aceptar la argumentación del registrador relativa a la limitación del contenido de los pactos de extinción de pareja estable".

O la **RESOLUCIÓN JUS/1853/2016, de 21 de junio**, dictada en el recurso gubernativo interpuesto contra la nota de denegación de inscripción del testimonio de una sentencia de aprobación de la propuesta de convenio regulador de extinción de pareja estable:

"Segundo. El convenio regulador de las consecuencias de la extinción de la pareja estable... no se procede propiamente a la liquidación del régimen económico de la pareja, porque, en rigor, no existe ningún régimen económico... es, simplemente, un acuerdo de división de diferentes bienes que se llaman de propiedad común, y la sentencia de 28 de octubre de 2014 que lo aprueba no es una sentencia de liquidación de régimen económico, sino de disolución de pretendidas comunidades indivisas, que se basa exclusivamente en la propuesta suscrita por el recurrente y su expareja... En este sentido y con respecto a la posibilidad de disolución de comunidades existentes en el convenio regulador, hay que coincidir con el registrador en admitirla, como ya hicimos en nuestra resolución de 26 de noviembre de 2015 (JUS/2941/2015);... Admitida la posibilidad de que por medio del convenio regulador se pueda pactar la disolución o la división de las situaciones de comunidad existentes sobre bienes de los que los dos integrantes de la pareja sean cotitulares, adjudicando a uno de ellos la totalidad de los bienes de acuerdo con los criterios que establece el artículo 552-11 CCCat, cuestión diferente es que, por medio del convenio, se puedan instrumentar también adjudicaciones de bienes privativos de uno de los integrantes de la pareja en el otro..."

Pero **de todo ello se deduce, a nuestro juicio, que el decreto aprobatorio del convenio no es título inscribible en el Registro de la Propiedad, siendo necesario el otorgamiento de escritura pública, tal y como se infiere de la doctrina de la DGRN citada y que ha de entenderse prevalente, toda vez que lo que se suscita en estos casos es una cuestión no tanto**



de derecho material, sino registral: qué títulos son hábiles para provocar asientos registrales conforme a las disposiciones de la Legislación Hipotecaria.

B) De vigencia no diferida ya sabemos que son de especial importancia la interrogatio in iure, y la norma dictada para prevenir una posible avalancha de reclamaciones judiciales en tema de censos (sin perjuicio de la previsión de vigencia inmediata dictada para los supuestos de modificación de capacidad en lo relativo al derecho de sufragio activo). Como se puede comprender, vamos a dedicar **especial atención a la interrogatio in iure.**

a) Por lo que se refiere a la **reforma del artículo 211-3**, se le añade un apartado cuarto, respondiendo a la petición de las familias y las entidades tutelares que tienen a su cargo personas con la capacidad modificada y que, en el trámite judicial de modificación de la capacidad, han sido desposeídas del derecho de sufragio activo y pasivo. Y ello dirigido a hacer que la autoridad judicial deba pronunciarse expresamente con relación a esta cuestión a la hora de decidir sobre la modificación de la capacidad de la persona.

b) La **adición de un nuevo apartado (5) al artículo 565-11**, pretende evitar una presumible -y anunciada- avalancha de reclamaciones ante los tribunales con finalidad interruptiva de la prescripción, habilitándose ahora dos mecanismos para que la misma pueda operar extrajudicialmente;

precepto, por lo demás, aplicable a todos los censos con independencia de la fecha de constitución, dada la adición de una nueva D.Tr. (numerar como 21ª) al libro V, por obra de la DF sexta de esta ley que comentamos. Únicamente llamar la atención de los problemas que podrían plantearse para el censalista, si quisiera hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 565-11.5, a la vista de la relevante doctrina que en tema de cancelación de censo deriva de la importantísima resolución DG Dret (JUS/952/2017, de 26 de abril), y de la que resulta que aun constanding practicada la nota acreditativa de la vigencia de censo practicada al amparo de la Disposiciones Transitorias primera o tercera de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, a que se remite la Disposición Transitoria Decimotercera uno del Libro V, es posible cancelarlo si no consta dividido en las fincas sobre las que se declaró la obra nueva, matriz de las fincas divididas horizontalmente.

c) **La reforma de la interrogatio in iure.** A raíz de la vigencia de LJV se suscitó en Cataluña, de aplicarse a la sucesión el derecho civil catalán, si la competencia para practicarla había pasado a ser notarial o si por el contrario y al estarse en presencia de una norma sustantiva propia (que como es bien sabido parte de unos planteamientos y efectos bien diferentes a lo que se regula en el CC), seguía siendo judicial, algo que originó una gran controversia en la doctrina -desde dicha aprobación- e incluso dio lugar a algunos pronunciamientos contradictorios en sede de los Juzgados de 1ª Instancia. Por ello, y en el interim, **la Audiencia Provincial de Barcelona adoptó**, y comunicó al Colegio Notarial, unos **acuerdos de unificación de criterios de las Secciones Civiles** de dicha Audiencia, en cuya virtud se vino a entender que no era de aplicación en Cataluña el artículo 1005 del Código Civil, que atribuye al Notario la competencia en la institución sucesoria de la interrogatio in iure, según redacción dada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, por lo que mientras no se reformara la legislación sustantiva, no era del Notario sino del juez la competencia en dicha materia de la interrogatio in iure, por así estar regulado en el entonces vigente artículo 461-12 del Código Civil de Cataluña, que contenía una norma propia de derecho civil.

Veamos algunas cuestiones que suscitan la nueva redacción del precepto.

1) Comenzaremos por **contextualizar** el aspecto que nos ocupa en este artículo, la **incidencia que ha tenido en la teoría y práctica notarial la publicación del libro 6 del CCC**, pues toda reforma legislativa goza de una propia lógica y razón interna, ya que siempre se articula para dar respuesta a una demanda social disciplinándola a través del derecho. En este caso, ciertos aspectos del libro 6 del CCC representan un eslabón más en la profunda reforma jurídica llevada a cabo por la LJV y que no sólo, y tomando prestadas palabras de su preámbulo, han incidido en la "modernización" "homologación", "racionalización" del derecho y "la efectividad de los derechos privados" sino que también han potenciado la labor de ciertos operadores jurídicos, entre los cuales destaca nuestro cuerpo notarial en su mayor y más primigenia manifestación de servidor y funcionario público.

A raíz de la vigencia de LJV se suscitó en Cataluña, de aplicarse a la sucesión el derecho civil catalán, si la competencia para practicarla había pasado a ser notarial o si por el contrario y al estarse en presencia de una norma sustantiva propia (...), seguía siendo judicial,...

2) **La nueva redacción del art 461.12, en vigor desde el 1 de marzo**, ha zanjado el debate sobre la competencia notarial en la interrogatio in iure, alineándose con la reforma operada en el art 1005 a raíz de la entrada en vigor de la LJV. Queda por lo tanto positivizado, tanto en derecho civil común como en derecho civil catalán, la exclusiva competencia del Notario para interpellar al llamado a una herencia para que manifieste si acepta o repudia.

3) **Sin embargo, el art 461.12, acorde con el carácter detallista del articulado del CCCat, se aparta conscientemente de la regulación del CC, tanto desde un punto de vista teórico como de práctica notarial.** Desde un punto de vista teórico, el artículo sigue recogiendo la tradicional distinción en este punto entre ambos derechos, pues en Derecho catalán el llamado tiene un plazo de dos meses para aceptar o repudiar y si nada manifiesta se entiende que repudia, mientras que en Derecho Común el plazo se ve reducido a treinta días



naturales, al término del cual se entiende que el llamado acepta pura y simplemente. Una novedad correlativa en ambos preceptos es que el plazo deja de ser discrecional, pues antes el Juez tenía la potestad de fijar un plazo a su discreción sin rebasar el máximo legal, para pasar a estar taxativamente fijado por la ley. Desde un punto práctico, el propio artículo es mucho más preciso en cuanto al procedimiento que ha de seguir el Notario para llevar a cabo la interpelación. El 1005 del código civil no establece ningún mecanismo de actuación notarial, ni siquiera contiene la genérica remisión a la legislación notarial; simplemente dispone que el Notario deba notificar al llamado. En este sentido, es necesario acudir a la legislación que regula las formas de actuación notarial y los requisitos de la misma, esto es, a la Ley del Notariado y especialmente al Reglamento Notarial.

4) Complementando el art. 1005 CC con el art. 202 del Reglamento Notarial, parece ser que lo legalmente adecuado sería una **primera notificación personal y en defecto de ésta el envío de la comunicación por correo certificado;** pero con mejor criterio, **el Código civil catalán establece de forma muy detallista el qué, el cómo y el cuándo de dicha actuación,** ya que prevé escalonadamente varias fases -y formas- de actuación notarial que garantizan que el interpelado tenga el efectivo convencimiento de que ha sido llamado a una herencia, cuáles son sus derechos y cuáles las consecuencias de su acción/inacción; y decimos escalonadas, porque para pasar “al siguiente escalón” debe haberse intentado, y frustrado, el anterior.

5) La primera, y más garantista actuación notarial, **es la de interpelación personal, pues el precepto ordena que en primer lugar el Notario vaya al lugar indicado en el requerimiento para interpellar personalmente al llamado.** El precepto especifica que debe hacerse **como mínimo dos veces en días diferentes,** si bien no aclara, dejando una fisura interpretativa, si inexcusablemente se tienen que hacer dos notificaciones al llamado o si bien si la



primera llega a buen puerto la segunda notificación no es necesaria, cosa que parece la solución más razonable, pues la propia lógica garantista del precepto, que sólo exige que se acuda a la siguiente forma de notificación si se frustra la anterior, nos lleva a interpretar que si el posible llamado tiene un efectivo conocimiento del contenido de la *interpelatio* en el primer requerimiento notarial, no hace falta realizar un segundo requerimiento personal.

6) La segunda forma de actuación que disciplina el precepto, y que sólo puede llevarse a cabo si no se puede realizar el requerimiento personal, **es la comunicación mediante correo certificado con acuse de recibo,** método al que también acude el art 202 del RN. Y aquí sí que hay que tener en cuenta una importante precisión, y es que dando por sentado que el requerimiento personal al interpelado ha de realizarlo el Notario que tenga competencia territorial, de ser infructuoso, la remisión por correo de la cédula la ha de realizar el mismo Notario que sea competente por razón del territorio y vio frustrada su actuación personal (de ser distinto al que abrió el acta y

por ende el procedimiento), pues lo contrario supondría una clara vulneración de las normas de competencia territorial y la actuación en distrito para el que se carece de fe pública.

7) Por último, si ésta tampoco puede llevarse a cabo, se activa una forma de cierre de la actuación que opera como mecanismo último de garantía, cual es la **publicación de edictos en los dos periódicos de mayor tirada:** ¿locales, provinciales, comarcales? Ante el silencio de la ley parece que el sentido común nos lleva a concluir que si hay dos periódicos de edición local éstos prevalecen, y si no, hay que acudir a los dos de mayor tirada provincial.

Visto el precepto resulta llamativo cómo el CC Cat, frente a la vaguedad del art.1005 del CC que nos obliga a remitirnos al RN e integrarlo normativamente en la forma indicada, establece detalladamente cómo ha de actuar el Notario en orden a proteger el *ius delationis*, pues la repudiación automática de la herencia, una vez transcurridos los dos meses, obligan a materializar medidas más garantistas que preserven el adecuado ejercicio de este derecho.

Ponga un algoritmo en su vida.

Blockchain, Bitcoin, Fintech y otros barbarismos al uso



Ramón Vázquez García
Notario de Badalona

Para enfrentarnos a las vicisitudes que, de cualquier forma, se presentan en nuestra vida de ciudadanos de la sociedad de la Información- lúdicas, laborales, mecánicas, administrativas....- nos servimos, o nos sirven, de los algoritmos que son ya parte inseparable de nuestra coetaneidad. Los entendemos como *"conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema"*. Si damos un salto cualitativo en la escala tecnológica, vemos que también forman parte de una herramienta, o haz de las mismas, que condiciona y explica la actividad del mundo en el que nos ha tocado vivir.

Me refiero a **Internet**, entendida, sin ir mucho más allá, como tecnología de la información, comunicación y difusión ya generalizadas. Por si esto no bastase, aparece, veremos si como burbuja o elemento esencial, el concepto de aquello que sea la tecnología basada en **Blockchain**, cadena de bloques en suma. Se la concibe como un grado superior a lo que conocemos y utilizamos porque es **un salto cualitativo esencial que incorpora valor, reelaboración y equilibrio en un entorno de información compartida**. Si hacemos caso a sus difusores más conspicuos, habría que añadir que ha llegado, como en su día lo hizo el rock, para quedarse. Poca broma, entonces. Se

nos presenta un escenario que los expertos califican de disruptivo, al aparecer ex novo una tecnología que supera y condena a otra a la obsolescencia.

Ante este tipo de procesos y sus escenarios concatenados, los Notarios, como agentes jurídicos cualificados por el Estado, podemos ponernos a la defensiva- *esto no nos afecta tanto como dicen, la Administración irá desbrozando el camino que para algo somos Notarios...* - o bien, analizar con prudencia y necesarias dosis de sentido común lo que la tecnología, incorporada a nuestra profesión, y sus más que contrastadas prácticas, pueda ayudar a presentarnos ante la sociedad. Con una cualificación reforzada y

adaptada a las exigencias que nuestro entorno socio-económico nos demanda.

Epistemología deseable

En todo este magma intenso de interconexiones jurídicas, económicas, ideológicas, políticas, corporativas e institucionales de variada índole, no vendría mal echar mano de un clásico: la **Epistemología**; y, por ende, la aplicable a la actividad de los Notarios. Entendida esta herramienta, muy sucintamente, - que ya nos vale - como estudio pormenorizado primero, análisis gradual posterior e inevitable proyección, en su caso, de la actividad profesional de los Notarios. Por si sirve de elemental recordatorio, en el mundo "digital" no hay, al menos hasta hoy, división de poderes, y el valor añadido de nuestra función, en el sentido lato del término, puede llegar a cobrar una mayor y renovada prestancia, si estamos presentes en la nueva realidad que se origina a nuestro alrededor, con decidida y reafirmada voluntad de ofrecer soluciones y alternativas contrastadas de la mano de profesionales experimentados. (No debe sonar a raro, bastaría con traer a colación conceptos trascendentes y de exposición sencilla, pero contundente, recogidos en la **Ética a Nicómaco, Libro V** sobre, ahí es nada, la Justicia.)

De manera esquemática podríamos esbozar el análisis aproximativo recordando, poniendo al día, sacando consecuencias y plasmarlas en el día a día de la oficina notarial.

- a) Fundamentos de la función notarial
- b) Institucionalización actual de la misma
- c) Límites objetivos y eventual expansión
- d) Metodología actualizada e implementación de la función

La *expertise* del Notario comienza en su relación habitual con terceros en el uso y difusión de un lenguaje funcional donde, como se sabe, procura trasladar en su documentación la realidad, con los matices precisos, que ha de quedar perfectamente encajada en los grafemas utilizados. El Notario es un experto hermeneuta en el manejo y plasmación documental de un lenguaje que le es característico y que ha de ser tarjeta de presentación adecuada sin "intérpretes" terceros que pueden llegar a postergar, minusvalorar, suplantar o malinterpretar aquello que el Notario dice, expli-

ca y difunde. Esto nos ha conducido a la utilización y difusión de taxonomías notariales relativas al contenido económico, jurídico e institucional en el trabajo más al uso de un Notario. Estamos, por tanto, avisados para seguir la posible distorsión que suponga la insalvable autonomía que cualquier tecnología especializada pueda llevar a cabo, con una dialéctica y dinámica propias, como nos podría ilustrar **Langdon Winner**, a partir de, precisamente, un análisis notarial personalizado como tal.

Graduación de la actividad notarial

La actividad aneja a la función notarial, no tiene por qué desplegar sus efectos siempre de la misma manera, por más tautológico que parezca. Siguiendo y parafraseando a la literatura periodística más común, nos encontraríamos ante:

Soft Notariado: Consistente en la legalización y legitimación documentales.

Hard Notariado: Intervención y autorización contractuales A esta división genérica de una actividad que cada día tiene más matices, habría que añadir la conservación, desarrollo y uso de las **Bases de Datos notariales**; como actividad esencial y proyecto de futuro, en los términos reflejados y fijados en una reciente editorial de **Escritura Pública**.

...las dosis tecnológicas añadidas al documento notarial, han de marchar de la mano de las soluciones jurídicas, de la intensidad de la respuesta notarial acorde con las exigencias legales y reglamentarias de ésta como imagen tradicional de marca del Notariado latino.

Por tanto, las dosis tecnológicas añadidas al documento notarial, han de marchar de la mano de las soluciones jurídicas, de la intensidad de la respuesta notarial acorde con las exigencias legales y reglamentarias de ésta como imagen tradicional de marca del Notariado latino. Si no tenemos claro de qué realidad partimos, qué pautas analíticas aplicamos, cómo queremos desenvolvernos además de cómo "nos desenvuelven", qué encaje y jerarquía institucionales tenemos, difícilmente podremos abarcar e incorporar



satisfactoriamente tecnologías llamadas a ir modelando nuestro entorno y, en su caso, superar una competencia objetiva casi taxonómica.

Incorporar las NNTT es un plus y marcho de un Notariado posible, y socialmente adaptado a un marco competencial al que éstas pueden ayudar a extender.

Definición de **Blockchain**: "Base de datos de transacciones, dividida en bloques validados por la red entera, y que luego son añadidos a la cadena de transacciones anteriores". James Schneider. Goldman Sachs.

La filosofía de la cadena de bloques exige que todos los ordenadores enlazados por red, se vinculen con un cálculo matemático complejo que valide las firmas digitales de todos, y garantiza la concordancia de las transacciones previas para ir trascendiendo en la cadena.

No obstante, no es una tecnología que, de por sí, sea infalible y ajena a cualquier eventualidad de manejo, ya que indefectiblemente y, al menos hasta ahora.

- a) Necesita de una organización basada en el consenso
- b) La carencia de un operador único que influya al resto es una debilidad intrínseca del sistema y condiciona su evolución

No hay nadie dentro del sistema de la cadena de bloques que establezca unas



pautas mínimas de regulación, y en el caso de establecerse habría que hacerla con unos criterios transparentes, acordes con la filosofía del sistema y habría que preguntarse quién, o quienes, se beneficiaría de ésta. Tampoco se nos garantiza que pasado el tiempo, la tecnología inicial siga sirviendo para ir accediendo a estadios posteriores de la misma cadena, y llevados a cabo con una tecnología que no ha de ser la inicial. No obstante nos encontramos con una serie de excelencias que son una **garantía de seguridad**.

a) Existe una dificultad esencial para "piratear" la estructura de una cadena de bloques

b) Habría que acceder a cada una de las copias que se encuentran en todos y cada uno de los ordenadores conformantes de la red

c) La cadena de bloques guarda y recupera fácilmente información, por tanto, correcta y fiable

Todo esto, a partir de unas determinadas **características funcionales**.

a) Se actualizan todas las copias cada vez que se introduce información

b) Si los registros son idénticos, es fácil verificar y garantizar la corrección de la información

c) No hay "terceros", o dirección centralizada

d) Hay una dificultad intrínseca de fraude

e) La transparencia está garantizada

Hay, además, un criterio cualitativo diferenciador de una **Base de Datos** al uso, ya que todos los integrantes cuentan con

a) Base de datos al completo a su disposición

b) Conocimiento y potencial uso de los mismos registros

c) Lógicamente, de la misma información

Abundando en la Transparencia como uno de los valores más publicitados de la cadena de bloques, por sí misma, no alcanza a ser un valor intrínseco de ésta.

Hay que recordar siempre que nos referimos a esta filosofía que puede utilizar **Blockchain** cualquiera que sea "aceptado" para agregarse y que, por ello, **puede acceder a todo el contenido** -circunstancia ésta que siempre se ha de tener en cuenta para saber a qué nos estamos refiriendo. La duda que nos puede asaltar, es si alguna de estas características esenciales que hacen rechinar lo que hasta ahora conocemos como "normal", pueden ser matizadas o acomodadas a criterios más al uso para evitar disfunciones indeseadas y que supongan un rechazo completo del sistema, por más que merezcan elogio algunas líneas de trabajo sencillamente avanzadas.

Así, tendría lógica preguntarse si Blockchain podría ser susceptible de algún grado de "jerarquización". Con esto se prevenirían algunas de las disfunciones sugeridas porque podría introducirse cierto "equipo de gerencia" para "controlar y dosificar" la

transparencia y acceso a toda la información. Esto nos llevaría a una graduación de estas peculiares, por ahora, Bases de Datos porque se dividirían entre:

- Bases de Datos con autorizaciones expresas- Permissioned-

- Bases de Datos sin las mismas - Permissionless-

ELEMENTOS IMPRESCINDIBLES EN UNA BASE DE DATOS ORGANIZADA CON BLOCKCHAIN

Contenido de transacciones selladas e inmutables susceptibles de ser replicadas en cualquier servidor. Implica a:

a) Transacción, como tal

b) Registro de estas transacciones

c) Sistema verificador con almacenaje añadido

ACCESO DE USUARIOS POTENCIALES

Los usuarios con sus ordenadores vinculados a una cadena de bloques son los NODOS. Un NODO, para acceder y vincularse adecuadamente, necesita, como poco, verificar que A es B, a partir de unos términos preacordados. Y cuando se llega a verificar, en este ámbito peculiar, la información a partir de pautas preacordadas, nos encontramos que podemos hablar de **smart contracts**.

Estos smart contracts pueden suponer unas fórmulas de contratación electrónica renovada.

Particularidades básicas de estos últimos, es que se parte de una denominación que induce directamente al error, ya que **no tienen por qué suponer contenido ni mandato legal, per se**. La ejecución automática de su premisas objetivas, a partir de valores preestablecidos, favorece la verificación de información transaccional- lo que, de salida, supone un aliciente nada desdeñable para determinadas actividades económicas que se han venido desarrollando con formularios legales muy estandarizados, a su vez- dentro de actividades de consumo muy divulgadas.



Estos **smart contracts** pueden suponer unas fórmulas de contratación electrónica renovada. Las bases científicas primeras-fundamentos teóricos, analíticos e incluso prácticos- de todo esto no son precisamente novedosas, ya que pueden enlazarse sin demasiada dificultad con parámetros diseñados ya en "Theory of contracts" 1986 **Oliver Hart&Bengt Holstrom**, o en "Economía, organización y gestión de la empresa" 1992, **Paul Milgrom&John Roberts**. La más actualizado al respecto parte de la mención de John Szabo y sus esfuerzos en esta materia que datan de circa 1990. De hecho, y con poco esfuerzo pueden servir para equilibrar la capacidad negociadora de los contratantes efectivos, más allá de los conocidos contratos de adhesión.

Lo que está en juego con formulaciones de este tipo es si la tecnología, sin más, puede llegar a garantizar la validez formal, y ser decisiva en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Si se quiere operar con formulaciones y esquemas tecnológicos de esta clase habrían de ser dotados de ciertas dosis de contenido obligacional superando la funcionalidad técnica que tengan.

Si jurídicamente hablamos, se podrán configurar teniendo en cuenta a:

- a) Red abierta
- b) Red con terceros de confianza- Art. 25 LSSICE
- c) Red notarial

El marco legal de cada una de estas posibilidades es claramente diferente y con grados de comprobación y tutela jurídica de intensidad variables, si en seguridad contractual pensamos. Para dar respuesta, con diverso grado de éxito, a algunas de estas funcionalidades ya han aparecido plataformas de código abierto para aplicar y desarrollar los **smart contracts**.

- a) Codius.- diseñada para funcionar con criptomonedas
- b) Funciona con sistema de pagos y criptomoneda propios.

En nuestro ordenamiento, para dotar de contenido obligacional e ir argumentando un régimen coherente a los Contratos inteligentes de contenido obligacional habría que tener en cuenta, por lo menos a:

- 1) Art. 108 del Cc: ley, contratos, y cuasi contratos.

2) Art. 1091 Cc: efectos de la vinculación obligacional entre contratantes

3) Art. 1254 Cc: existencia del contrato

4) Art. 1261 Cc

5) Art. 23 L 34/2002 de 11 de Julio LSSCIE

La **LSSCIE** nos marca, a su vez, unas líneas elementales:

1) Obligaciones de contratación electrónica. Arts. 27 y sgs. LSSCIE

2) Exigencia de información previa a disposición del contratante.

3) Condiciones generales del contrato que puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario

Hay que indicar que la LSSCIE no es un cuerpo legislativo que estuviese preocupado, o no, por la actividad notarial como garantía de prevención de eventuales conflictos inter parte. Más bien es una realidad económica y jurídica paralela que no reserva al Notariado papel relevante alguno.

La tecnología desnuda de criterios lógicos de salvaguarda de derechos de información, formulación contractual, eficacia etc... acentúa la desprotección del contratante no proponente como muy bien ha dicho la mejor doctrina versada en Derecho consumerista.

A pesar del esfuerzo tecnológico desplegado y la aplicación de esta tecnología a actividades económicas susceptibles de recoger lo esencial de aquélla, hay unas dificultades funcionales de partida que lastran su eficacia jurídica:

a) Los contratos electrónicos, en la práctica, no son sino contratos de adhesión

b) Existe una dificultad de comprobación de la concurrencia de requisitos elementales de validez jurídica.

La tecnología desnuda de criterios lógicos de salvaguarda de derechos de información, formulación contractual, eficacia etc... acentúa la desprotección del contratante no proponente como muy bien ha dicho la mejor doctrina versada en Derecho consumerista. Hay que volver a polémicas ya suscitadas hace tiempo acerca de las pruebas de celebración del contrato que no han

hecho sino reverdecen con la aparición de estas recientes plataformas tecnológicas que se nos han presentado envueltas en una mercadotecnia agresiva y rompedora como si fuesen reencarnación del **Bálsamo de Fierabrás, versión 2.0**. Esto nos lleva, otra vez y sin solución de continuidad, a la eficacia y puesta en valor de los llamados **"Terceros de Confianza"** y el despliegue de todos sus encantos institucionales para acotar el campo abierto de la tecnología, con su propia dialéctica, recursos, valedores, eficacia sin límites y regeneración propia sin acudir a medios y criterios que "entorpecerían" la calidad de su propia fuerza.

A fuer de ser reiterativo, hay que poner en liza intelectual:

a) Utilización hasta el desmayo de la ¡firma electrónica!

b) Fórmulas de acreditación de la autenticidad documental

c) Confidencialidad, que siempre ha de ser prioritaria

d) Seguimiento fácil del contenido y fases contractuales

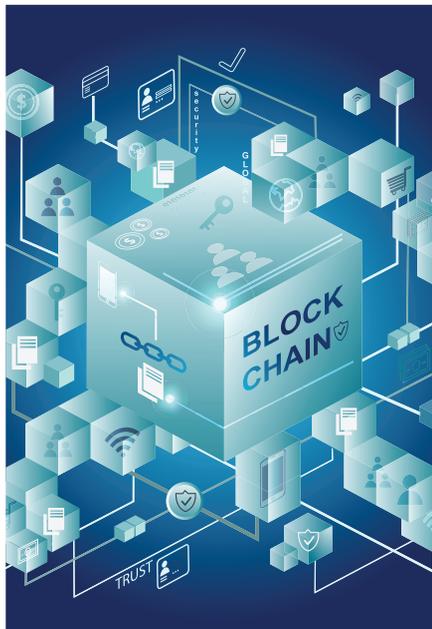
e) Sellado de tiempo.

Hay que decir que cualquiera de estos puntos está incorporado con diversa intensidad- Hard&Soft Notariado - a la práctica más habitual de cualquier despacho notarial.

ORIGEN DEL BITCOIN

Hablar de Blockchain , y más con la avalancha informativa y mercadotecnia vinculada a la misma que se ve a diario en los media, es hacerlo de Bitcoin. Es difícil que a estas alturas no tengamos ya todos una idea más que aproximativa de lo que este fenómeno sea. Los jardines de Babilonia, Eldorado, Cibola, la fiebre del oro, los diamantes ensangrentados o el tesoro del Capitán Kidd, han podido tener mejores relatores y valedores, pero la cantidad de los que alaban las virtudes, calidad, difusión seguridad, rentabilidad, por ejemplo, de esta criptomoneda supera en cantidad a todos los anteriores. Si Vd, no tiene una parte de su indudable fortuna invertida y respaldada por esta maravilla de maravillas, probablemente Vd. no sea nada, o casi nada.

Recuerdo muy breve y esquemáticamente que su aparición se produce circa 2009. Se alude a un creador anónimo que



se autodenominó **Satoshi Nakamoto**, del que se duda que sea una sola persona y que su origen, a pesar del nombre, tenga que ver nada con Japón o cosa que se le parezca. Está ligado a un movimiento tan particular como es, o era, el **Criptoanarquismo**. Rompedor y novedoso como pocos. Se trataba, a lo que parece, de buscar un método:

- a) Transparente
- b) Seguro
- c) "Fácil"

para realizar transacciones financieras "clásicas" sin ataduras ni controles estatista o institucionales, del origen, ideología o país que fueran.

Hasta hora, y teniendo en cuenta la proyección espectacular del valor del Bitcoin/Euro/Dólar USA que parece imparable, burbuja se califica ya esta figura por cualificados analistas- no ha sido necesario recordar a **Lucio Anneo Seneca** cuando en "**Hércules en el Etna**" 691, se refería a "Caro precio de la ambición es la ruina". Hay que aclarar que BITCOIN es una cadena de bloques- Blockchain que no precisa de autorización de acceso previa. Es, por lo tanto, estructura abierta. Además su éxito, con claros rasgos especulativos, ha contagiado y animado a la aparición de otras criptomonedas. Se puede hablar ya de más de 500 criptomonedas diferentes.

Como rasgos básicos de su funcionamiento hay que señalar:

- 1) Es una moneda digital, virtual, que se "emite" por una red descentralizada
- 2) Se guarda en un "monedero digital" ya que todo es virtual
- 3) Las transacciones se hacen de "monedero" a "monedero" y se transfiere un "valor"
- 4) Estos "monederos" están insertos en datos criptográficos, con una clave privada -"seed"- que se utilizan para comprobar la fuente y la "firma"
- 5) La transacción se registra en un Libro Mayor- ledger- como un "bloque" nuevo
- 6) Se sella con una clave privada - firma digital-
- 7) Existe un proceso de verificación, consustancial al sistema: "mining"
- 8) Aquellos que desarrollan el "mining"- mineros- reciben una compensación por la verificación realizada
- 9) Se utiliza un algoritmo criptográfico-hash.

Añadamos alguna característica definitoria más, y aclaratoria, de la naturaleza de esta criptomoneda que está marcando ya una época.

Para esto, nada mejor que dejar claro que se trata de una **creación informática: concepto convencional de base inicialmente ideológica de superación de controles institucionales "coactivos"**. Complementémoslo diciendo que es, nada menos, un **activo patrimonial de creación, además, privada que por su naturaleza digital es incorporeal y utilizada como unidad de cuenta**. Habrá que ver la diferente recepción estatal que se haga esta criptomoneda, y en qué manera se puede ahuyentar su reputación de refugio de transacciones no ya especulativas, sino sospechas por su ausencia declarada y manifiesta de transparencia.

¿SUPONE EL BLOCKCHAIN, CON SU IDEOLOGÍA SUBYACENTE, UNA DILUCIÓN EFECTIVA DEL NOTARIADO?

"El que ruega y no insistió, está incitando al no" Lucio Anneo Seneca, Fedra 593, 594.

Uno de los últimos presidentes del CGN se refirió al Blockchain cuando por él fue preguntado, afirmando, al responder, que ésta estructura estaría mejor con Notarios. Plausible y benéfica intención, si de Notarios hablamos. Lo que ocurre es que no es raro aquellos que presentan a esta tecnología de la cadena de bloques, ha pasado ya antes con la tecnología sin más, como antagónica con la más tradicional actividad del Notario, porque serviría, según estos **Savonarola** de la novedad, para facilitar, si así fuera conveniente, la figura del **"Notario electrónico o digital"**, o que las transacciones se autoliquidaran, y verificasen por la utilización de software que superara en coste, eficacia, capacidad de respuesta, universalidad y versatilidad, nada menos, lo que, hoy por hoy, hacen todavía los Notarios. Cuando este cuerpo de profesionales jurídicos bajo la tutela jerárquica, funcional e institucional del Estado ha pedido un plus de facilidad de recepción legislativa al esfuerzo tecnológico realizado motu proprio, no siempre ha tenido respuesta adecuada al esfuerzo e ilusión por parte de la Admón. a la que se haya acudido. A la que se debe que, incluso y por insistencia tozuda digna de mejor suerte, se ha llegado a legislar alguna iniciativa que, por falta de desarrollo y apoyo posteriores, se haya quedado como esfuerzo nominalista vacío de contenido y brindis al sol que más calienta. Preocupante, sin duda.

Hay una exigencia funcional, en aras de una eficacia necesaria y deseable reducción de costes, de "centralizar" la información, porque Blockchain la descentraliza y puede llegar a su "dispersión".

La **Fe Pública notarial** ha de estar presente en la transacción blockchain sin que ninguna tecnología haya de excluir la expertise del Notario, máxime con las carencias de seguridad jurídica que se están viendo. Es más, el **software blockchain**, ya en funcionamiento en los más diversos sectores económicos, ha de ser herramienta eficaz en manos de los Notarios para, precisamente, poder desarrollar su función de acuerdo con la exigencia de unos cometidos que están evolucionando con la utilización, ma non troppo, de las NNNT.



De hecho, no es un secreto para nadie que hay ya un “tracto blockchain” susceptible de incorporarse a los Registros Públicos- de folio personal y Registro de muebles e inmuebles-. Hay una exigencia funcional, en aras de una eficacia necesaria y deseable reducción de costes, de “centralizar” la información, porque Blockchain la descentraliza y puede llegar a su “dispersión”. Hay que reconocer, no obstante, y con todas las matizaciones que se quieran, pero reconocer al fin y a la postre, que la Fe Pública extrajudicial desarrollada por los Notarios tiene una esencialidad estructural: duplicidad funcional con los Registros públicos de aquel volumen de trabajo susceptible de ser inscribible en éstos. Hay un esfuerzo institucional, por lo menos lo ha habido, para mantener la “compatibilidad” de los vigentes sistemas notarial y registral, respectivamente. Las NNTT han de encontrar su propio ámbito de utilización y reconocimiento, dentro de instituciones con características tan singulares, dentro del contexto europeo, e inherentes del sistema de seguridad jurídica preventiva en España. Ayudarían, iniciativas o tendencias así, a la posibilidad de añadir valor a la prestación de la función notarial con la ineludible implementación de aquéllas.

Si recogemos que el contenido de una transacción, basada en un software de cadena de bloques asociada a un algoritmo de ésta, se califica exacto y válido por la propia idiosincracia del método, estaríamos empezando a marcar terreno para la recepción primera de toda esta urdimbre tecnológica y su respaldo dentro de la Fe Pública, tal y como hasta ahora la venimos conociendo y utilizando.

Lo que quiera que incorpore Blockchain, y la “realidad objetiva” fuera de la transacción puede, además, ser perfectamente notarizable, con valor añadido propio de esta actividad, en función de la forma jurídica que llegue a ser exigida por el ordenamiento.

BLOCKCHAIN y la FINTECH-Tecnología de las finanzas

La aparición de prestadores de servicios financieros al margen de los intermediarios tradicionales, bancos y compañías de seguros, está basada en la accesibilidad de software fiable, asequible, versátil y eficaz por pequeños intermediarios que carecen de las cargas de estructuras de los hasta ahora más conocidos y utilizados. La eventual armonización de ambas realidades, la tecnológicas y las estructuras tradicionales, nos ha llevado a un panorama no ausente de contradicciones. Los métodos de nuevo cuño basado en tecnología disruptiva exigirá para superar disfunciones y contradicciones un escenario de aceptación universal: la “colaboración” entre los ahora desiguales competidores que lleve, más allá del fair-play empresarial, a la armonización y normalización de procesos, vg: pagos, internacionales o no, registro y control de operaciones, armonización y control fiscales etc... Se parte de unas exigencias de volumen contractual muy elevado que los operadores FINTECH han, hasta ahora, esquivado para conseguir rentabilidad.

La aparición de prestadores de servicios financieros al margen de los intermediarios tradicionales, bancos y compañías de seguros, está basada en la accesibilidad de software fiable, asequible, versátil y eficaz por pequeños intermediarios que carecen de las cargas de estructuras de los hasta ahora más conocidos y utilizados.

Es una actividad que, por ser online, no tiene porqué compelerse a actuar dentro de una realidad geográfica o estatal sino, por definición, a relacionarse con múltiples legalidades, lo que es un factor añadido de complejidad a la hora de facilitar regímenes homologables. No es fácil tampoco, desde

el punto de vista de la transparencia y seguridad jurídica el casar los conceptos de “identificación” y “anonimato” imprescindibles desde una visión marcada por el acervo de la UE.

Los retos de la innovación tecnológica en la prestación de servicios financieros pasa por:

- a) Seguridad ineludible
- b) Aplicación y desarrollo de los conceptos ya esbozados en la Directiva 2015/2366

Si hacemos caso de un reciente informe de PWC sobre Tecnofinanzas:

- a) Las instituciones financieras “clásicas” podrían perder el 24% de ingresos, en un plazo de 3-5 años por la concurrencia de empresas de tecnofinanzas- bien entendido, si no hay reacción adecuada al reto)
- b) Toman ventaja de la tecnología para ofrecer mejores servicios.
- c) Estos se centran en actividades tales como: pagos, transferencias, préstamos, seguros....
- d) PWC reclama como alternativa ineludible incrementar la relación y colaboración entre todos.

Como corolario de todo esto, me remito a recoger algunas de las pautas más evidentes plasmadas en un informe del CIGI, **Centre for international governance innovation**, de 17 de Marzo de 2017 entre las que encontramos recomendaciones - sandbox - dirigidas al G20 para:

- a) Desarrollo de los servicios financieros para los excluidos de su acceso.
- b) Servicios adecuados de gestión de la privacidad e identidad digitales
- c) Colaboración del G20 con ISO, Comité monetario de la Asociación de Dcho. Internacional etc...
- d) Creación de un consorcio de bancos centrales: implicaciones del uso de las criptomonedas y su reflejo en, sobre todo, políticas fiscales y monetarias.

Sobre el libro VI del Código Civil de Cataluña. La compraventa (I)



Antonio Longo Martínez
Notario de Barcelona

A continuación reproducimos una serie de artículos publicados en el Boletín Jurídico del Colegio Notarial de Cataluña que repasan brevemente las principales novedades en el ámbito de la compraventa recogidos en el Libro VI del Código Civil de Cataluña.

I. LA COMPRAVENTA. ELEMENTOS DEL CONTRATO

1. Dentro de los **elementos personales** del contrato, destacar que la regulación contenida en el CCCat es unitaria para cualquier tipo de compraventa, habiéndose optado por destacar, cuando así se ha considerado necesario, las particularidades que afectan a la **compraventa de consumo**.

El concepto de compraventa de consumo sigue el que es tradicional en Derecho Europeo, conforme al cual es aquella en la que el vendedor actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, y el comprador lo hace con un propósito principalmente ajeno a estas actividades (art. 621-2), pero sin excluir, como viene haciéndose en derecho español, la posibilidad de que también las personas jurídicas puedan reunir la condición de consumidores.

Asimismo, en relación a las **prohibiciones de comprar**, siendo una materia más propia de la parte general de las obligaciones y contratos, la normativa sobre la compraventa contiene sin embargo, en sintonía con la regla específica del art. 1459 CC, una serie de supuestos en el art. 621-4, basados

todos en el conflicto de intereses que subyace en cada caso. Como novedades respecto de la regulación del CC:

- se permite expresamente, conforme a la posibilidad reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, que el mandante permita la compra de sus bienes hecha por su mandatario, si al conferirle el mandato salva la autocontratación;

- la prohibición relativa a la compra de bienes litigiosos se refiere a aquéllos que tuvieran dicha condición en procedimientos en que los destinatarios de la prohibición (entre los que se incluyen ahora a los peritos) ejercieran sus funciones. Ello significa, en cuanto a jueces, fiscales y secretarios, una mayor concreción, puesto que el CC

NOTA DEL EDITOR: La Llei 3/2017, de 15 de febrero, del libro VIº del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, de acuerdo con la Disposición Final Novena, entra en vigor con carácter general el día 1 de enero de 2018, excepción hecha de determinados preceptos que entraron en vigor el día 1 de marzo de 2017.

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 6 de junio de 2017, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno Central contra los artículos 3,4 y 9 de la Ley, en la parte que dan nueva redacción a los artículos 621-1 a 621-54 (contrato de compraventa), artículos 621-56 y 621-57 (contrato de permuta), artículos 622-21 a 622-42 (contrato de mandato y gestión de asuntos ajenos) y Disposición transitoria Primera, con la consecuente suspensión de los preceptos impugnados.

Mediante auto de 3 de Octubre de 2017 el Tribunal Constitucional ha levantado la suspensión de la totalidad de los mencionados artículos de la Ley 3/2017.



habla del tribunal “en cuya jurisdicción o territorio” ejercieran sus funciones, lo que, vg en relación a los magistrados de la Audiencia Provincial, se extendería a cualquier litigio en cualquier tribunal de la Audiencia.

2. Existen novedades de interés en relación a los elementos reales de la compraventa:

2.1. El bien

El art. 621-3 nos dice que “el contrato de compraventa tiene por objeto los bienes, según los artículos 511-1 y 511-2, incluidos los futuros o los que deban ser producidos, manufacturados o fabricados”. Aunque no se especifiquen de modo expreso, ello no quiere decir que hayan desaparecido los requisitos clásicos del bien que se quiere vender: transmisibilidad, determinabilidad y existencia (presente o futura), pues los mismos resultan del conjunto de la regulación presentada.

En particular, no se da una regulación específica, como la de los arts. 1526 y ss. CC, en relación a la transmisión de créditos y demás derechos incorpóreos, lo que provoca el sometimiento de estos supuestos, cuando el contrato sea efectivamente calificable de compraventa, a las reglas generales contenidas en el CCCat, y la desaparición de las especialidades contenidas en los citados artículos del CC. Esto merecería algunas reflexiones, necesariamente más pausadas de las que en estos breves comentarios podríamos hacer.

2.1. El precio

El precio ha de consistir en dinero. No contiene el CCCat, en sede de compraventa, una norma similar a la del art. 1446 CC. Sin embargo, la posibilidad de que el precio esté constituido en parte por bienes resulta de la norma del art. 621-56 que, al regular la permuta, califica como tal al contrato “si el valor de los bienes es igual o superior al importe del dinero”, criterio objetivo e independiente en principio –a diferencia de la norma estatal– de la intención manifiesta de los contratantes.

En cuanto a si se sigue exigiendo que sea “cierto” (1445 CC), si entendemos como tal requisito su necesaria determinación, el mismo no solo no se menciona, sino que expresamente se descarta (art. 621-5), acogiendo “la tendencia legislativa de la no necesidad de fijarlo inicialmente en el con-

trato” (Preámbulo). La regla, en este caso, es entender que las partes han hecho referencia al precio generalmente cobrado en circunstancias comparables.

Esta posibilidad queda matizada sin embargo en las compraventas de consumo, en las que “si por la naturaleza de los bienes el precio no se puede calcular razonablemente antes de la conclusión del contrato, el vendedor ha de informar de la manera en que éste se determina” (621-5, 4).

Puede sorprender, por sus diferencias con lo previsto en los arts. 1449 y 1256 CC, la norma que el art. 621-5, 2 contiene según la cual “si el contrato establece que el precio sea determinado por una de las partes o por terceros...”. Esta norma parece permitir dos posibles interpretaciones:

a) la primera sería entender que supone una incorporación al derecho catalán de la llamada en derecho anglosajón “cláusula de precio abierto”, o posibilidad de que el precio pueda ser fijado por una de las partes si se señalan los criterios objetivos a los que debe atenderse, o si la determinación es equitativa y no contraviene la buena fe.

b) la otra supone limitar el alcance de la norma a aquellos casos en que el precio es fijado por el vendedor que habitualmente se dedica al tráfico de la cosa vendida, mediante remisión a sus tarifas o listas de precios.

Por otro lado, el derecho catalán contiene una clásica limitación, a modo de rescindibilidad del contrato, a la libertad de las partes a la hora de pactar el precio. El CCCat conserva (arts. 621-45 a 621-48) la figura de la **rescisión por lesión** de los arts. 321 y 322 de la Compilación que ahora se deroga, actualizándola e incorporando la regulación de la “Ventaja Injusta”.

Sus novedades esenciales son:

1. su aplicabilidad también en la compraventa de bienes muebles, y en los supuestos de pública subasta;

2. la posibilidad de ejercicio de la acción por cualquiera de las partes, no sólo el vendedor;

3. la sustitución de la referencia al “justo precio” por el “valor de mercado de la prestación”, y la posibilidad de evitar la rescisión del contrato mediante el pago en dinero del

valor total de la prestación, con los intereses legales;

4. la citada figura de la ventaja injusta (art. 621-45), que requiere la concurrencia de determinados requisitos subjetivos en el perjudicado, de los que la otra parte se haya aprovechado. El perjudicado puede, de darse el supuesto, exigir la anulación del contrato, o bien pedir judicialmente la adaptación del contenido del mismo;

5. la irrenunciabilidad de la acción, no ya “en el mismo contrato” (art. 322 Compilación) sino en el momento de su conclusión, lo que impediría una renuncia en documento independiente.

3. ELEMENTOS FORMALES

El CCCat no contiene ninguna norma determinante de la forma en que debe celebrarse el contrato de compraventa, por lo que únicamente reseñar al respecto la aplicabilidad de las disposiciones contenidas en el CC español, arts. 1278 a 1280, que en esta materia habrá que seguir considerando vigentes.

II. LA COMPRAVENTA. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Parcialmente enunciadas ya en el art. 621-1, las obligaciones del vendedor se desarrollan en dos subsecciones específicas que comprenden entre ambas los artículos 621-9 a 621-30, si bien incluyendo una materia, la de la transmisión de los riesgos, que es más un efecto del cumplimiento de dichas obligaciones (en concreto la **entrega** de la cosa), que una obligación en sí misma. Junto con la **entrega** del bien, las obligaciones del vendedor incluyen la transmisión de la propiedad y la garantía de conformidad, determinantes en aquellos casos en que el comprador no adquiere o pierde la propiedad del bien –porque quien se la vende no es el verdadero propietario, o tiene una propiedad que resulta ser claudicante–, o cuando lo vendido no reúne las condiciones previstas en el contrato; es decir, lo que en el Código Civil español (CC) se conoce como supuestos de evicción y de vicios ocultos. Frente al régimen de protección del comprador meramente indemnizatoria que resulta del CC en estos casos, que obligan a aquél –y a la jurisprudencia– a acudir, para incrementar dicha protección, a la anulación del contrato por error o dolo, el art. 621-9.1 CCCat, siguiendo la posición



dominante en la doctrina moderna y el derecho comparado, deja claro, al establecer las obligaciones del vendedor, que tanto la no transmisión del dominio como la entrega de un bien que no sea conforme con el contrato supone un incumplimiento contractual, ante al cual el comprador puede ejercitar los remedios previstos para dicho supuesto, y por tanto, resolviendo el contrato, exigir la devolución del precio en su día pagado.

Los efectos de la obligación de **transmitir la propiedad** se ven quizá con mayor claridad aún en los supuestos de venta de cosa ajena. Si en el sistema estatal –y aunque la normativa ha dado lugar a conocidas discusiones- el comprador no puede reclamar en tanto no sea perturbado en su posesión, el sistema ahora acogido, sin salirse del mismo esquema de los efectos meramente obligacionales, determina, al configurar la transmisión de la propiedad de la cosa como una obligación esencial del vendedor, que la venta de cosa ajena implique desde el primer momento un incumplimiento contractual, y lleve aparejada la posible resolución a instancia del comprador.

No se altera en cualquier caso el sistema de transmisión de la propiedad: la transmisión de la propiedad es una obligación derivada del título, que se cumple mediante el modo, de manera que el título no tiene por sí sólo efectos reales, ni el modo supone un nuevo negocio traslativo, como ocurre en el derecho alemán.

En relación a la obligación de **entrega**, los arts. 621-10 y siguientes regulan los aspectos relativos a qué debe entregarse, cuándo, dónde y cómo debe hacerse la entrega. Destacar que, como regla general, la entrega supone la transmisión de la posesión del bien, pero, tratándose de bienes muebles susceptibles de posesión respecto de los que en el contrato no se haya previsto el transporte, es posible su **puesta a disposición (art. 621-10-1 y 621-11)**. En tanto que se impone al comprador a su vez la obligación legal de recibir el bien, la mera puesta a disposición –no ya el rechazo injustificado del comprador a la recepción- puede producir la “mora accipiendi”. Para los casos de “**entrega frustrada**”, por falta de cumplimiento de la obligación de recepción por el comprador o la persona designada para ello, el **art. 621-16** impone al vendedor una obligación de custodia y conservación, de la que sólo puede liberarse, previa notificación al comprador, mediante la consignación o depósito. Excepcionalmente, y tratándose de bienes fungibles o de deterioro o rápida disminución de valor, se le autoriza para la venta en condiciones razonables, y la puesta del precio a disposición del comprador.

En cuanto a la obligación del vendedor de “garantizar que el bien es **conforme al contrato**”, hay que señalar que el término “garantía” no tiene el significado habitual en nuestro

ordenamiento jurídico, como refuerzo de la responsabilidad del deudor. Acudiendo al referente del art. 2:101 DCFR (“The seller must ensure that the goods conform to the contract”) se podría decir que el vendedor debe “asegurarse de que” el bien es conforme al contrato. Aunque en realidad el fundamento de la regulación sea el mismo en el CC y en el CCCat –en último término un reconocimiento de que la responsabilidad del vendedor no se agota con la simple entrega de la cosa-, el alcance de dicha responsabilidad y, tanto o más importante, el procedimiento para exigirla son muy diferentes.

En el CC, el saneamiento por vicios ocultos supone dar por cumplida la obligación de entrega, y atribuir al comprador una acción de indemnización cuando dicha entrega no satisface sus pretensiones según el contrato. El CCCat, ya lo hemos dicho, considera la falta de conformidad un supuesto de incumplimiento contractual, que permite al

comprador ejercitar las acciones o remedios legalmente previstos. Por otro lado, mientras el CC se limita, para imponer el saneamiento, a exigir que el vicio sea oculto, grave y preexistente, en el CCCat los criterios de conformidad que detalla el **art. 621-20** aluden a una serie de elementos o características del bien entregado o a entregar, con referencia en todo caso a lo pactado en el contrato, sin perjuicio de algún elemento de objetivación

Se refiere el **art. 621-30** a la interesante cuestión de los **derechos y pretensiones de terceros** sobre el bien vendido, que –razonablemente fundamentadas- constituyen falta de conformidad si el comprador no las conocía ni podía conocer al concluir el contrato. Y ello tanto si existían entonces o surgen después como consecuencia de actos propios del vendedor.

Si bien, como decíamos, el referente para apreciar la conformidad es el contrato, ya el **art. 621-7** impone al vendedor la obligación de suministrar la información relevante sobre las características del bien, y relacionada con dicha obligación está la responsabilidad que el **art. 621-24** determina por la falta de conformidad que se manifieste respecto de las manifestaciones previas al contrato, no rectificadas al concluirse el mismo, pero extendiéndolas al mismo tiempo, no sólo a las que se hubieren dirigido al propio comprador, sino también a las que hubieren sido hechas en forma pública, y no necesariamente por el vendedor mismo, sino incluso por terceros legitimados para actuar por su cuenta; ello salvo que la incorrección de tales manifestaciones fuera o debiera ser conocida por el comprador, o no pudieran haber influido en la decisión de éste.

La falta de conformidad debe darse en el momento de la entrega o puesta a disposición (de la transmisión del riesgo, dice el **art. 621-23**), presumiéndose, en las ventas de consumo, que así sucede cuando la falta de conformidad se manifiesta dentro de los seis meses siguientes. Transcurridos dos años desde la entrega sin que se haya manifestado la falta de conformidad, se extingue la responsabilidad del vendedor, salvo pacto en contrario, y salvo el caso de los derechos o pretensiones de terceros.

Existen por lo demás, en los **arts. 621-25 a 621-28**, determinados supuestos que eliminan o matizan la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad.



III. LA COMPRAVENTA. OBLIGACIONES DEL COMPRADOR. REMEDIOS. TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS

A. OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Se regulan en los **artículos 621-31 a 621-36**, y son correspectivas a las obligaciones del vendedor.

Así, el comprador debe **pagar el precio** en el momento y lugar pactados. A falta de pacto, al tiempo y en el lugar de la entrega del bien. Si pretende pagar anticipadamente, el vendedor sólo puede rechazar el pago si tiene interés legítimo para ello. No parece, por lo demás, que la constancia expresa de la norma de exoneración al consumidor del pago de cualquier contraprestación por un bien entregado no solicitado (**art. 621-34-3**) obligue al comprador no consumidor en el supuesto referido, debiendo resolverse la cuestión en cada caso concreto.

El comprador debe **recibir el bien**, y los documentos representativos o relacionados con éste, y sólo puede oponerse a la entrega anticipada en caso de interés legítimo.

En caso de venta de bienes genéricos, si según el contrato es el comprador el que debe **ESPECIFICAR LAS CARACTERÍSTICAS** de los mismos, deberá hacerlo dentro del plazo pactado o que sea razonable.

Y si pretende rechazar el bien por falta de conformidad, tiene una obligación de **CONSERVACIÓN** del mismo (**art. 621-36**).

B. LOS REMEDIOS DE VENDEDOR Y COMPRADOR

En caso de incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes, la otra dispone de los remedios que se relacionan en el **art. 621-37**, y se desarrollan en los arts. siguientes. El comprador también podrá acudir a estos remedios en el caso de derechos o pretensiones de terceros sobre el bien vendido a que se refiere el **art. 621-30**.

Aunque no existe una acotación específica en la norma, la utilización de uno u otro remedio depende del tipo de incumplimiento, pero se pueden acumular si en función del mismo no resultan incompatibles. El último de ellos, la indemnización de daños y perjuicios, puede acumularse a cualquiera de los demás.

La relación de remedios es:

- a) el cumplimiento específico;
- b) la suspensión de pago del precio o de las obligaciones del vendedor;
- c) la resolución del contrato;
- d) la reducción del precio (en el caso del comprador);
- e) la reclamación de daños y perjuicios

El plazo para el ejercicio de las pretensiones y acciones derivadas de los remedios es de tres años a contar desde que pueden ser ejercitadas (**art. 621-44**), salvo cuando para alguno de ellos las leyes establezcan otra cosa. En cualquier caso de falta de conformidad el plazo se inicia cuando el comprador la conoce o la puede conocer.

El comprador puede exigir El cumplimiento específico tanto en caso de falta de entrega como en el de falta de conformidad. En caso de falta de entrega, el ejercicio de la acción de cumplimiento específico por el comprador está sujeto a la previa concesión al vendedor de un plazo adicional, en los términos que detalla el **art. 621-13**. Por el contrario, no existe ninguna obligación del vendedor de conceder al comprador un plazo adicional para el pago del precio, cuando es éste el remedio que se ejercita, a diferencia de lo que se prevé cuando lo que se pretende es la resolución.

El **art. 621-39** contiene una aplicación del principio de conservación del contrato, permitiendo al vendedor proceder al cumplimiento específico voluntariamente en determinados supuestos. Esta posibilidad aparece sin embargo sujeta al no rechazo del comprador, detallándose las causas de rechazo en términos que, por rozar la discrecionalidad, llevan a dudar de la verdadera eficacia de la norma.

Comprador y vendedor pueden, respectivamente, **suspender el pago del precio o el cumplimiento de sus obligaciones** en cualquier caso en que, debiendo cumplir después o al tiempo que lo hace la otra parte, ésta no cumple; e incluso cuando, debiendo el actor haber cumplido antes, tiene motivos razonables para creer que dicha otra parte no cumplirá (**art. 621-40**). Debe compararse esta norma con las que, con contenido aparentemente contradictorio

entre sí, existen en los arts. 1466 CC y 339 CComercio.

En caso de cumplimiento no conforme, el comprador puede aceptar éste pero **REDUCIR EL PRECIO** proporcionalmente a la diferencia entre el valor del bien al tiempo de su entrega y el que tendría si fuese conforme al contrato (**art. 621-42**). Suscita dudas, por razón del tiempo verbal utilizado ("tendría") cuál es el momento en que deberá determinarse el valor teórico del bien conforme.

El **art. 621-41** regula la **resolución del contrato**. El primer requisito para su utilización es que el incumplimiento sea esencial, cuestión que la regulación por sí sola no permite resolver eficazmente, por el juego de conceptos jurídicos indeterminados que contiene el **art. 621-41-2**.

Sin embargo, frente a la regla general, ex **art. 621-41-5**, de que la resolución se ejercita mediante notificación a la otra parte, en los casos de retraso no esencial debe haber una previa concesión de un plazo adicional de cumplimiento (**art. 621-41-3**), aunque la notificación de su concesión puede incorporar la de la resolución automática a su vencimiento. Vencido este plazo adicional sí podrá entenderse el retraso como esencial.

C. LA TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS

El CCCat también sigue la tendencia del derecho comparado y de la doctrina moderna en este punto, y se aparta en consecuencia del principio romano *res perit emptori* vigente -cuando menos según la doctrina dominante- en el CC, señalando, de una parte, que la transmisión de los riesgos no se produce sino con la entrega o puesta a disposición del bien (**art. 621-17**), y de otra, que la pérdida, deterioro o daño del bien anteriores a ese momento extinguen la obligación de pago del precio (**art. 621-19**, a sensu contrario).

Existen, por lo demás, una serie de reglas concretas sobre venta de bienes aún no especificados y sobre compraventa de bienes en tránsito (que por su contenido parecen hacer más bien referencia a la venta que incluye el transporte a cargo del comprador).



«El Notariado va indefectiblemente a potenciar el carácter público de su función»

José Marqueño de Llano

Presidente de la Unión Internacional del Notariado

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

José Marqueño de Llano (Vianos, Albacete, 1948) se licenció en Derecho en 1970 en la Universidad de Murcia. En 1977 aprobó las oposiciones a notario, ejerciendo primero en Colmenar (Málaga), más tarde en la Rambla (Córdoba) y desde 1984 en Viladecans (Barcelona). Desde 1990 es notario en Barcelona. Fue Decano del Colegio Notarial de Cataluña entre 2005 y 2008, etapa en que también presidió el Consejo General del Notariado. Ha sido vicepresidente de la Oficina Notarial Permanente Internacional, presidente de la Fundación Aequitas, presidente de Ancert y de la Fundación Cultural del Notariado. Tras una etapa como consejero, en octubre de 2016 fue elegido presidente de la Unión Internacional del Notariado (UINL), la organización no gubernamental fundada en 1948 – con España como país cofundador - que aglutina a 87 países y un total de 300.000 notarios, y se encarga de promover, coordinar y desarrollar la actividad notarial en todo el mundo.



P: Procede de familia de notarios y juristas. ¿Es notario por vocación?

R: La verdad es que no pensé en hacer otra cosa que no fuese ser notario. Si esto es vocación, no lo sé, pero desde siempre tuve claro que quería ser notario; no tan claro que lo sería pero sí que lo intentaría.

P: Ingresó al notariado por Andalucía y posteriormente llegó a Cataluña. ¿Hubo algún motivo en especial?

R: No había ningún motivo en especial. Vine sin ánimo de permanencia pero mi última hija ya nació en Barcelona, mis dos hijos están casados con catalanas y la mayoría de mis nietos son catalanes. De modo que lo que podría haber sido una situación de paso por Cataluña se ha convertido en una situación permanente, y me jubilaré ya en Barcelona.

El programa se basa en cuatro puntos: Formación, documento público, colaboración con las administraciones públicas y los derechos humanos

P: Desde entonces ha ocupado relevantes cargos institucionales. ¿La presidencia de la Unión Internacional del Notariado supone la culminación de su vida profesional?

R: La presidencia de la Unión Internacional del Notariado será mi último cargo seguro, por razones de edad. En todo caso, no sé por qué he logrado estos cargos, yo creo que por pura casualidad. Siempre estuve implicado en labores colegiales y corporativas, así me lo enseñó mi padre; trabajé en lo que pude y en la medida de mis fuerzas allí donde me llamaron, y en algún momento posiblemente estaba en el sitio justo en el momento oportuno. No me propuse una carrera notarial en este sentido, pero sin proponérmelo fui llegando a los cargos con la misma sensación de vocación de servicio. Cuando me han llamado he estado, como estuve cuando me llamaron para ser Decano en Cataluña, donde antes había sido miembro de muchas comisiones del Colegio. Nunca he dicho que no al Notariado, y aquí estoy.

P: Además de la presidencia, la Unión Internacional del Notariado cuenta con notarios españoles que ocupan actualmente destacadas responsabilidades. ¿Cómo valora esta presencia?

R: Desde el punto de vista de la Unión, la valoro muy positivamente porque el Notariado español siempre ha sido un gran apoyo y un gran baluarte de la Unión desde su fundación. Desde el punto de vista personal, creo que más que mis méritos para ser nombrado presidente de la Unión, lo que se reconoció fueron los méritos del Notariado español. Evidentemente, no hubiese aceptado presentar la candidatura a la presidencia, y así lo dije, si no hubiese contado con el apoyo unánime de todo el Notariado español, de su presidente, del de mi Colegio y, sobre todo, porque son los que más han trabajado, de los nueve consejeros – diez conmigo – de la Unión que se comprometieron a trabajar por ello. Dicho esto, quiero destacar en primer lugar la figura, para mí imprescindible, del secretario, Pedro Carrión. Sin él no podría ser presidente. Es más, en el trabajo de día a día, se trata casi de una copresidencia. Pedro y yo estamos “tanto monta, monta tanto”, aunque desde el punto de vista institucional yo soy el presidente y él es el secretario. No hay un solo día en que no hablemos varias veces por teléfono de diversos temas y sin esta ayuda no hubiese aceptado la presidencia ni la podría llevar a cabo. Destacar también, como miembro del Consejo de dirección, que es el verdadero órgano administrativo de gestión de la Unión, la presencia de Ernesto Tarragón. Y es muy importante la presidencia de una destacada Comisión internacional, la de Derechos Humanos, que lleva Almudena Castro-Girona. Es importante porque uno de los retos que nos hemos propuesto en esta legislatura descansa, fundamentalmente, en el trabajo de esta Comisión, como es el atender a las personas vulnerables, personas mayores, discapacitadas o atender el problema que se presenta en algunas regiones, como en África, de los niños sin identidad. A pesar de su juventud, es por todos conocida la valía, el trabajo y la dedicación de Almudena, y le puedo decir que en ese aspecto estoy muy tranquilo porque sé que se va a trabajar mucho y que no me tendré que ocupar prácticamente de nada. Lo ha demostrado con la dirección de Aequitas y a lo largo de toda su carrera. Y nombrar también a Enric Brancós, como presidente del grupo de trabajo “act autentic”, grupo nuclear de toda la política para esta legislatura. Por lo tanto, la presencia española la valoro como



absolutamente imprescindible, sin ellos no podría llevar a cabo la labor de la presidencia.

P: Como presidente de la UINL, ¿cuáles son los principales objetivos de estos próximos tres años?

R: Hubo otro candidato a la presidencia de la Unión y cada uno presentamos nuestro programa. El nuestro – no el mío, porque fue un programa colectivo de todos los consejeros – se basaba fundamentalmente en cuatro puntos: Formación, documento público, colaboración con las administraciones públicas, y los derechos humanos, que comentaba antes. Así fue aceptado y, además, con mucha responsabilidad por nuestra parte, porque de los 70 votos que se emitieron en la Asamblea de París, 48 fueron positivos. Es la primera vez que un candidato es elegido en primera ronda, donde se exige la mayoría absoluta no de los presentes sino de todos los miembros. Al ser 87 países, se necesitaban 44 votos, y obtuvimos 48, con lo cual la responsabilidad es mayor.

P: ¿En qué se centra el objetivo en el caso del documento público?

R: Este es el primer objetivo y fundamental: la potenciación del documento público. A lo largo de toda la



Entrevista

historia de la Unión se ha insistido en los requisitos de lo que debe ser el notario en todos los países, lo que no es fácil porque en cada país somos hijos de nuestro padre y de nuestra madre. Eso está conseguido, creo que en todos los países reconocidos por la Unión la figura del notario descansa en una serie de requisitos subjetivos de independencia, ejercicio profesional de una función pública, nombramiento por el Estado, etc., pero creemos que hay un déficit. No es suficiente fijar qué requisitos debe tener la figura del notario, sino qué requisitos objetivos ha de tener el documento notarial. No todos los documentos notariales autorizados por los notarios de los 87 países reúnen los mismos requisitos objetivos, con lo cual objetivamente no tienen el mismo valor, o no tienen la posibilidad de reconocer el mismo valor, aunque estén autorizados por notario. Nuestro reto, en nuestro caso, y así lo hemos detectado en el ámbito de las organizaciones internacionales, fundamentalmente en la convención de La Haya, es subir el estándar de los requisitos objetivos del documento. Es decir, no es documento público notarial el que autoriza cualquier notario sino el que autoriza cualquier notario con unos requisitos objetivos mínimos que garantizan la autenticidad no solo formal sino material de ese documento. Ese es uno de nuestros retos, que tiene como objetivo, evidentemente, elevar el estándar de mínimos de los documentos notariales en los 87 países.

P: ¿Eleva este estándar, en definitiva, supone reforzar el sistema de civil law ante el common law?

R: El civil law y el common law son dos sistemas distintos, válidos los dos, que están funcionando; empíricamente no podemos decir que uno es mejor que el otro. Donde se aplica nuestro sistema está funcionando, como funcionan los países donde se aplica el otro sistema, y ambos atienden a la seguridad jurídica. El reto de la Unión Internacional del Notariado es competir con este sistema y demostrar que somos mejores. Es una competición sana. Incluso en la Unión hay un organismo, el task force, donde estamos representados los dos sistemas para compartir experiencias y establecer puentes. Así que son nuestros leales competidores, si bien en un sistema el documento notarial requiere unos requisitos, y en el otro requiere otros. Nuestro reto es subir el estándar de los más bajos, no igualarnos por abajo sino igualarnos por arriba.

P: En cuanto a la colaboración con las administraciones públicas, ¿dónde se centra el foco?

R: De hecho, en este ámbito lo que sucede en el mundo es un reflejo de lo que está pasando en España, en que la mayoría de notarios creemos que es necesario potenciar el carácter público de nuestra función. Nosotros somos funcionarios, ejercemos una función pública delegada por el Estado y, por mucha función que

desempeñemos de forma profesional, en el fondo es la función delegada del Estado la que nos da valor. El documento notarial vale lo que vale porque la ley nos dice lo que vale, ya que ejercemos una parte de la soberanía del Estado. Para ello es fundamental, al estar íntimamente implicados en el poder público, colaborar con las demás administraciones, y eso es lo que estamos potenciando.

Nuestro principal reto es subir el estándar de los requisitos objetivos del documento público notarial en los 87 países que forman parte de la Unión.

P: ¿Qué es lo que se requiere, a día de hoy, en este sentido?

R: Quizás lo más urgente es la colaboración en materia de blanqueo de capitales o lavado de activos. Y este es otro de los temas y retos que nos hemos planteado en la Unión. En España llevamos ventaja porque fuimos pioneros y ahora todos se miran en nuestro espejo. En este sentido, hemos abierto puertas importantes en los organismos internacionales. El primer viaje que hice como presidente fue a Washington para entrevistarme con el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Banco Interamericano de Desarrollo, en lo que fue una acogida importante. Posteriormente tuve entrevistas con el presidente del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y con el presidente del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), y se están concretando en acciones puntuales. Como presidente de la Unión ya fui invitado al plenario de GAFI que tuvo lugar el pasado mes de junio en Argentina y vuelvo en breve porque es la primera vez que GAFILAT va a dedicar a los notarios media jornada en una reunión interna. Estaremos también en el plenario de GAFI, y en la primera Asamblea General que vamos a celebrar en mi legislatura, en Cancún el próximo mes de noviembre, vamos a dedicar media jornada, como mínimo, a una reunión conjunta con representantes de GAFI, GAFILAT, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organiza-





ción de los Estados Americanos. De hecho, el control del blanqueo de capitales no es un fin en sí mismo, sino una manifestación de lo que creemos que debe hacer el notario en el siglo XXI, que es colaborar con las administraciones públicas. Hoy se nos demanda, por razones de urgencia internacional, esta necesidad. En el pleno del GAFI estaba Christine Lagarde, quien insistió en la prioridad de todos los países en la lucha contra el blanqueo de capitales, fundamentalmente porque es la principal fuente de financiación del terrorismo, y el terrorismo internacional está poniendo en jaque a los estados. Ahí tenemos que estar. Si dentro de cinco o diez años no se nos pide, será un buen síntoma y es que habrá acabado esta lacra.

P: Destacaba también el ámbito de la formación...

R: Sí, para nosotros es importante, porque aunque somos funcionarios públicos, ejercemos de forma profesional. El Estado tiene la obligación de elegir a los mejores formados, ya que se necesitan buenos juristas para la función que ejercemos. Y no todos los países tienen el mismo nivel de formación. Hay que insistir, sobre todo, en los países emergentes. Hay notariados que nacieron hace cinco años, y necesitan mucha ayuda. También los países africanos, y no solo en formación, para que estén los mejores, sino también en formación continuada. Esta labor se lleva a cabo no solo con los notariados sino también con los jóvenes notarios. Precisamente se acaba de celebrar, en Argentina, la sexta reunión de la Universidad Mundial del Notariado, que ha reunido a notarios jóvenes de 22 países, que también participan en Academias continentales y congresos.

P: ¿Cuáles son los principales retos de las Academias Notariales?

R: Encuadrarían en el gran principio de la formación. Las Academias tienen una finalidad puramente científica, y de seguir yendo a la vanguardia de los conocimientos y de los estudios jurídicos para, en definitiva, prestar un mejor servicio. Las necesidades, el mundo, la realidad social avanza a pasos agigantados, hay nuevas situaciones, nuevos retos y se requieren nuevas soluciones, y el notariado ha de estar ahí. Evidentemente, el nivel científico es fundamental, no solo por los cambios

de leyes en todos los países, sino también porque tenemos que ir dando soluciones, incluso adelantándonos a veces al propio legislativo. Esta es la visión del notariado y hay muchos ejemplos en que hemos dado solución a esas nuevas realidades, que luego se convirtieron en leyes. Ese es el reto de las academias, evidentemente alineados con los objetivos que se marque la Unión.

El control del blanqueo de capitales no es un fin en sí mismo, sino una manifestación de lo que creemos que debe hacer el notario en el siglo XXI, que es colaborar con las administraciones públicas

P: ¿Cómo se coordina la labor realizada en los cinco continentes?

R: Cada continente tiene una Comisión y avanzan cada una en los temas que les corresponden. En el caso de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE), ésta tiene su sede semipermanente en el Colegio Notarial de Cataluña. Desde la Unión nuestra principal función es de coordinación de todos los trabajos de estas comisiones y, sobre todo, el trasladar estos trabajos de un continente a otro. Primero, para que no se dupliquen los trabajos y, segundo, para que se aproveche el trabajo de todos. Esta labor no es fácil, por razones geográficas. Pero, sin embargo, hay trabajos muy interesantes que se pueden trasladar a otros continentes. Como presidente creo que mi función es no saber de nada pero preocuparme de todo y en un organismo tan disperso geográficamente, con tantas culturas y tan distintas, coordinar todas estas comisiones, labor en la que me ayuda fundamentalmente Pedro Carrión.

P: ¿Cómo valora, precisamente, la designación de Barcelona como sede de la Comisión de Asuntos Europeos de la UINL?

R: Lo valoro positivamente, ya es muy positivo el que por una vez un organismo de la Unión tenga una sede, aunque sea semipermanente. Eso da sentido a la continuidad del trabajo. Y si encima es el Colegio de Cataluña, que tiene acreditada su solvencia, en este sentido y, además, es



mi Colegio, pues estoy personalmente muy satisfecho de esa decisión.

P: ¿En qué proyectos específicos se está avanzando?

R: En materia de documento público estamos ayudando, sobre todo, a aquellos notariados que tienen más dificultad con sus poderes públicos. También estamos elaborando un proyecto que nos ayude a elevar ese estándar de mínimos del documento notarial, en colaboración con la CNUE. Tenemos la suerte ahora mismo de que dos españoles ocupamos la presidencia tanto del Notariado mundial como del europeo. Con el presidente de la CNUE, José Manuel García Collantes, además de una relación personal muy fluida, también es así institucionalmente, lo cual nos ha permitido avanzar en esta colaboración de ambos organismos, ya que, en definitiva, con nuestros problemas puntuales cada uno, tenemos un objetivo común que es mejorar la función pública notarial. Y otro proyecto en colaboración con las administraciones en el que estamos absolutamente volcados es con GAFILAT, en la que será la primera reunión con presencia de gente que no es interna, que somos los notarios. Esto significa que nos ven más próximos, igual que GAFI. Para nosotros también es muy importante la reunión con todos los expertos de otros organismos en la Asamblea General de Cancún, porque tradicionalmente en la Unión nos dedicábamos a hablar de nosotros, a



Entrevista



mejorar nuestros conocimientos y nuestra posición, pero ahora queremos abrir un poco las ventanas para que los de fuera nos oigan y para oírles nosotros. No podemos estar al margen de la realidad.

P: Por último, destacaba los Derechos Humanos...

R: Estamos avanzando en este tema, donde aparte de toda la colaboración que tenemos con la FAO, la Unesco y otros organismos, estamos ya en contacto con el organismo correspondiente de la ONU para cerrar un acuerdo de colaboración en materia de discapacidad. Igualmente, para el tema de personas vulnerables, estamos avanzando con la conferencia de La Haya. Es importante la colaboración con los gobiernos en África para un problema que a nosotros se nos antoja lejano que son los millones de niños sin identidad. También trabajamos con todos los organismos para los movimientos migratorios, un tema importante ahora mismo en Europa.

P: ¿Cuáles son los países que marcan el paso en el Notariado mundial?

R: Evidentemente, hay notariados centenarios –entre ellos los europeos, pero no podemos olvidarnos de notariados tan potentes como el Notariado argentino o el mejicano – que tienen más tradición, más peso, como el español, el alemán, el francés o el italiano, y que podría entenderse que marcan el paso. En España tenemos un

notariado secular. En Europa, desde la caída del muro de Berlín, se han incorporado muchos notariados sobre todo de Europa del Este, de los Balcanes, que no tienen la tradición de los notariados continentales. Sin embargo, en la Unión hay un gran espíritu de solidaridad y de apoyo, no hay paternalismos, y ese es el compromiso de los directivos: hay total permeabilidad y un intercambio de experiencias y conocimientos. Es una institución, en este sentido, que funciona de una forma muy transversal, y yo diría que un ejemplo de democracia porque aunque hay países que tienen 8.000 notarios y otros solo cuatro, en la Asamblea General cada país tiene un voto. Incluso a la hora de cotizar, países como España o los más grandes cotizan 30 o 40 veces más que los países pequeños. Este espíritu de solidaridad está presente en la Unión, tanto en relación a las aportaciones económicas como en cuanto a los intercambios y apoyos de unos países a otros.

P: Fue decano del Colegio de Cataluña desde finales 2004 a 2008 y el único decano de Cataluña que ha sido presidente del Consejo General del Notariado, en una época en que se aprobaron muchas reformas. ¿Cuál considera su principal legado en una y otra institución?

R: De hecho no fue una labor mía personal, sino una labor de todos los que directamente estuvieron conmigo, en definitiva, del notariado español que con mucho sacrificio asumió disciplinadamente

te todas estas reformas. Permítame que no hable yo de mi legado, que sean los demás quienes lo hagan o incluso que ni siquiera los demás hablen de ello. Las cosas quedan, las cosas pasan y lo importante no es quién las haya hecho si no que sean para bien de todos, por eso lo mejor es que suceda como con los árbitros de fútbol, que el mejor es el que pasa desapercibido. Lo mejor de todo lo que se hizo en mi época, lo que se hizo antes y lo que se hizo después es que nadie lo centre en una persona o personas concretas. Si se hizo, y está bien, olvídense de quién lo hizo. Al final, el presidente o el Decano no es ni más ni menos que uno que está ahí, él solo no puede hacer nada sin los demás. Lo mejor es que nadie sepa quién, si no qué se hizo. Y eso es prueba de que una institución es sana y fuerte.

Para lo que nació el Notariado, por lo que sobrevive, y lo que tiene que hacer en el futuro es asegurar la paz social con base en la seguridad jurídica preventiva que proporcionamos

P: En aquel momento, curiosamente como ahora, se procedió a una reforma del mercado hipotecario (41/2007), o se redactó la ley de protección de consumidores (43/2007). ¿Europa y el Notariado mundial van también en esta misma línea?

R: Sí, el notariado mundial está en este eje porque el destinatario final de nuestra función es el ciudadano, la persona, y nosotros en cualquier actuación tenemos a una persona delante. Es del interés de todos los notariados avanzar en este sentido. Todo lo demás son derivadas y consecuencias: el eje central es la persona.

P: Se ha comentado recurrentemente que en los últimos tiempos es Europa quien marca el paso a nivel de legislación. ¿Las instituciones internacionales cada vez tendrán más peso?

R: En algunas cosas podemos haber ido a remolque, o no, fundamentalmente en Europa, pero ellos también han aprendido de nuestras experiencias. Evidentemente, es la dinámica de los tiempos:



las instituciones nacionales son cada vez menos nacionales. Yo siempre decía que los Pirineos son cada vez más bajitos, ya no existen, y los océanos tampoco. Nosotros antes prestábamos nuestra función a un ámbito rural pequeño, y la aldea rural se ha convertido en el tópico de la aldea global. Con el Notariado pasa lo mismo que con todo. Cada vez el ámbito de aplicación de nuestra función se amplía más y por eso ya no tenemos que pensar en que nuestro documento va a producir los efectos aquí, sino en que nuestro documento tiene que servir para un mercado que es único. Y lo mismo pasa con las instituciones. Creo que además esto es bueno, en el equilibrio de poderes es donde está el progreso. Y de ahí que los intercambios que facilita la Unión, y la labor de coordinación y homologación que hacemos, aunque no se vea en el día a día es muy importante, porque cada vez más nuestro documento es internacional.

P: ¿Cuál es el valor principal del notariado en el contexto jurídico-social económico mundial?

R: Para lo que nació el Notariado, por lo que sobrevive, y lo que tiene que hacer en el futuro es asegurar la paz social con base en la seguridad jurídica preventiva que proporcionamos. Y esta seguridad jurídica, esta fe pública se puede llevar a cabo o bien de forma funcional - que se limita solo a las formas externas, de forma puramente administrativa; de forma privada- con los seguros privados, que todos conocemos, y que no son seguridad jurídica preventiva, sino reparadora, porque se convierte en una indemnización; y la que hacemos los notarios, que es la auténtica seguridad jurídica preventiva, estableciendo los presupuestos materiales objetivos del documento, evitando el conflicto. Es más, incluso aunque el conflicto no se evite porque es inevitable, cuando sucede la justicia es más rápida. Y la justicia, si es más rápida, es más justa. En esta línea creo que es donde está la esencia, el futuro y la razón de ser del Notariado.

P: ¿El Notariado debe asumir nuevas funciones?

R: Yo lo tengo claro: el Notariado puede y debe asumir funciones que descarguen la justicia contenciosa. Hay muchos temas - y un ejemplo es España - que antes tenían que resolverse en los juzgados y que no tiene ningún sentido,

porque se basan en el consentimiento de personas libres y mayores de edad, por lo que se pueden homologar pero no tienen necesariamente que homologarse ante un juez, se puede hacer ante otra autoridad pública. Nosotros, los notarios, mal que le pese a algunos, tenemos autoridad pública y esta es suficiente para homologar en determinados casos. No podemos sustituir al juez en materia que es estrictamente judicial, que es la contenciosa, pero allí donde no hay intereses de terceros, como hijos menores, y hablamos de personas mayores de edad y libres, podemos actuar con plenas garantías. ¿Debemos hacerlo? Eso depende del legislador, pero desde luego estamos dispuestos a hacerlo, y en todo el mundo hay ejemplos claros de esta colaboración en materia de jurisdicción voluntaria.

Las nuevas tecnologías son un instrumento, no pueden condicionar la esencia de la labor notarial

P: ¿Cómo podemos avanzar en la implantación de las nuevas tecnologías sin alterar la función notarial?

R: Las nuevas tecnologías están ahí, han venido, se han quedado y se van a quedar. Pero no olvidemos algo que es muy importante: son un instrumento, es decir, no pueden condicionar la esencia de la labor notarial. Lo que sí pueden condicionar es la forma de llevar a cabo esa función notarial, pero las nuevas tecnologías no deben, ni van a sustituir a lo que es la auténtica función notarial. Bien es verdad que son un importante apoyo en el desarrollo, el desempeño y, sobre todo, la eficiencia de la función notarial, en eso el Notariado siempre tiene que estar presente. De hecho, el Notariado español ha sido un ejemplo de desarrollo tecnológico. Se inició un plan de desarrollo de nuevas tecnologías hacia el año 2000, en un Simposio del que una de las sesiones tuvo lugar en el Colegio de Cataluña en la época en que el presidente del Consejo General del Notariado era Juan Bolás, mi antecesor en el cargo. Se proyectó un gran plan de actuación en nuevas tecnologías, y hasta ahora ha sido pionero en todo el



mundo. De hecho, son muchos los notarios, tanto los más modestos como los más fuertes, que nos piden información y que visitan Ancert. En este sentido, me siento orgulloso, como notario español, de ser el Notariado que más ha avanzado en las nuevas tecnologías y le puedo asegurar que no hay reunión internacional en que no se hable, formalmente, en los pasillos o en las comidas, no solo del Notariado español, sino de su desarrollo tecnológico. Fue un punto controvertido en su momento, pero que ahora mismo lo asumimos con total naturalidad.

P: ¿La ética y la deontología tienen un papel relevante?

R: Son aspectos importantes en cualquier profesión, y más en la nuestra, por ejercer una función delegada por el Estado. Esto nos exige un plus en el ejercicio regular de la función. Por ello la Unión Internacional también tiene una Comisión dedicada específicamente a la deontología.

P: ¿Cómo cree que evolucionará la profesión en el siglo XXI?

R: He estado recientemente en el 60 aniversario del Consejo Federal de los notarios argentinos, para lo que me documenté sobre cómo había sido la evolución del notariado argentino. Nace, pri-



mero se regula la profesión notarial, posteriormente nacen los colegios, después el Consejo General y da el salto al mundo internacional en el año 1958. Mi reflexión fue que es el mismo procedimiento que ha seguido el Notariado español. Tenemos una ley de 1862 que pone orden en el desorden de los notarios; nacen los colegios, después el Consejo General—la antigua junta de decanos— y después damos el salto internacional. Y otro punto en común: todos los colegios nacen fundamentalmente a partir de congresos de base puramente científica. Esto me sugiere, primero, que el Notariado es una institución que surge de abajo a arriba, que surge de la propia necesidad social, es una creación de la sociedad. Segundo, me llama la atención que en todos los sitios surge en un congreso científico. Por lo tanto, nace con una inquietud, desde el punto de vista corporativo: el conocimiento. Porque nace en un momento en que las sociedades son atrasadas, no hay conocimiento ni formación, hay ignorancia. Por eso el Notaria-

do surge, fundamentalmente, para dar cobertura y apoyo a lo que es una necesidad social: no somos legos en derecho, somos “ignorantes” en esta materia y sentimos esta necesidad. Posteriormente evoluciona, y llegamos a la sociedad del conocimiento, tecnológica. Y al Notariado, que se adapta perfectamente a las necesidades, con base fundamental en esta formación y este conocimiento y por la necesidad de suplir la ignorancia de las partes y asegurarse de que una parte no abusa de la otra, de que ambas partes no se confabulen para atentar contra un tercero o afectar intereses generales, se le va dando cada vez más relevancia al aspecto público de la función. Por eso, yo creo que en el futuro, asegurado ya todo lo demás - toda la mochila de intendencia-, el Notariado va indefectiblemente a potenciar el carácter público de su función. Por eso decía que la punta de lanza es la colaboración con las administraciones públicas, que en España ya se lleva a cabo no solo en materia de control de blanqueo de capita-

les sino también en materia tributaria, etc.-. Esta es la línea. En resumen, asegurados los primeros pasos, la función notarial se va perfeccionando encaminada a esa potenciación, que ya existe, de la función pública. Y en este sentido me siento orgulloso, como notario español, de que precisamente fuimos de los primeros que se dieron cuenta de que esta es la línea. Notariados reticentes, algunos poderosos de Europa, ahora se dan cuenta de esto y espero que lleguen a tiempo pero no lo tendrán fácil.

P: ¿Qué mensaje enviaría al Notariado?

R: Hay que ser optimistas, hay que creer en lo que hacemos. Desempeñamos una función social importante, damos servicio a la sociedad, damos servicio al poder público y hay que insistir en esta línea. Tenemos que ser pioneros, y en el ámbito mundial tenemos como competidor al derecho anglosajón. Si trabajamos bien, estamos convencidos de que nosotros prestamos mejor servicio a la sociedad que ellos. Pero no nos podemos dormir en los laureles ni decir que somos los mejores, lo tenemos que demostrar. Yo soy absolutamente optimista en este sentido. Aun así, no puedo ocultar que desgraciadamente en España tenemos enemigos poderosos que pretenden denostar nuestra función, pero posiblemente también nuestros enemigos nos hacen más fuertes. Y quizás el Notariado español está a la cabeza del mundial porque tenemos enemigos que quieren destruir nuestra función y nos estamos defendiendo dando lo mejor que tenemos de nosotros mismos, y prestando cada vez más esta utilidad social que es, en definitiva, la razón de ser de nuestra existencia. Es una pena que en nuestro país no hayamos elaborado un sistema de seguridad jurídica preventiva mucho mejor.

¿Se ha modificado la naturaleza jurídica de la función notarial por la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria?

Elías Campo Villegas

Juez

Notario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña *

SUMARIO

PRELIMINAR

1. ESCRITURAS PÚBLICAS NOTARIALES
2. ACTAS DE MERA CONSTATACIÓN DE HECHOS, ACTOS Y MANIFESTACIONES DEL MISMO NOTARIO
3. ACTAS DE EMISIÓN DE JUICIOS Y CALIFICACIONES JURÍDICAS LAS ACTAS DE NOTORIEDAD
4. ACTOS DISPOSITIVOS DEL MISMO NOTARIO
 - 4.1. El artículo 843 C.c.
 - 4.2. El artículo 899 C.c.
 - 4.3. El artículo 905 C.c.
 - 4.4. El artículo 1057.2 C.c.
 - 4.5. El artículo 1020 C.c.

* Comunicado en Sesión de la Academia.



PRELIMINAR

El Notario, en el desarrollo de las actuaciones que se le atribuyen en las materias de Jurisdicción Voluntaria, de las que nos ocupamos en esta comunicación, lo hace con la técnica formal y documental del instrumento público que le es propia, y que en definitiva se encierra básicamente en los dos órdenes que la centenaria terminología española recoge en el artículo 144.1 del

Reglamento Notarial, de escrituras públicas y las actas. Categorías que el legislador en la disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, al modificar la Ley del Notariado, lo ha hecho elevando a categoría de ley la histórica clasificación reglamentaria en su nuevo y primer artículo 49 “*Los Notarios intervendrán en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas*”. Y

este será el esquema que seguiremos en la exposición del protagonismo que la nueva Ley concede al Notario en materia de Jurisdicción Voluntaria, si bien se nos permitirá introducir dos nuevas categorías. Las actas de emisión de juicios y calificaciones jurídicas, y los actos o negocios jurídicos de disposición del Notario. Estos últimos en los que el legislador ha concedido al Notario facultades que explican la interrogante que plantea el enunciado de la comunicación ¿se ha modificado la naturaleza jurídica de la función notarial?

1. ESCRITURAS PÚBLICAS NOTARIALES

Cuando se trate de “la declaración de voluntad... o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento el Notario autorizará una escritura pública” (art. 49 Ley del Notariado). Ello ocurrirá en actuaciones como las siguientes en las que en adelante, en lugar del Juez, será el Notario:

-En la repudiación de la herencia (art. 1.008 C.c.). En este acto el Notario tan sólo recibe el acto dispositivo del otorgante. Se trata de escritura que recoge ese negocio jurídico unilateral. Dada esta naturaleza resultaba inadecuada la intervención del Juez.

-O en la renuncia del cargo por el albaacea (art. 899 C.c.). Atribución compartida con el Secretario judicial. Siendo de advertir al respecto que si la renuncia se hace ante Notario, el renunciante tendrá libertad de elección del mismo, lo que no ocurrirá si lo hace ante el Secretario judicial, puesto que la competencia territorial viene predefinida en el artículo 91.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, si bien con ciertas facultades de elección por el solicitante.

2. ACTAS DE MERA CONSTATAción, PERCEPCIÓN DE HECHOS, ACTOS, COMUNICACIONES, MANIFESTACIONES DEL MISMO NOTARIO Y OTRAS ACTUACIONES

Se ha dicho de ellas que el Notario en su actuación se limita a documentar lo que ha percibido por sus sentidos o ha realizado él mismo. En ocasiones, hasta sin emitir juicio alguno. Casi en una actitud meramente pasiva. Veamos algunos supuestos de la materia que nos ocupa.

FICHA TÉCNICA

Resumen: Descritas mediante el presente trabajo por el autor las diferentes atribuciones que se han concedido al Notario por la L 15/2015, se perfilan las que resultan enmarcadas dentro del ámbito y perfil de las actuaciones consideradas propias de la función notarial en el ejercicio de la fe pública (RN art.1), tanto en la constatación de hechos como en la emisión de juicios y calificaciones jurídicas, y las nuevas facultades referidas a los actos dispositivos del mismo Notario, totalmente extrañas a la función notarial tradicional, pero que en nada afectan a su propia e histórica misión, que en absoluto queda modificada.

Palabras clave: Escritura pública notarial, actas de emisión de juicios y calificaciones jurídicas, actas de notoriedad, actos dispositivos del mismo notario.

Abstract: Following a description by the author of the various powers conferred on Notaries by Law 15/2015, a profile is given of those that fall within the scope and framework of the activities considered to be part of the functions of a notary in the exercise of public official record (art. 1 of the Notarial Regulations), both in the recording of facts and in the issue of findings and legal rulings, and the new powers concerning dispositive acts by notaries themselves, which are completely alien to traditional notarial powers, but which do not affect their specific and historical role, which is not altered in any way.

Keywords: Public notarial deed, instruments issuing findings and legal rulings, statements of common knowledge, dispositive acts by notaries themselves

2.1. En la modificación que se ha hecho de los artículos 1005 y 1014 del Código civil se ha sustituido la intervención del Juez por la del Notario:

El artículo 1005 queda redactado de la forma siguiente:

“Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente”.

En este precepto se trata de un acto mixto de requerimiento y constatación de una manifestación del mismo Notario relativa a las consecuencias legales de la conducta del requerido.

El artículo 1014 queda redactado de la forma siguiente:

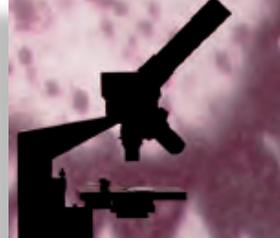
“El heredero que tenga en su poder la herencia o parte de ella y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá comunicarlo ante Notario y pedir en el plazo de treinta días a contar desde aquél en que supiere ser tal heredero la formación de inventario notarial con citación a los acree-

dores y legatarios para que acudan a presentarlo si les conviniere”.

Ahora estamos ante un acto de comunicación y requerimiento.

2.2. En el nuevo articulado de la Ley del Notariado que se ha introducido por la Ley 15/2015, son de recordar otros tipos de actas referentes a determinadas formas de testamentos. Son actas de mera constatación de hechos, no de notoriedad declarando la existencia de derechos. Así:

a) Adveración y protocolización de testamentos cerrados (arts. 57 a 60 R.N.). Aquí la actividad notarial va encaminada a cerciorarse de la autenticidad de las firmas de los testigos instrumentales que en su día suscribieron el pliego cerrado. En definitiva, como el testimonio de legitimación de firmas contemplado en el artículo 256 del Reglamento Notarial. El Notario tan sólo emite su juicio sobre la pertenencia de las firmas a personas determinadas. El juicio lo forma el Notario mediante prueba testifical o pericial por el cotejo de letras y otras diligencias conducentes a la averiguación de la autenticidad de las firmas. Lo mismo que ocurre en el juicio de identidad de un compareciente. Asegurada esta elemental exigencia, el resto de la actuación del Notario consiste en reflejar en un acto de presencia la apertura del pliego y lectura del testamento que seguidamente protocolizará.



Dicho cuanto antecede respecto al elemento formal de la actuación del Notario, se nos permitirá advertir del error del legislador al atribuir la competencia territorial del Notario por la regla general del artículo 57.1 cuando lo adecuado hubiera sido atribuirlo al Notario otorgante o a su sucesor en el protocolo, lo que hubiera conducido directamente al cotejo con el original protocolizado.

Ahora el trámite no sólo se ha complicado sino que resulta expuesto al fracaso. Como el Notario podrá no ser el que otorgó el testamento, ello conduce a que se busque la autenticidad del testamento cerrado, no cotejándolo con el instrumento del protocolo del Notario autorizante, sino mediante pruebas testificales de quienes fueron testigos instrumentales, o del que quede, incluso del Notario, cuya declaración no será otra cosa que prueba testifical; acudiendo incluso a la prueba pericial del cotejo de letras. Además, a pesar de todo este esfuerzo probatorio, la Ley le permite también *“acordar ... otras diligencias conducentes a la averiguación de la autenticidad de las firmas de los no comparecidos y del fallecido”*. Pero nada sobre el cotejo con el protocolo. En este testamento hay que distinguir dos documentos notariales, dos actas. La original estampada en el sobre que contiene el testamento y la copia de la misma que se protocoliza. Ahora bien, ocurre que el acta original circula; ha circulado desde su autorización, en tanto que su copia ha dormido protegida, encuadernada, en el seno del protocolo. De ahí que el acta original es la que preocupa al legislador sobre su auten-

tidad a diferencia de la copia radicada en el protocolo. De esta manera a los efectos de prueba y de autenticidad los papeles se cambian. Por ello hubiera sido más acertado, más sencillo y eficaz, seguir la vía trazada en la LEC de 1881. Notario competente sería el que autorizó el testamento cerrado o, en su defecto, su sucesor en el protocolo. Éste tramitaría el expediente, practicaría las pruebas oportunas, y quizá bastaría con el cotejo con el acta protocolizada. Y todo ello incluso de oficio si no hubiera nadie que instara el trámite. Actuaciones de oficio que no deben repugnar cuando existan normas imperativas que así lo dispongan. Y hoy las tenemos. Más que las deseadas en pro de los intereses más variados de la sociedad en sus aspectos económicos, fiscales, políticos, etc. Más concretamente ante testamentos con una cláusula en beneficio de ciertos entes o motivos. También en algunas diligencias del mismo testamento cerrado y del procedimiento mal llamado de ejecución hipotecaria. E independientemente de todo ello, el legislador podría haber impuesto sin más este deber en pro de intereses desconocidos, los ocultos en el seno del testamento o de persona a quienes no llegaron los edictos. Y todavía existiría otra vía para evitar el archivo de testamentos cerrados sin haberlos abierto el Notario competente para su tramitación. Se trata del Ministerio Fiscal, a quién se podía haber legitimado y ordenado que lo promoviera en defensa de los posibles interesados ignorados o desconocedores del procedimiento y del testamento cerrado.

b) Adveración y protocolización de los testamentos ológrafos (arts. 61 y 62 R.N.). Ahora se repite la misma actuación. Legitimación de firmas y protocolización del testamento.

c) Adveración y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral (arts. 64 y 65 R.N.). En este supuesto la misión del Notario todavía es más sencilla. Se limita a transcribir las manifestaciones de los testigos relatando las disposiciones que realizó el testador ante ellos como de su última voluntad y en su caso protocolizar las notas, memoria o soporte magnético en que se hubiere consignado la última voluntad.

3. ACTAS DE EMISIÓN DE JUICIOS Y CALIFICACIONES JURÍDICAS. LAS ACTAS DE NOTORIEDAD

Tanto en las actas de mera constatación de hechos como en las escrituras públicas,

el Notario actúa en la esfera de los hechos sensibles. Refleja en el documento lo que ve, oye o percibe por sus sentidos. Pero su actividad no puede quedar en ese mundo; sino que, partiendo de su raíz sensorial, trasciende a la esfera del Derecho, emitiendo juicios y calificaciones. Así en la escritura pública vemos que el Notario emite juicios como el de capacidad, o la identificación a través de documentos o testigos de conocimiento, e incluso sobre la legalidad del acto. Naturalmente que estos juicios y calificaciones implican meras actuaciones accesorias o complementarias. Ahora bien, cuando estas manifestaciones de emisiones de juicios constituyen el contenido básico y fundamental de un acta, entonces tendremos un acta notarial de naturaleza propia y especial. Estaremos ante las actas de notoriedad en las que el Notario emite un juicio suyo acerca de la notoriedad. Juicio sobre la notoriedad de un hecho que en ocasiones podrá funcionar como prueba del hecho mismo. De esta manera se da un paso más, pues en las actas de notoriedad se comprueba por el Notario la certeza de los hechos que no se perciben por los sentidos. Pero todavía otro progreso más, y es la posibilidad de que el Notario, superando la esfera de los hechos, pueda llegar a declarar el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales cuando los mismos resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso (art. 209 del Reglamento Notarial). Y una vez que el ordenamiento jurídico admitió que en las actas de notoriedad se podía declarar el reconocimiento de derechos, el paso siguiente tuvo que ser que ese reconocimiento de derechos fuera el de los herederos abintestato, que primero se realizó, con cierto temor, que lo fuera únicamente a favor de sucesores de la línea recta o entre cónyuges (art. 209 bis R.N.) y finalmente en la Ley 15/2015 de 2015 entre colaterales (arts. 55 y 56 de la Ley del Notariado). Pero estas posibilidades costaron mucho. Mucho, incluso en el largo camino de integración de las funciones del Notariado éste llegó a recibir la advertencia de la Fiscalía del Tribunal Supremo que luego recordaremos en la mini historia de los ochenta años que corrieron desde 1935 hasta 2015.

Fue el Reglamento Notarial de 1935 el que dispuso la primera regulación de las actas de notoriedad que tuvieron escasa atención en la práctica, salvo las aplicaciones que se hizo de ellas a partir de 1936 pa-

ra resolver los vacíos legales ocasionados “al quebrar las relaciones normales del Estado de Derecho”, en frase de RODRÍGUEZ ADRA-DOS, quién, a su vez, recuerda especiales disposiciones al efecto, como el D. de 10 de noviembre de 1938 sobre reconstrucción de protocolos destruidos, los DD. de 7 de agosto de 1939 y 10 de noviembre de 1942 sobre entrega de valores e los Comités de Depósitos quebrantados y Cajas de seguridad expoliadas, la Ley de 11 de julio de 1941 sobre apertura de bultos de alhajas y valores procedentes de Bancos, el D. de 15 de junio de 1939 sobre recuperación de empresas colectivizadas y la Ley de 5 de diciembre de 1940 sobre contratación en zona roja.

Pero donde mayor aplicación se produjo del acta de notoriedad fue en la legislación, jurisprudencia y práctica hipotecaria. Así para la reanudación del tracto registral interrumpido, registración de excesos de cabida, inmatriculación de fincas a base de un documento privado; o para la determinación de los sustitutos no designados nominativamente en toda clase de sustituciones hereditarias; incluso para determinar quién es el pariente más cercano del testador (Res. 24 febrero 1950).

La práctica notarial, sobre estos antecedentes y en base a lo dispuesto en el Reglamento Notarial de que en las actas de notoriedad se pudiera llegar a declarar el reconocimiento de derechos, fue admitiendo, con ciertos titubeos unas veces y con seguridad otras, la posibilidad de efectuar declaraciones de herederos abintestato. Práctica que fue contestada e incluso cortada por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo núm. 1/70 de 9 de marzo de 1970, dirigida a los Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales tratando de sostener la integridad de atribuciones y competencia de los Jueces y Tribunales. Al final de la muy extensa circular, se contiene la instrucción siguiente dirigida a los Fiscales:

“2ª.- Si además los hechos y declaraciones contenidas en esta clase de actas y su inscripción en el Registro de la Propiedad, infringen algún precepto penal, previas las comprobaciones que se estimen procedentes, preparará el escrito ejercitando la acción penal y la civil derivada del delito, comprensiva del daño y perjuicio causado y la declaración de nulidad del acta”.

La práctica notarial, sobre estos antecedentes y en base a lo dispuesto en el Reglamento Notarial de que en las actas de notoriedad se pudiera llegar a declarar el reconocimiento de derechos, fue admitiendo, con ciertos titubeos unas veces y con seguridad otras, la posibilidad de efectuar declaraciones de herederos abintestato.

Advertencia que fue suficiente para que dejaran de autorizarse las ya pocas actas de notoriedad para la declaración de herederos abintestato. Sin embargo, todavía hubo Notarios que las admitieron para otros efectos que no fuera inscripciones en el Registro de la Propiedad, dada la literalidad del texto de la circular de la Fiscalía. Tuvieron que pasar dos décadas para que se reconociera la posibilidad de estas actas de notoriedad. Su regulación y trámite se encuentra en los nuevos artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado; pero como el presente trabajo no se halla destinado a su exégesis, tan sólo aludiremos a unos desafortunados puntos del mismo:

3.1. La preocupación por el domicilio de “los interesados”

Se trata de las personas que el requirente del acta considera llamados a la herencia, como presuntos herederos, de los que ofrecerá sus “datos identificativos” (art. 56.1). De no constar el domicilio de alguno de los interesados, el Notario recabará, mediante oficio, “*el auxilio de los órganos, registros, autoridades públicas y consulares ... a fin de que sea librada la información que se solicite, si ello fuera posible*”. De no lograrse así averiguar el domicilio de alguno de los interesados, todavía se da un paso más. La publicidad a la tramitación del acta mediante anuncio en el BOE y otros medios de comunicación que se considere convenientes; y además anuncios en los tablones de los Ayuntamientos del último domicilio del causante y al del lugar del fallecimiento, si fuere distinto, o al del lugar donde radiquen la mayor parte de los bienes inmuebles (art. 56.2, párrafo cuarto).

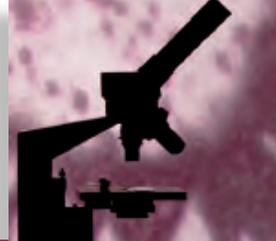


Demasiado esfuerzo para lograr el domicilio de algún eventual heredero, cuando tal circunstancia es irrelevante. Tan irrelevante que puede no existir domicilio por haber muerto posteriormente el causante quién a su fallecimiento sí que lo era. Se es heredero o no; si se logra probar el parentesco, o no se consigue demostrarlo. Sobraba tal exigencia y pérdida de tiempo. Pero lo que ya resulta asombroso es que la no consecución del domicilio referido (de no poder ser “localizados”) impida al Notario la declaración de herederos a tales parientes, constatando en el acta únicamente “la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales (penúltimo párrafo del art. 56.3). En la derogada LEC de 1881 la declaración de herederos de parientes colaterales no exigía más que justificar “debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate y su parentesco con la misma”, aparte la información testifical.

3.2. La extraña entrega de los bienes del párrafo tercero del artículo 56.3

Tras la declaración de quienes son los herederos abintestato se dispone que “se podrá recabar de la autoridad judicial la entrega de los bienes que se encuentren bajo custodia”.

El precepto causa extrañeza y evidencia su inutilidad. El acta notarial se ha terminado con la decisión del Notario. Hasta entonces había una indefinición de quienes eran los herederos. Estos son los que podrían ejercitar cuantas facultades les corresponde para recobrar la entrega de los bienes, los tenga el Juez o quién sea. Sólo los herederos



ros, no el Notario; pero aquéllos lo habrían de hacer fuera del acta notoriedad. Nada ya en ella. Por lo tanto esa petición deberá realizarse en un cauce procesal judicial. Y además, en este caso concretamente ante el Juez que tenga bajo su custodia bienes del caudal hereditario, los que nos conduce irremisiblemente a un procedimiento judicial preexistente al acta notarial. Un proceso judicial cautelar al no conocerse la existencia de herederos. Situaciones éstas que constituyen parte integrante del procedimiento relativo a la división de la herencia en el más amplio proceso especial "De la división judicial de patrimonios" regulado en el Título II del Libro IV de la LEC. En cuanto al eventual procedimiento cautelar de que acabamos de hablar lo tenemos en la Sección 2 del referido CAPÍTULO PRIMERO "De la división de la herencia" bajo el epígrafe "De la intervención del caudal hereditario". En esta vía "... el Tribunal ... adoptará de oficio las medidas más indispensables para ... la seguridad de los bienes ..." (art. 790.1 LEC). Y más concretamente "... El Tribunal ordenará ... que se proceda ... 2º a inventariar y depositar los bienes ..." (art. 791.1 y 2.2º LEC). Diligencia cautelar que puede llevarse a cabo, tanto en el supuesto del artículo 791 "cuando no conste la existencia de testamento ni de personas llamadas a la sucesión legítima", como "... durante la tramitación de la declaración de herederos ..." (art. 792.1 LEC).

Veamos pues, como al redactar el texto de la Ley 15/2015 la pluma se ha resbalado entrando en la Ley de enjuiciar. El precepto está fuera de lugar y puede tenerse por no escrito. Con ello ningún heredero pierde un derecho que ya le concede el ordenamiento jurídico: en el contenido por el Código civil, y en la vía adjetiva por la Ley de enjuiciar.

4. ACTOS DISPOSITIVOS DEL MISMO NOTARIO

Son un paso más en las posibles actuaciones del Notario, en las que la ley permite que disponga, constituyendo o modificando relaciones jurídicas ajenas. Ya no son conclusiones que la Ley deduce de los juicios realizados por el Notario. Ahora estamos ante decisiones que emanan del poder que se le confiere al Notario ¿por su carácter de autoridad, o quizá por ser autoridad? Bastante algo más que un mero funcionario. Este poder

decisorio de efectuar nombramientos ya lo teníamos recientemente respecto del mediador concursal con la trascendencia que ello implica. Pero la reforma que ocasiona la Ley de Jurisdicción Voluntaria nos aporta nuevos e importantes supuestos, alguno de ellos preocupante. Tan preocupante que motiva el enunciado de este trabajo sobre hasta qué punto se ha modificado la naturaleza jurídica de la función notarial en cuanto el añadido de facultades dispositivas, que le son impropias. Veamos los artículos 843, 899, 905, 1057.2 y 1020 del Código civil.

4.1. El artículo 843

"Salvo confirmación expresa de todos los hijos y descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá la aprobación por el Secretario judicial o por el Notario".

La sustitución del Juez por el Notario para aprobar la partición excepcional del artículo 841 pone de relieve una advertencia y una interrogante. Hemos superado las declaraciones de derechos de ciertas personas que el Notario realiza como derivadas, a su juicio, de los hechos comprobados. Ya no hay emisión de juicios del Notario sino decisiones de éste con trascendencia respecto de determinadas relaciones jurídicas. Simultáneamente la atención se dirige hacia cual sea el alcance de esta nueva actividad del Notario conectada con la regla excepcional de la partición del artículo 841 en que se lesiona uno de los principios protectores de la legítima castellana como *pars bonorum*. El quale. Esta idea impone al intérprete que se exija ahora el máximo rigor para que no pueda quedar abierta una puerta mediante la cual pueda también ser lesionado el quantum. Por ello la aprobación del Notario no puede reducirse sólo en el sentido de que se hayan respetado las normas formales establecidas en el Código civil. Es precisa una actividad que conduzca a justas valoraciones económicas. Al Notario no le basta una regularidad formal. Debiéndose traer a colación la misma Ley del Notariado en su artículo 24: "Los Notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan ...". No estamos ante un problema de mera legalidad formal sino ante un imperativo de justicia.



4.2. El artículo 899

"El albacea que acepta el cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo; pero lo podrá renunciar alegando causa justa al criterio del Secretario judicial o del Notario".

La actuación que se pide aquí al Notario, al igual que en el artículo 843, excede de su tradicional competencia orgánica. Ya no estamos en la emisión de juicios dimanantes de los hechos probados y con eficacia *iuris tantum*. Nos encontramos ante una decisión que emana de su propia autoridad. El aprobar o desestimar la renuncia del albacea exige un razonamiento previo que conectará esa pretensión con las circunstancias que concurren en el supuesto, incluso teniendo en cuenta las pruebas que debe admitirse pueda realizar el Notario. Y todo ello sin que exista norma alguna de derecho positivo que regule tal renuncia. Sólo el criterio del mismo Notario. Estamos así ante una función análoga a la del Juez amparado de plena discrecionalidad.

4.3. El artículo 905

"Si el testador quisiera ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga. Si no lo hubiese señalado, se entenderá prorrogado el plazo por un año. Si, transcurrida esta prórroga, no se hubiese cumplido todavía la voluntad del testador, podrá el Secretario judicial o el Notario conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso".

Estamos en este precepto frente a un supuesto idéntico al del artículo 899. El No-

tario ante una petición (la de prorrogar el plazo) decidirá si la aprueba o la deniega, también discrecionalmente, solo “atendidas las circunstancias del caso”, las que le permitirán practicar las diligencias previas que éstas aconsejen.

4.4. El artículo 1057.2

“No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”.

Nos hallamos ante una norma que contiene doble remisión de facultades decisorias al Notario. Disponer el nombramiento de un contador-partidor y además la eventual aprobación de la partición que en su momento realice el así designado. Respecto al nombramiento de un contador-partidor, el hecho de que luego la persona se concrete por el procedimiento del artículo 50 de la Ley del Notariado, no desdibuja el acto decisorio del Notario de que se confiera la partición a un contador-partidor dativo. Y no digamos al atribuir al Notario la aprobación de la partición así realizada. Facultad ésta que resulta preocupante por cuanto ante todo hay que averiguar el alcance de lo que se considere como “la aprobación” del Notario a tal partición.

Tanto en la doctrina como en la práctica forense se ofrecen dos criterios, si bien referidos a la situación anterior a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, es decir a la hasta ahora necesaria “aprobación judicial”. Unos, han entendido que el Juez debía denegar su aprobación cuando exista una indebida valoración de los bienes, lo que conllevaría a que, tanto el Juez antes como el Notario ahora, no sólo podría sino incluso debería cerciorarse de los valores para prestar su aprobación. Frente a esta posición, la mayoría de autores y jurisprudencia de las Audiencias estima que aquella “aprobación” no implica un control sobre la inclusión de bienes y valoraciones (Auto AP de La Coruña de 30 de marzo

de 2000), “sólo puede enjuiciar la concurrencia de los presupuestos habilitantes del nombramiento, la regularidad del procedimiento y el mantenimiento del contador dentro de sus facultades, estos es, la no extralimitación en el ejercicio de sus funciones (SAP de Pontevedra de 1 de abril de 2014). Todo ello “salvo irregularidades groseras o manifiestas” o “irregularidades esenciales”, frases que se reiteran en esta jurisprudencia de las Audiencias.

Ahora bien, cuanto antecede a nuestro juicio no implica que el Notario, frente a la partición del contador-partidor dativo, deba aprobarla sin más, bastando su regularidad formal. El Notario debe penetrar en el fondo de la misma y abrirla a todos los interesados dándoles traslado de la misma para su audiencia en un plazo determinado, tal como venía haciéndose hasta ahora conforme al artículo 787.1 de la LEC para aprobar las operaciones divisorias en el procedimiento judicial para la división de la herencia. Y si de esta manera se ofrece un camino a la actuación notarial, lo cierto es que se le abre al mismo tiempo, no digo un abismo, sino más bien las ineludibles consecuencias que se ocasionan al Notario por la sustitución que con él se hace del Juez; y además en un tema que no es realmente de Jurisdicción Voluntaria sino contenciosa, como siempre fue la aprobación de la partición de un contador-partidor existiendo oposición a la misma. Por ello el Notario debe hallar en el ordenamiento jurídico resortes adecuados frente a una oposición a la partición de la que el Notario haya dado traslado. Y el camino será el mismo judicial de la LEC, bien por analogía, por cuanto no hay otra vía que integre el vacío normativo, como por la remisión del artículo 8 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria “Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado en la presente Ley”. Y no se olvide que “esta Ley”, la 15/2015 de 2 de julio, es la que modificó y redactó el texto del artículo 1057 del Código civil. Y tampoco se olvide que cuanto para el Notario atribuimos, es lo mismo que tendrá el Secretario judicial para el que la Ley ha configurado ex equo con el Notario. Por ello, consideramos que el Notario, ante una oposición a la partición realizada por el contador dativo, practicará las pruebas que crea necesarias, hayan sido propuestas o no por los interesados.

4.5. El artículo 1020

“Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a instancia de parte, el Notario podrá adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial”.

(...) cuanto antecede a nuestro juicio no implica que el Notario, frente a la partición del contador-partidor dativo, deba aprobarla sin más, bastando su regularidad formal.

Se trata de una transcripción del contenido del mismo artículo con dos modificaciones: las facultades y poder del Juez, atribuir las al Notario, quién deberá actuar con arreglo a lo que prescribe el Código civil y la legislación notarial, en lugar de lo que se “prescribe para el juicio de testamentaria en la Ley de enjuiciamiento civil”.

Aquí tampoco estamos ante un acto de Jurisdicción Voluntaria, sino contenciosa. En la LEC de 1881 los juicios universales de abintestato y testamentaria eran contenciosos. No sólo no estaban ubicados en el Libro III de Jurisdicción Voluntaria, sino en el Libro II de la Jurisdicción contenciosa; y su contenido era un acto jurisdiccional propiamente dicho. Y así vemos en la actual LEC, dentro del libro IV de los procesos especiales, el título III se dedica a la división judicial de patrimonios, cuya Sección 3ª contiene las medidas cautelares de la administración de la herencia. En esta Sección unos preceptos se dedican a la “administración” (arts. 797 al 800) y otros a la “custodia”, “conservación de los bienes de la herencia” (arts. 801 al 803); o sea los dos encargos hechos hoy al Notario y antes al Juez.

Con estos antecedentes, en adelante el Notario querrá saber, ante peticiones hechas a instancia de parte, qué decisiones podrá adoptar para la administración y custodia de los bienes hereditarios. A nuestro juicio el camino a seguir radica en la última expresión del art. 1020. El Notario deberá atenerse “a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial”. Expresión ésta que en principio elimina toda remisión a la Ley de Enjuiciamiento civil que pudiera invocarse por analogía



pues deliberadamente el legislador ha suprimido toda referencia a ella. La analogía en todo caso la habremos de buscar en el Código civil. Concretamente en el artículo 1026 al considerar que toda la herencia se halla en administración. Luego todos los artículos y preceptos que siguen resaltan la figura del administrador. Ciertamente que todos estos artículos presuponen que la herencia ha sido aceptada, pero ello no obsta para su aplicación analógica a fin de colmar tal laguna con el propio Código civil.

Ahora bien, el problema de mayor calado, que quizá haga inviable la reforma del artículo 1020 del Código civil por la Ley 15/2015 consiste en el nombramiento por el Notario del administrador para la "administración y custodia de los bienes hereditarios".

Para tal nombramiento no creemos adecuada la solución ofrecida en la doctrina (Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro, "Jurisdicción Voluntaria Notarial". Colegio Notarial de Madrid-2015, pág. 895 y s.) de acudir como guía al artículo 795.2º de la Ley de enjuiciamiento civil, tanto por lo dicho antes de su exclusión por el propio legislador como por las dificultades que entrañaría para el Notario el nombramiento de administrador: "2º.- Se nombrará administrador al viudo o viuda y, en su defecto, al heredero o legatario de parte alícuota que tuviere mayor parte en la herencia. A falta de éstos, o si no tuvieran, a juicio del tribunal, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo, podrá el tribunal nombrar administrador a cualquiera de los herederos o legatarios de parte alícuota, si los hubiere, o a un tercero".

Precepto éste que impondría al Notario determinar cuál fuera el heredero o legatario de parte alícuota que tuviere mayor parte en la herencia; o la capacidad para desempeñar el cargo. Y no digamos la posibilidad última de nombrarlo discrecionalmente.

Nosotros creemos que para el nombramiento del administrador habrá que acudir a "la legislación notarial" que dispone el mismo artículo 1020. Por ello tal nombramiento vendrá sugerido por el artículo 50.1 de la Ley del Notariado en "esa lista" de "aquellos profesionales que cada Colegio notarial deberá formar a disposición de los Notarios".

Ahora bien, con el nombramiento de un administrador no queda resuelta la problemática que debe abordar el Notario respecto de cómo actuar sobre "la administración y custodia de los bienes hereditarios". Cuando se trataba del Juez, éste contaba con las disposiciones de la LEC, artículos del 797 al 805. Ciertamente esta normativa no se impone al Notario, pero podría orientarle en determinados aspectos. El Código deja al Notario suficientes facultades para que éste disponga en torno a tan amplios términos como los de "administración" y "custodia".

El primer problema con el nombramiento de un administrador vendrá determinado por el "profesional" que provenga de la "lista" anunciada en el artículo 50.1 L.N., que presupone habrán sido acreditados sus "conocimientos necesarios" en la materia de administración de herencias. Pero al Notario no le bastarán tales conocimientos, sino que se precisará además solvencia económica suficiente para poder poner a su disposición y custodia los bienes y caudales de la herencia. La solvencia personal de quién aparece en aquella "lista", nunca le proporcionará al Notario la garantía que para el Juez suponía la exigencia imperativa del art. 797 de la LEC sobre la "caución" del administrador que se nombraba. Indudablemente hay que reconocer al Notario la facultad de imponer "la caución" que estime oportuna, como no se le podría restringir al Juez. Si no hay caución, no puede haber riesgo para el Notario ni nombramiento. Y luego ¿qué? ¿Otras peticiones de la lista? ¿Hasta cuándo? El legislador no acertó. No cabía modificar el sistema simplemente cambiando al Juez por el Notario, prescindiendo del entorno jurídico en que se movía el Juez. El Juez, que era el responsable en eligiendo, tenía la facultad de decidir él, sin imposición de una aleatoria lista que le viniera impuesta. Obsérvese que tanto en el artículo

1020 de la redacción anterior, como en la nueva, la prevención de la administración viene promovida "a instancia de parte". En el sistema anterior el Juez, ante una petición así, daría traslado a todas las partes que podrían ofrecer nombramientos concretos, y, de no parecerle al Juez ninguno como adecuado, siempre sería él quién lo proponería, que sería la solución adecuada al final. Y es esta facultad la que le ha sido hurtada al Notario. ¿Cómo resolver la cuestión cuando no se logre un administrador de la "lista" con la fianza exigida por el Notario? En definitiva tal vez sea necesaria una regulación reglamentaria, ¿o legislativa del Código civil, o de la Ley del Notariado, vía artículo 50?

Reglamentación necesaria, pues hoy ¿quid de la rendición de cuentas del administrador sobre la impugnación de la mismas (arts. 799 a 800 LEC), sobre las "necesarias reparaciones o gastos extraordinarios (art. 801 LEC) y la retribución del administrador (art. 804 LEC); si bien el caso de la necesaria venta se ha resuelto en el artículo 803.2 y 3 de la LEC.

Consideración final

Descritas las diferentes atribuciones que se han concedido al Notario por la Ley 15/2015, se perfilan dos tipos de ellas:

Unas que resultan enmarcadas dentro del ámbito y perfil de las actuaciones que históricamente se han considerado propias de la función notarial en el ejercicio de la fe pública (art. 1 R.N.), tanto en la constatación de hechos como en la emisión de juicios y calificaciones jurídicas, de las que hemos ejemplarizado algunos en los apartados 1, 2 y 3 de este trabajo. Sin embargo no ocurre así en las contempladas en el último apartado 4 sobre los actos dispositivos del mismo Notario totalmente extrañas a la función notarial tal como tradicional y legalmente se define; que además dejan en interrogante la básica función asesora del Notario.

En definitiva, ocurre que estas nuevas facultades constituyen atribuciones extrañas a la función notarial y que se encargan al Notario como un plus que en nada afecta a su propia e histórica misión, que en nada queda modificada. De la misma manera que en nada se modificó o disminuyó la función del Juez al restarle aquellas facultades, que tampoco afectan a su esencia de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Y así creemos debe ser contestada la interrogante que se abre en el anunciado de esta comunicación.

Impuesto municipal de plusvalía y ausencia de incremento de valor de los terrenos transmitidos

Benjamín Górriz Gómez
Juez sustituto de Cataluña

SUMARIO

- I. PRELIMINAR
- I. ORIGEN DEL IMPUESTO
- II. DETERMINACIÓN DEL INCREMENTO DE VALOR
- III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
- IV. CONCLUSIÓN

I. PRELIMINAR

En la situación de crisis económica que padecemos y que ha producido, entre otras consecuencias, que el valor de los inmuebles haya descendido, es posible que, a pesar de haberse enajenado un inmueble por un precio inferior al de su adquisición, el transmitente se haya visto obligado a pagar al Ayuntamiento correspondiente lo que comúnmente se denomina la “plusvalía municipal” o más técnicamente el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Teniendo en cuenta que la denominación tradicional del tributo -plusvalía- implica la existencia de una revalorización y que la propia denominación del impuesto indica que lo es sobre el “incremento del valor



de los terrenos” transmitidos, cabe plantearse si dicho pago es o no exigible conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

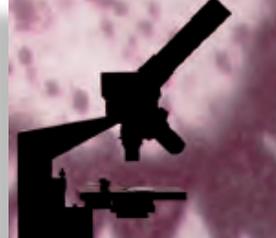
I. ORIGEN DEL IMPUESTO

En 1919 se instauró el tradicionalmente denominado “arbitrio de plusvalía” que, con distintas modificaciones ha llegado hasta nuestros días. El siguiente repaso histórico se centra

en la determinación del incremento de valor en caso de transmisión del pleno dominio de los terrenos, dejando al margen -a efectos de sencillez y claridad expositiva- los demás supuestos (constitución y transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio, etc.)

A) Real Decreto de 13 de marzo de 1919

El Real Decreto de 13 de marzo de 1919 (Gaceta de Madrid núm. 73, de 14 de marzo



de 1919), en uso de la autorización concedida al Gobierno por la Ley de 2 de Marzo de 1917, permitió a los Ayuntamientos imponer «un arbitrio sobre los incrementos de valor de los terrenos sitos en sus términos municipales» que tenía dos modalidades, la denominada “tasa de equivalencia”, a la que estaban sujetas «las asociaciones, corporaciones y demás entidades de carácter permanente» y el arbitrio propiamente dicho.

La Exposición de Motivos de este Real Decreto recogía que «durante la última década, el Gobierno ha propuesto repetidamente a las Cortes el establecimiento de un gravamen sobre el aumento de valor de los terrenos urbanos. En esa serie de iniciativas gubernamentales se distinguen claramente dos períodos. Hasta 1915 el impuesto está concebido como arbitrio municipal; mientras que desde el proyecto de ley de 8 de Noviembre de aquel año, el gravamen aparece formando parte del plan general de ingresos del Estado». La norma opta por configurar el arbitrio como un recurso del presupuesto municipal.

En síntesis y por lo que aquí interesa, el arbitrio propiamente dicho era exigible por razón de la transmisión del dominio y por incremento de valor se entendía «la diferencia en más, entre el valor corriente en venta del terreno en la fecha de su adquisición y el que el mismo terreno tuviese en la fecha de su enajenación». De ese incremento de valor “objeto del arbitrio” eran deducibles determinadas partidas como mejoras permanentes, contribuciones especiales o gastos necesarios de enajenación y adquisición (art. único apartados A, B y C).

B) Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924

El arbitrio fue recogido por el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 (Gaceta de Madrid núm. 69, de 9 de marzo de 1924), que dentro del capítulo dedicado a la “imposición municipal” incluía, entre los impuestos municipales que se autorizaban, el “arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos” (art. 380.f).

Según su Exposición de Motivos, «[e]l arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos sitos en el término municipal, que no figuraba en el proyecto de 1918, se incorpora al Estatuto municipal, reduciendo sus tipos de gravamen a límites de gran prudencia y suprimiendo las deformaciones y limitaciones del impuesto que los intereses

FICHA TÉCNICA



Resumen: Mediante el presente trabajo, el autor resuelve, a través del estudio normativo del Impuesto desde su origen, y sustentándose en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la duda acerca de si, teniendo en cuenta que la denominación tradicional del tributo -plusvalía- implica la existencia de una revalorización y que la propia denominación del impuesto indica que lo es sobre el incremento del valor de los terrenos transmitidos, su pago es o no exigible conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

En base a las sentencias expuestas, cabe concluir que, cuando se acredite y pruebe que en el caso concreto no ha existido, en términos económicos y reales, incremento alguno, no tiene lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo (LHL art.104.1), y éste no puede exigirse, independientemente de que siempre se produzca la existencia de teóricos incrementos por aplicación de las reglas de la LHL art.107.2. En tal situación de ausencia objetiva de incremento de valor se da un supuesto de no sujeción al impuesto, por no realización del hecho imponible, sin que sea admisible someter a gravamen un incremento de valor meramente irreal o ficticio.

Palabras clave: Impuesto municipal de plusvalía, incremento de valor de los terrenos transmitidos, base imponible, periodo de imposición.

Abstract: In this work, the author, by way of a normative examination of the Tax as from its source, and on the basis of the caselaw of the High Court of Justice of Catalonia, resolves the doubt surrounding whether or not payment of the Tax is enforceable in accordance with our legal system, taking into account the fact that the traditional name for the Tax – capital gains – implies the existence of an appreciation, and that the very name of the Tax indicates that it taxes the increase in value of the real estate that is conveyed.

On the basis of the judgments referred to, it may be concluded that where it is established and proven that in any specific case there has, in economic and real terms, been no appreciation, the factual prerequisite required by law in order for the Tax to apply is not met (Local Tax Authorities Law art.104.1), and the Tax cannot accrue, irrespective of the fact that theoretical increases always arise by application of the rules under art.107.2 of the Local Tax Authorities Law. In this situation, the objective absence of any increase in value gives rise to exemption from the tax, given that the taxable event has not occurred, and it is not admissible to tax a merely unreal or fictitious increase in value.

Keywords: Municipal capital gains tax, increase in value of the real-estate conveyed, tax base, tax period.

particulares habían introducido posteriormente en él».

Por lo que aquí interesa, el Estatuto se refiere al “objeto del arbitrio” y dispone que será «el incremento que, en un período determinado de tiempo, experimente el valor de los terrenos sitos en el término municipal (...)», entendiéndose por incremento de valor «la diferencia en más entre el valor corriente en venta del terreno en la fecha en que termine el período de la imposición, con respecto al dicho valor al comienzo del período»; del valor corriente en venta también eran deducibles determinadas partidas (art. 422). «(...) [T]oda transmisión del dominio de los terrenos sujetos al arbitrio, realizada durante la vigencia de éste, termina el período de la imposición, que empezará a contarse desde la transmisión de dominio inmediata anterior (...)» (art. 424). Por valor corriente en venta se entendía «la suma de dinero por la que, en condiciones normales, se hallaría comprador para el inmueble» (art. 386.6º).

C) Texto Refundido de 24 de junio de 1955

La Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y el Texto Refundido de 24 de junio de 1955, también recogieron el “arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos” (arts. 477.h/ y 510 a 522 del Texto Refundido).

El “objeto del arbitrio” seguía definiéndose como «el incremento que, en un período determinado de tiempo, experimente el valor de los terrenos sitos en el término municipal (...)»; el período de imposición era «el tiempo durante el cual el terreno pertenece a un mismo propietario, y se computará a partir de la transmisión inmediata anterior (...)»; y se entendía por incremento de valor «la diferencia en más entre el valor corriente en venta del terreno en la fecha en que terminó el período de imposición y el valor del mismo terreno al comienzo del período»; estimándose que «el valor corriente en venta es la suma de dinero por la que, en condiciones normales, se hallaría compra-



dor para el inmueble» (art. 510 del TR). Del valor corriente en venta eran deducibles determinadas partidas (art. 512 del TR).

La regulación precisaba que «[p]ara fijar el valor en venta del terreno en la fecha en que se verificó su última transmisión y comenzó el período de imposición, los Ayuntamientos podrán tomar en cuenta los valores consignados en las escrituras o títulos correspondientes, y, en su defecto, los que resulten de valoraciones oficiales practicadas en aquella época a virtud de expedientes de expropiación forzosa, compra o venta de fincas por la Corporación, ensanche y demás de naturaleza análoga» (art. 511.3 del TR).

D) Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre

En ejecución de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto del Régimen Local, se aprobó el Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, sobre ingresos de las Corporaciones Locales, que cambió la denominación de “arbitrio” por la de “impuesto”: “Impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos”.

Con esta reforma desaparece la tasa de equivalencia como gravamen autónomo y pasa a ser configurada como una especie de pago a cuenta del impuesto, para cuando se devengue éste, hasta su definitiva desaparición con la Ley de Haciendas Locales.

En cuanto al impuesto en sí, el “objeto del impuesto” sigue siendo el mismo: el incremento del valor de los terrenos que hayan experimentado durante el período de imposición (art. 87). La “base del impuesto”

venía constituida por «la diferencia entre el valor corriente en venta del terreno al comenzar y al terminar el período de imposición» (art. 92.1), si bien se establecen una serie de reglas para fijar ese valor corriente en venta, de manera que «a los efectos de determinar el valor final no podrá tomarse en consideración el declarado por los interesados».

En concreto, en relación con el valor corriente en venta al terminar el período de imposición, al que la norma denomina “valor final”, el art. 92.2, establecía las siguientes reglas:

«Primera.- Los Ayuntamientos fijarán periódicamente los tipos unitarios del valor corriente en venta de los terrenos enclavados en el término municipal, en cada una de las zonas, sectores, polígonos, manzanas o calles que al efecto juzguen preciso establecer, sin que el período de vigencia de tales tipos pueda ser inferior a un año. Para fijar los tipos unitarios del valor corriente en venta se tendrá en cuenta, en su caso el aprovechamiento urbanístico que, según su situación, corresponda a los terrenos sujetos a este impuesto.

Segunda.- A los efectos de determinar el valor final no podrá tomarse en consideración el declarado por los interesados.

Tercera.- La estimación hecha de conformidad con la primera de las reglas anteriores será susceptible, en el momento de la liquidación del impuesto, de un aumento o disminución hasta en un 20 por 100 sobre los tipos unitarios fijados para el período respectivo, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a) Configuración del terreno en relación con fachadas a vías públicas, profundidad, aprovechamiento, distribución de las edificaciones y otras circunstancias análogas.

b) Características naturales del terreno y mayores o menores gastos para levantar o cimentar las edificaciones sobre él».

Y, en relación con el valor inicial del terreno, los apartados 3, 4 y 5 del mismo art. 92, establecían:

«3. El valor inicial del terreno se determinará igualmente de acuerdo con lo dispuesto en el número 2 anterior. Cuando no existan estimaciones periódicas aprobadas por el Ayuntamiento para la fecha de iniciación del período de imposición, la Administración gestora podrá tomar en cuenta los que consten en los títulos de adquisición del transmitente o que resulten de valoraciones oficiales, practicadas en aquella época, en virtud de expedientes de expropiación forzosa, compra o venta de fincas por la Corporación, así como las derivadas de la comprobación del valor a efectos de la liquidación de los Impuestos Generales sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto de Derechos Reales.

4. El valor inicial así determinado se incrementará con:

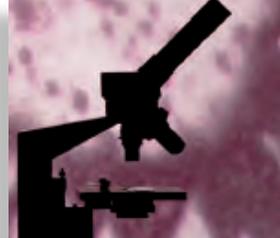
a) El valor de las mejoras permanentes realizadas en el terreno sujeto durante el período de imposición y subsistentes al finalizar el mismo.

b) Cuantas contribuciones especiales se hubieran devengado, por razón del terreno, en el mismo período. A estos efectos, cuando se trate de terrenos edificados, para determinar la parte proporcional de contribuciones especiales imputables al terreno, se tendrán en cuenta los siguientes porcentajes, en relación con la antigüedad de la finca beneficiada: (...)

5. El valor inicial y, en su caso, el importe de las contribuciones especiales y mejoras permanentes, se corregirán automáticamente con arreglo a los índices ponderados del coste de la vida del conjunto nacional de poblaciones, publicados por el Instituto Nacional de Estadística (...)

E) Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril

El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto



Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, recoge la anterior regulación salvo la corrección automática del valor inicial del terreno y contribuciones especiales y mejoras permanentes, previsión derogada por el art. 3 del Real Decreto-ley 15/1978, de 7 de junio.

F) Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988

La Ley de Haciendas Locales (Ley 39/1988, de 28 de diciembre), dispone que el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es «un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título (...)» (art. 105, dedicado a la naturaleza y hecho imponible).

La “base imponible” está constituida por el incremento real del valor de los terrenos de naturaleza urbana puesto de manifiesto en el momento del devengo y para determinar el importe del incremento real «se aplicará sobre el valor del terreno en el momento del devengo el porcentaje que resulte del cuadro» de porcentajes contenido en el art. 108 de la Ley, estableciéndose una serie de reglas a fin de determinar el porcentaje a aplicar.

En las transmisiones de terrenos, su valor en el momento del devengo «será el que tenga[n] fijado en dicho momento a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles» (art. 108.3). Impuesto de Bienes Inmuebles que disponía que el valor de los bienes inmuebles era «el valor catastral de los mismos, que se fijará tomando como referencia el valor de mercado de aquellos, sin que, en ningún caso, pueda exceder de éste» (art. 66).

G) Ley 51/2002, de 27 de diciembre

La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, si bien suprime las diferencias en los porcentajes anuales de determinación del incremento de valor en función de la población de cada municipio, fijando un porcentaje único por cada período de generación y suprime los diferentes tipos máximos de gravamen, también en función de la población del municipio, fijando un tipo máximo único para todos los municipios, mantiene la fijación de la base imponible del impuesto por remisión al valor de los terrenos en el momento del devengo, que sigue



siendo también el que tengan determinado a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

H) Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 5 de marzo de 2004

Por último, llegamos al Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) que contiene la vigente regulación del impuesto.

El art. 104 -dedicado a la naturaleza y hecho imponible- dispone que el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana «grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (...)»; el 107.1 que «la base imponible de este impuesto está constituida por el incremento del valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo (...)» y que «a efectos de la determinación de la base imponible, habrá de tenerse en cuenta el valor del terreno en el momento del devengo (...)»; el 107.2 que el valor del terreno en el momento del devengo, en el caso de transmisiones de terrenos, será, con carácter general y sin perjuicio de las excepciones previstas en la propia Ley (valor catastral consecuencia de ponencia de valores que no refleje modificaciones de planeamiento aprobadas con posterioridad a la aprobación de la citada ponencia y terrenos que, en el momento del devengo del impuesto, no tengan determinado valor catastral), «el que tengan determinado en dicho momento a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles», esto es, según el art. 65 del mismo texto refundido, su valor catastral.

Y el art. 107.4, a efectos de determinar la base imponible, dispone:

«Sobre el valor del terreno en el momento del devengo, derivado de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 anteriores, se aplicará el porcentaje anual que determine cada ayuntamiento, sin que aquél pueda exceder de los límites siguientes:

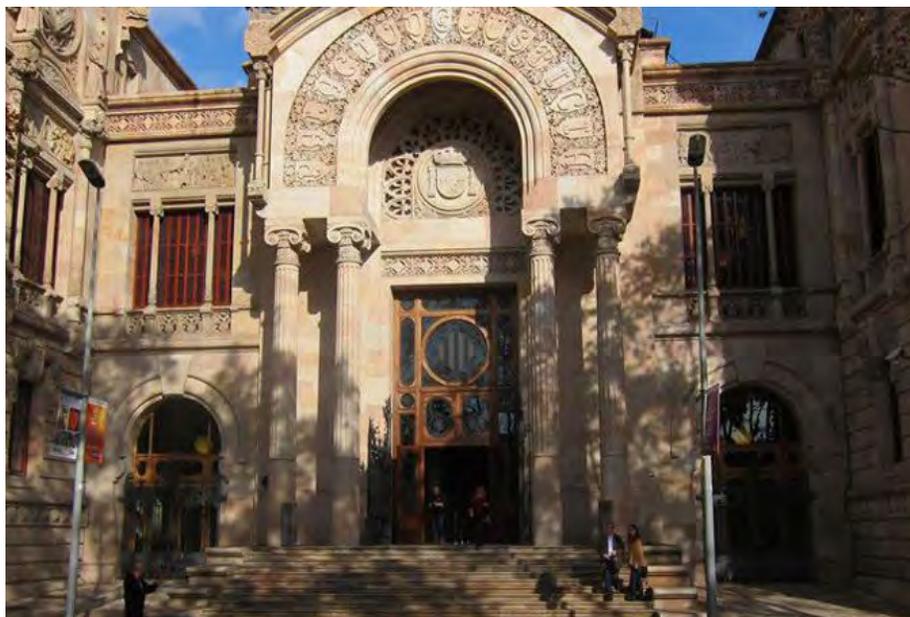
- a) Período de uno hasta cinco años: 3,7.
- b) Período de hasta 10 años: 3,5.
- c) Período de hasta 15 años: 3,2.
- d) Período de hasta 20 años: 3.

Para determinar el porcentaje, se aplicarán las reglas siguientes:

1.^a El incremento de valor de cada operación gravada por el impuesto se determinará con arreglo al porcentaje anual fijado por el ayuntamiento para el período que comprenda el número de años a lo largo de los cuales se haya puesto de manifiesto dicho incremento.

2.^a El porcentaje a aplicar sobre el valor del terreno en el momento del devengo será el resultante de multiplicar el porcentaje anual aplicable a cada caso concreto por el número de años a lo largo de los cuales se haya puesto de manifiesto el incremento del valor.

3.^a Para determinar el porcentaje anual aplicable a cada operación concreta conforme a la regla 1.^a y para determinar el número de años por los que se ha de multiplicar dicho porcentaje anual conforme a la regla 2.a, sólo se considerarán los años completos que integren el período de puesta de ma-



nifiesto del incremento de valor, sin que a tales efectos puedan considerarse las fracciones de años de dicho período.

Los porcentajes anuales fijados en este apartado podrán ser modificados por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado».

II. DETERMINACIÓN DEL INCREMENTO DE VALOR

Sirva la anterior exposición para dejar constancia de que si bien el legislador se refería, originariamente, al “objeto del arbitrio o del impuesto” y, a partir de la Ley de Haciendas Locales de 1988, al “hecho imponible”, lo cierto es que lo sometido a gravamen ha sido en todos los casos lo mismo: el incremento de valor experimentado por los terrenos durante un período de tiempo determinado, el que media entre su adquisición y su posterior enajenación, pero mientras que, originariamente, tal incremento se determinaba por la diferencia entre los valores de enajenación y de adquisición, con la cautela de entender dichos valores “en condiciones normales” y admitiendo, en principio, los valores consignados en las escrituras o títulos correspondientes, a partir de un determinado momento el valor de enajenación -y también el de adquisición- deja de ser el declarado por los interesados en los correspondientes títulos o escrituras para ser fijado, en un primer momento, periódicamente por la Administración y, en un momento posterior -en el que nos encontramos-, se prescinde totalmente del valor

inicial, de manera que el incremento de valor experimentado por el terreno, objeto de gravamen por el impuesto, es determinado única y exclusivamente en función del valor final del terreno, que es su valor catastral.

En relación con el valor catastral, cabe señalar que el art. 72 de la Ley de Haciendas Locales de 1988, dispuso que «[l]as Leyes de Presupuestos Generales del Estado podrán actualizar los valores catastrales por aplicación de coeficientes». En igual sentido, el art. 14 de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, previó que las leyes anuales de presupuestos generales del Estado actualizaran los valores catastrales por aplicación de coeficientes, que podían ser diferentes para cada clase de inmuebles (apartado 1) o por coeficientes de actualización por grupos de municipios (apartado 2). El art. 32.1 del vigente Texto Refundido de dicha Ley -aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo- prevé igualmente que las leyes anuales de presupuestos generales del Estado actualicen los valores catastrales por aplicación de coeficientes, que podrán ser diferentes para grupos de municipios o clases de inmuebles (apartado 1), o distintos dentro de un mismo municipio en función del año de entrada en vigor de la correspondiente ponencia de valores (apartado 2).

Así en virtud de la previsión del apartado 1, las leyes de presupuestos generales del Estado para los años 2000 (art. 69 Ley 54/1999, de 29 de diciembre), 2001 (art. 62 Ley 13/2000, de 28 de diciembre), 2002 (art.

61 Ley 23/2001, de 27 de diciembre), 2003 (art. 60 Ley 52/2002, de 30 de diciembre), 2004 (art. 60 Ley 61/2003, de 30 de diciembre), 2005 (art. 63 Ley 2/2004, de 27 de diciembre), 2006 (art. 62 Ley 30/2005, de 29 de diciembre), 2007 (art. 64 Ley 42/2006, de 28 de diciembre), 2008 (art. 70 Ley 51/2007, de 26 de diciembre) y 2009 (art. 72 Ley 2/2008, de 23 de diciembre) establecieron un coeficiente de actualización de los bienes urbanos del 1,02 cada año, por lo que los valores catastrales de estos bienes aumentaron en un 2,00% cada año. La Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2010 (art. 78 Ley 26/2009, de 23 de diciembre) fijó un coeficiente de actualización para estos bienes del 1,01; y la de para el año 2011 (art. 77 Ley 39/2010, de 22 de diciembre) del 1,00, por lo mantuvo los valores catastrales de 2010⁽¹⁾.

Pues bien, con arreglo a la actual regulación del impuesto municipal de referencia, para determinar la cuota que corresponde satisfacer, en síntesis, se toma el valor catastral del terreno en el momento del devengo del impuesto (momento de la transmisión), sobre ese valor se aplica un porcentaje anual en función del número de años transcurridos -número de años a lo largo de los cuales se haya puesto de manifiesto el incremento, dice el art. 107.4 del Texto Refundido-, y sobre el resultado se aplicará el tipo de gravamen fijado por cada ayuntamiento (art. 108). Con el resultado práctico de que la cuota siempre resultará positiva.

Llegados a este punto existen, en esencia, dos posturas antitéticas, la que entiende que la Ley de Haciendas Locales establece una fórmula objetiva de determinación de la cuota del impuesto que debe ser aplicada obligatoriamente por los ayuntamientos, con independencia de que exista o no incremento real de valor, mientras que, por contra, se considera que la fórmula legal sólo resulta aplicable en caso de que exista el presupuesto inexcusable de existencia de incremento de valor. Polémica que ha llegado a los tribunales de justicia y que ha sido decidida por sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que -ya se adelanta- optan por la segunda de las posturas.

III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

A) Procede comenzar citando la sentencia de la Sala de lo Contencioso-adminis-



trativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de marzo de 2012 (Sec. 1ª, rec. 432/2010, ponente D. Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda).

La parte recurrente viene a alegar que para que pueda exigirse el IIVTNU resulta indispensable que los terrenos de los que haya dispuesto el sujeto pasivo hayan experimentado un incremento de valor y que en los ejercicios 2007 a 2010 los incrementos de valor que se produjeron no tenían base real alguna, creándose una presunción de que los terrenos han experimentado un incremento de valor, que constituye una ficción.

La sentencia explica⁽²⁾ que «[e]l actual IIVTNU, cuyos antecedentes se remontan al año 1919 con la instauración del denominado Arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos, podría llegar a generar ciertos problemas de justicia tributaria a la hora de acometer el cálculo de la base imponible. En efecto (...) lo cierto es que el eventual aumento de valor real del terreno urbano no se calcula en la actualidad por las diferencias (en términos absolutos) entre el valor de transmisión y el de adquisición sino que el parámetro matemático que se maneja viene dado por la aplicación de un porcentaje sobre el valor catastral del suelo. Obviamente, por pequeño que sea el incremento del valor catastral en un contexto de crisis económica marcado por la disminución de los precios del mercado, la disociación de la que habla la demanda podría producirse eventualmente».

Más adelante, en relación con la base imponible del impuesto, plantea la posibilidad de que, con arreglo al actual Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, el incremento de valor gravado no sea el real sino el derivado de las reglas establecidas para calcular la base imponible. En concreto, afirma lo que sigue:

«Si la base imponible debe medir o cuantificar adecuadamente el hecho imponible, no hay que olvidar que, en este sentido, con anterioridad a la Ley 51/2002, de modificación de la Ley de Haciendas Locales, el artículo 108.1 de ésta última establecía que la base imponible del impuesto estará constituida por el incremento real de valor de los terrenos.

Sin embargo, con la expresada Ley 51/2002 se suprimió el término de valor real: en efecto, el actual artículo 107.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo,

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales apunta que “la base imponible de este impuesto está constituida por el incremento del valor de los terrenos”.

En consecuencia, podría ocurrir que ese incremento de valor no fuese el real, sino el derivado de las reglas establecidas para calcular la base imponible, no resultando descartable un saldo de plusvalía positiva con independencia -o, de manera más explícita, de espaldas- del incremento o disminución del valor que en la realidad determine el mercado».

Y, a continuación, en el Fundamento de Derecho Sexto, concluye:

«Sin perjuicio de lo expuesto, parece evidente que la ausencia objetiva de incremento del valor dará lugar a la no sujeción al impuesto, simplemente como consecuencia de la no realización del hecho imponible, pues la contradicción legal no puede ni debe resolverse a favor del “método de cálculo” y en detrimento de la realidad económica, pues ello supondría desconocer los principios de equidad, justicia y capacidad económica.

La misma conclusión ha de aplicarse cuando sí ha existido incremento de valor, pero la cuantía de éste es probadamente inferior a la resultante de la aplicación de dicho método de cálculo, al infringirse los mismos principios.

(...) la base imponible está constituida por el incremento del valor de los terrenos, el cual ha de prevalecer sobre lo que resulte de la aplicación de las reglas del art. 107, que sólo entrarán en juego cuando el primero sea superior.

Estas conclusiones, ya sostenidas por diversos criterios doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales, han de considerarse incuestionables en el momento actual, a la vista de la realidad económica citada. De esta forma, de ser la de la ficción jurídica la única interpretación posible del art. 107 LHL, éste habría de considerarse inconstitucional, pero como consecuencia de la obligación de los Jueces y Tribunales, contenida en el art. 5.3 LOPJ, de acomodar la interpretación de

las normas a los mandatos constitucionales, ha de entenderse que las reglas del apartado 2 del art. 107 son subsidiarias del principio contenido en el apartado 1 sobre el incremento (como ya hemos dicho, antes “real”, y ahora “incremento” a secas, lo que no quiere decir que haya de ser irreal o ficticio).

Las consecuencias no pueden ser otras que las siguientes:

1ª) Cuando se acredite y pruebe que en el caso concreto no ha existido, en términos económicos y reales, incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo (art. 104.1 LHL), y éste no podrá exigirse, por más que la aplicación de las reglas del art. 107.2 siempre produzca la existencia de teóricos incrementos.

2ª) De la misma forma, la base imponible está constituida por el incremento del valor de los terrenos, el cual ha de prevalecer sobre lo que resulte de la aplicación de las reglas del art. 107, que sólo entrarán en juego cuando el primero sea superior. Por tanto, seguirá siendo de aplicación toda la jurisprudencia anterior sobre la prevalencia de los valores reales, pudiendo acudirse incluso a la tasación pericial contradictoria, en los casos en los que se pretenda la existencia de un incremento del valor inferior al que resulte de la aplicación del cuadro de porcentajes del art. 107. En esta hipótesis, la base imponible habrá de ser la cuantía de tal incremento probado, sin que sea admisible acudir a fórmulas híbridas o mixtas, que pretendan aplicar parte de las reglas del art. 107 al incremento probado».

B) En igual sentido, puede citarse la sentencia de la misma Sala y Sección de fecha 22 de marzo de 2012 (rec. 511/2011, ponente D. Emilio Rodrigo Aragonés Beltrán), que recoge que «[s]egún las estadísticas oficiales que acompaña la demanda, el precio de la vivienda ha bajado entre 2008 y 2011 más de un 12% y, en cambio, la evolución teórica en el mismo período según la Ley y la Ordenanza [reguladora del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana del Ayuntamiento demandado] es un aumento de más del 11%».

En su Fundamento de Derecho 4º, en relación con la determinación de la base imponible, argumenta lo siguiente:

«El vigente sistema legal de determinación de la base imponible, contenido en el



art. 107 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales (LHL), parte del supuesto de que en toda transmisión de los terrenos sujetos al impuesto ha habido un incremento de valor, que se calcula mediante la aplicación de unos porcentajes anuales sobre el valor catastral fijado en el momento del devengo, esto es, de la transmisión. Con este sistema, el legislador de 1988 se limitó a elevar a modelo para todos los Ayuntamientos de España la solución que había adoptado el Ayuntamiento de Madrid por razones de equidad y para hacer frente a la situación resultante de unos valores iniciales muy alejados de la realidad y unos valores finales muy próximos a ella. Y se partió para ello del axioma del continuado incremento de valor de los terrenos, cierto durante décadas, pero que ha quebrado dramáticamente en los últimos años, como es notorio, dando lugar a la actual y conocida situación económica, y siendo re-
troalimentado por sus consecuencias.

Desde su implantación en 1988, ha sido objeto de amplia polémica si dicho sistema ha de considerarse como una ficción legal (la impropriadamente llamada presunción *iuris et de iure*) o, por el contrario, se trata de un sistema sólo aplicable cuando el incremento verdaderamente producido es superior al resultante de aquel sistema (sería una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que siempre correspondería al contribuyente probar que el incremento real es inferior).

El art. 107.1 LHL dispone que la base imponible de este impuesto está constitui-

da por el incremento del valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de veinte años, pero se ha sostenido que este precepto legal es una mera declaración de intenciones o un eufemismo amable, pues ha de estar en todo caso al sistema legal, del que siempre resulta un incremento, quedando reforzada esta interpretación por la eliminación en la Ley 51/2002 de la referencia al carácter "real" del incremento del valor que se contenía en la redacción originaria del precepto (art. 108.1 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales).

Sin embargo, el impuesto grava, según el art. 104.1 LHL, el incremento de valor que experimenten los terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o por la constitución o transmisión de cualquiera de los derechos reales que cita la norma. Por tanto, el incremento de valor experimentado por los terrenos de naturaleza urbana constituye el primer elemento del hecho imponible, de manera que en la hipótesis de que no existiera tal incremento, no se generará el tributo y ello pese al contenido de las reglas objetivas de cálculo de la cuota del art. 107 LHL, pues al faltar un elemento esencial del hecho imponible, no puede surgir la obligación tributaria. En conclusión, la ausencia objetiva de incremento del valor dará lugar a la no sujeción al impuesto, simplemente como consecuencia de la no realización del hecho imponible, pues

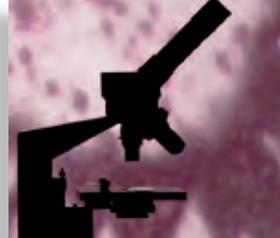
la contradicción legal no puede ni debe resolverse a favor del "método de cálculo" y en detrimento de la realidad económica, pues ello supondría desconocer los principios de equidad, justicia y capacidad económica».

La sentencia también afirma que «[l]as mismas conclusiones han de aplicarse cuando sí ha existido incremento de valor, pero la cuantía de éste es probadamente inferior a la resultante de la aplicación de dicho método de cálculo, al infringirse los mismos principios»; se refiere -igual que la anterior sentencia citada- a «la obligación de los Jueces y Tribunales, contenida en el art. 5.3 LOPJ, de acomodar la interpretación de las normas a los mandatos constitucionales» por lo que «ha de entenderse que las reglas del apartado 2 del art. 107 son subsidiarias del principio contenido en el apartado 1 sobre el incremento (como ya hemos dicho, antes "real", y ahora "incremento" a secas, lo que no quiere decir que haya de ser irreal o ficticio)»; y, a continuación, plasma las dos consecuencias ya transcritas en la sentencia anterior:

«1ª) Cuando se acredite y pruebe que en el caso concreto no ha existido, en términos económicos y reales, incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo (art. 104.1 LHL), y éste no podrá exigirse, por más que la aplicación de las reglas del art. 107.2 siempre produzca la existencia de teóricos incrementos.

2ª) De la misma forma, la base imponible está constituida por el incremento del valor de los terrenos, el cual ha de prevalecer sobre lo que resulte de la aplicación de las reglas del art. 107, que sólo entrarán en juego cuando el primero sea superior. Por tanto, seguirá siendo de aplicación toda la jurisprudencia anterior sobre la prevalencia de los valores reales, pudiendo acudir incluso a la tasación pericial contradictoria, en los casos en los que se pretenda la existencia de un incremento del valor inferior al que resulte de la aplicación del cuadro de porcentajes del art. 107. En esta hipótesis, la base imponible habrá de ser la cuantía de tal incremento probado, sin que sea admisible acudir a fórmulas híbridas o mixtas, que pretendan aplicar parte de las reglas del art. 107 al incremento probado».

Por último añade que «no desvirtúa las anteriores conclusiones el hecho de que el sistema legal sea obligatorio, en todo caso, para los Ayuntamientos, que no pueden acudir a datos reales cuando éstos arrojen un resultado superior, pues la Constitución



no garantiza a los entes públicos ningún derecho a gravar siempre la capacidad económica real y efectiva, mientras que sí impide que se graven capacidades económicas ficticias de los ciudadanos».

C) La doctrina de las dos anteriores sentencias ha sido asumida y seguida por otras de la misma Sala y Sección, que las citan y reproducen sus fundamentos, como las de fechas 12 de septiembre de 2012 (rec. 516/2011, ponente D.^a María Jesús Emilia Fernández de Benito) ó 18 de julio de 2013 (rec. 515/2011, ponente D. Ramón Gomis Masque), de manera que sentencias recientes como la de 18 de julio de 2016 (rec. 20/2016, ponente D.^a Emilia Giménez Yuste), resume la cuestión brevemente en los siguientes términos:

«(...) la controversia jurídica, en torno a la procedencia de exigir el pago de un impuesto cuando no se ha puesto de manifiesto capacidad económica alguna por cuanto en la transmisión del terreno no se ha obtenido ningún beneficio, sino justamente lo contrario, es una cuestión que ha generado una gran controversia.- En este sentido, cuando en la transmisión del terreno no se ha obtenido ningún beneficio, sino justamente lo contrario, la postura que se ha mantenido por la Sala es la que cita la apelante en su escrito: si no ha existido, en términos económicos y reales, incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo (artículo 104.1 de la LHL) y éste no podrá exigirse, por más que la aplicación de las

reglas del artículo 107.2 siempre produzca la existencia de teóricos incrementos. Junto con lo anterior, hemos declarado asimismo que la liquidación del IIVTNU deberá ser o no anulada, dependiendo de si puede considerarse debidamente acreditada la inexistencia, en términos económicos y reales, del incremento del valor de la finca transmitida».

IV. CONCLUSIÓN

En definitiva y en palabras de las sentencias citadas, cabe concluir que «cuando se acredite y pruebe que en el caso concreto no ha existido, en términos económicos y reales, incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo (art. 104.1 LHL), y éste no podrá exigirse, por más que la aplicación de las reglas del art. 107.2 siempre produzca la existencia de teóricos incrementos». En tal situación de ausencia objetiva de incremento de valor se dará un supuesto de no sujeción al impuesto, por no realización del hecho imponible, sin que sea admisible someter a gravamen un incremento de valor meramente irreal o ficticio.

Las dichas sentencias vienen a desmontar el andamiaje establecido por la ley para prescindir del valor inicial -de adquisición- en la cuantificación del incremento de valor, establecido, como explica la sentencia citada de 22 de marzo de 2012,

Las dichas sentencias vienen a desmontar el andamiaje establecido por la ley para prescindir del valor inicial -de adquisición- en la cuantificación del incremento de valor, establecido, como explica la sentencia citada de 22 de marzo de 2012, «por razones de equidad y para hacer frente a la situación resultante de unos valores iniciales muy alejados de la realidad y unos valores finales muy próximos a ella», pero que no estaba previsto para una situación de disminución del precio de los inmuebles, consecuencia de la crisis económica general -ni el legislador lo ha adaptado a tal situación-, de manera que en esta nueva situación el incremento de valor a gravar deberá existir en términos reales y objetivos, lo que, en la práctica, se traduce en una cuestión de

prueba. No se trata de alegar meramente la inexistencia de incremento de valor sino de acreditar su realidad; en este sentido, las sentencias se remiten a la jurisprudencia anterior sobre la prevalencia de los valores reales, e incluso a la tasación pericial contradictoria, a la que procederá acudir también en los casos en que se afirme la existencia de un incremento de valor inferior al resultante de la aplicación de la fórmula legal.

Para finalizar, debe dejarse constancia de la existencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de los de Donostia-San Sebastián, respecto de los arts. 107 (referido a la determinación de la base imponible del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana) y 110.4 de la Ley de Haciendas Locales, por posible vulneración de los arts. 24 y 31 de la Constitución, que fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional, con el núm. 1012-2015 (BOE 30 de abril de 2015), y que pende de resolución ante dicho alto tribunal.

(1) Las Leyes de presupuestos generales del Estado para los años siguientes establecieron coeficientes de actualización conforme a lo dispuesto en el apartado 2, antes mencionado, esto es, fijando coeficientes de actualización de los valores catastrales de los inmuebles urbanos en función del año de entrada en vigor de la correspondiente ponencia de valores, fijándose para ponencias de valores que entraron en vigor a partir de 2005 ó 2006 coeficientes inferiores a 1,00 (art. 73 Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales para 2014; art. 62 Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales para 2015; art. 67 Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales para el año 2016)

(2) Antes de entrar en el fondo de la cuestión, la sentencia recoge que «las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2007, 2008 y 2009 fijaron coeficientes de actualización para los valores catastrales de los bienes inmuebles del 2%; en cambio, la Ley 26/2009, de 23 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en materia de tributos locales, actualizó los valores catastrales de los bienes inmuebles en un 1%; finalmente, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 teniendo en cuenta la situación del mercado inmobiliario, por lo que a los tributos locales se refiere, mantiene los valores catastrales de los bienes inmuebles».

La coexistencia de derechos civiles en España. Criterios de aplicación

Adolfo Lucas Esteve

Profesor Agregado de derecho civil Universitat Abad Oliva (UAO)

SUMARIO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS
2. EL MARCO CONSTITUCIONAL
3. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESTATAL Y DEL DERECHO CIVIL CATALÁN
4. EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA COMO DERECHO COMÚN
5. BIBLIOGRAFÍA



La Constitución española consagra la coexistencia de diferentes legislaciones civiles: la estatal y las autonómicas. Esta coexistencia comporta la interrelación de derechos diferentes que están vigentes en un mismo tiempo y territorio y, en algunos casos, concurren simultáneamente para resolver un mismo caso.

Esta es una materia básica para entender el funcionamiento del derecho civil vigente en España, sin embargo es una cuestión discutida ya que los criterios de aplicación de las diversas legislaciones plantean numerosos interrogantes.

En este artículo, centraré mi estudio en el derecho civil catalán, aunque la mayoría de las conclusiones son extrapolables a las restantes Comunidades Autónomas con derecho propio.

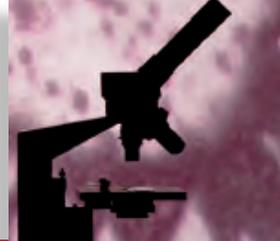
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El nacimiento de España, con la unión dinástica de las coronas de Castilla y Aragón (1469), la conquista de Granada (1492) y la anexión de Navarra (1512), no comportó la unificación del derecho civil. El derecho civil continuó siendo diverso y respondía a los principios y a las peculiaridades propias de cada territorio.

Esta diversidad legislativa tuvo especial trascendencia en el periodo codificador y fue una de las causas que alargó este proceso codificador durante casi todo el siglo XIX⁽¹⁾.

El punto de partida de la codificación española es la Constitución de 1812 que estableció: "El Código civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes" (art. 258). Así pues, a pesar de la voluntad de unidad, este inciso final permitía el reconocimiento de los derechos civiles propios de cada territorio y, precisamente, este fue el punto más controvertido para aprobar el Código civil español.

La pluralidad legislativa civil planteaba dos posibilidades: la unificación de todo el derecho civil español en un único Código o el mantenimiento de las instituciones



propias de cada territorio. Los primeros proyectos codificadores se decantaron por la unificación y uniformización en un único Código, pero esta unificación no sería el fruto de una integración de las diferentes legislaciones existentes, sino el resultado de extender el derecho de Castilla a toda España⁽²⁾. Es sintomático el proyecto de Florencio García Goyena en 1851, que partía del derecho de Castilla y reflejaba una gran influencia francesa, pero que obvió los derechos forales de los restantes territorios. Estos proyectos unificadores comportaron la reacción de los territorios con instituciones propias y el fracaso de esta opción codificadora⁽³⁾.

Este fracaso provocó un cambio de criterio que se plasmó en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, con dos novedades esenciales: por un lado, la propuesta de una ley de bases con los principios generales del futuro Código; y por otro lado, el mantenimiento de algunas instituciones forales. Para ello, juristas de cada territorio presentaron una memoria con las instituciones forales que se tenían que conservar⁽⁴⁾.

Considero imprescindible hacer un repaso histórico de este proceso para entender la situación actual⁽⁵⁾.

1.1. La Ley de bases de 1888

El artículo 5 de Ley de bases de 11 de mayo de 1888, antesala del Código civil español, reconoció la existencia de diferentes derechos civiles, llamados derechos forales y organizó la aplicación de estos derechos atendiendo a dos criterios:

a) Aplicación general y directa del derecho estatal.

El artículo 5 II estableció que: "El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3ª, relativa a las formas de matrimonio."

b) Aplicación preferente del derecho foral y subsidiaria de segundo grado del derecho estatal.

El artículo 5 I indicaba que: "Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su ac-



FICHA TÉCNICA

Resumen: En el presente trabajo se analizan y sistematizan los criterios de aplicación en Cataluña de la normativa aplicable a la materia civil derivada de la coexistencia de dos derechos civiles vigentes: el Derecho civil estatal, que está vigente en toda España (CC art.13.2) y el Derecho civil catalán, que está vigente en Cataluña (CCC art.111-3).

El autor realiza su estudio a través del tratamiento de antecedentes históricos, marco e interpretación constitucional, aplicación del Derecho civil estatal y del Derecho civil catalán y el Código Civil de Cataluña como derecho común..

Palabras clave: Limitación de competencias, derecho foral o especial, normas de conflicto de derecho interregional, supletoriedad Derecho civil estatal.

Abstract: This work examines and systematizes the principles applicable in Catalonia to the application of the regulations governing civil matters deriving from the simultaneous existence of two current civil-law systems: Spanish Civil Law, which applies in the whole of Spain (art. 13.2 of the Civil Code), and Catalan Civil Law, which applies in Catalonia (art. 111-3 of the Catalan Civil Code).

The author carries out this examination by looking at how historical precedents are treated, the constitutional framework and interpretation, the application of Spanish Civil Law and Catalan Civil Law and the Catalan Civil Code as national law.

Keywords: Limitation of powers, 'foral' or special laws, rules governing conflicts between regional laws, the supplementary nature of Spanish Civil Law..

tual régimen jurídico por la publicación del Código." Además, esta norma añadía que el Código civil español "regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales."

De esta forma, en los territorios en los que subsistía el derecho foral, el ordenamiento jurídico civil quedaba estructurado en diferentes niveles:

1) Aplicación directa del derecho estatal en aquellas materias establecidas de manera expresa por la Ley de bases (art. 5 II).

2) El derecho preferente sería el derecho propio de cada territorio, denominado derecho foral.

3) En defecto de derecho foral, el derecho supletorio de primer grado sería el derecho supletorio previsto por el propio derecho foral, que en el caso catalán era el derecho romano y el derecho canónico.

4) En defecto del derecho foral propio y los derechos supletorios previstos por el derecho foral, el derecho supletorio de segundo grado sería el Código civil español.

Ahora bien, los derechos civiles forales estaban lastrados por la desaparición de sus órganos legislativos propios y por la dificultad de conocer un derecho disperso y anquilosado. En este sentido, el artículo 6 de la Ley de bases propuso la redacción

de un sistema de apéndices al Código civil español que tenían que contener las instituciones forales que "conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen".

1.2. El Código civil español

El artículo 12 del Código civil español de 1889 recogió el contenido del artículo 5 de la Ley de Bases con una redacción prácticamente idéntica. Con este artículo se configuraban dos ámbitos de aplicación del Código civil español:

- Por un lado, "todas las provincias del Reino", en que la aplicación del Código civil español será obligatoria, y,

- Por otro lado, "las provincias i territorios en que subsiste el derecho foral." En estos territorios se aplicará de forma preferente el derecho propio, supletoriamente los derechos supletorios previstos por el derecho propio y finalmente, se establece la aplicación supletoria de segundo grado del Código civil español.

Ahora bien, a pesar de esta construcción normativa, la aplicación práctica del Código civil español sobrepasó el marco teórico establecido y pasó a conquistar el ámbito reservado al derecho foral. Esta situación se explica, porque la doctrina atribuyó al Código civil español la condición de verdadero derecho común y lo convirtió en



el único derecho supletorio de los derechos forales⁽⁶⁾. Se aplicaba el Código civil español “por falta de precepto en el Derecho foral, por no existir disposición particular clara o bien por tratarse de una institución o figura nueva introducida por el Código o simplemente desconocida por el Derecho foral aplicable”⁽⁷⁾.

En el año 1974 se sustituyó el artículo 12 CC por el actual artículo 13 CC.

1.3. La compilación de 1960

Durante la Segunda República, la Generalitat de Cataluña asumió la competencia en materia civil de acuerdo con la Constitución y el Estatuto (art. 15.1 CE 1931 y art. 12 EAC 1932). En el año 1930 se planteó un proyecto catalán de apéndice del derecho civil, que no culminó por el fin de la República.

Posteriormente, el proyecto de apéndices al Código civil se transformó en un sistema de Compilaciones: unos cuerpos normativos separados del Código en los cuales se compilarían las instituciones forales que no estuvieran en desuso. De este modo, la Compilación de Cataluña se aprobó en 1960 (Ley de 21 de julio de 1960) y, en relación a la coexistencia del derecho civil español y el derecho catalán, destacan dos novedades principales:

- La sustitución de las normas tradicionales de derecho civil catalán por la Compilación⁽⁸⁾. Sin embargo, formalmente, la Compilación no derogó el derecho histórico de Cataluña.

- La modificación del derecho supletorio. La DF 2ª alteró las normas supletorias tradicionales de primer grado (el derecho romano y el derecho canónico) por la supletoriedad directa del Código civil español. De este modo las normas del Código civil español pasaron a ser supletorias de primer grado en defecto de la Compilación.

1.4. La Constitución de 1978

El artículo 149.1.8º CE reconoce al Estado competencia exclusiva sobre: “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.”

Además, el artículo 149.3 CE establece la supletoriedad del ordenamiento jurídico estatal: “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.”

La Constitución de 1978 hace referencia a los derechos forales, circunstancia que no se producía en la Constitución de 1931⁽⁹⁾. Esta alteración ha permitido defender un cambio de criterio: el paso del autonomismo al foralismo⁽¹⁰⁾. Sin embargo, este cambio de criterio se ha interpretado incorrectamente.

La referencia de la Constitución de 1978 a los derechos forales sirve para designar las comunidades que podrán legislar sobre derecho civil (se utiliza la expresión “allí donde existan”). De este modo, mientras la Constitución de 1931 permitía a las Comunidades Autónomas legislar sobre derecho civil, sin limitación; en cambio, la Constitución de 1978 solamente permite legislar a aquellas comunidades en las que previamente existía derecho foral⁽¹¹⁾.

La Constitución regula la estructura legislativa civil en España. Lo analizaremos detenidamente en el apartado siguiente, pero ahora es interesante destacar dos ideas:

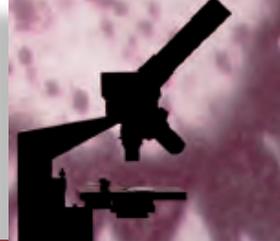
- La Constitución reconoce plenamente el respeto al derecho civil “foral o especial” y, por tanto, renuncia a la unidad legislativa en materia civil en todo el Estado⁽¹²⁾.

- Se otorga competencia legislativa a las Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar el derecho propio. Esta posibilidad no existía en Cataluña desde el Decreto de Nueva Planta (año 1716), ya que desde esta fecha hasta la Constitución, el derecho civil catalán vigente estaba fosilizado, porque no existían instituciones propias con competencia legislativa y las normas dictadas eran estatales (por ejemplo la propia Compilación de 1960).

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL

2.1. El artículo 149.1.8 de la Constitución

El artículo 149.1.8º CE es la clave para delimitar la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil. Este precepto establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre: “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.”



Con este artículo se garantiza constitucionalmente la coexistencia en el territorio español de una pluralidad de regímenes jurídicos civiles y de los órganos legislativos que permiten su renovación y su desarrollo. Sin embargo, la redacción del artículo 149.1.8º es confusa como consecuencia de la dificultad de englobar en un único artículo todo el debate histórico sobre el modelo de derecho civil en el Estado español.

Esta confusa redacción ha provocado que existan diversas interpretaciones, y aunque la jurisprudencia del TC se ha mantenido constante, considero que hay razones suficientes para criticar sus argumentos y para formular una interpretación alternativa.

2.1.1. La interpretación del Tribunal Constitucional

La posición del Tribunal Constitucional respecto a la competencia legislativa catalana se recoge en las SSTC de 12 de marzo de 1993, de 6 de junio de 1993 y de 28 de junio de 2010. Estas sentencias establecen la potestad de las Comunidades Autónomas para regular las instituciones contenidas en las compilaciones y limita el concepto de “desarrollo” a la regulación de las instituciones conexas a las compiladas. Según la STC de 6 de junio de 1993, “Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.” (STC 88/1993, FJ 3).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite el desarrollo del derecho civil pero vinculado al derecho histórico. El alcance de este desarrollo se puede analizar en la STC de 12 de marzo de 1993, en relación al derecho aragonés, en la que se impugnaba la regulación de la filiación por adopción que no existía en el derecho histórico. En este caso, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso entendiendo que: “la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues de lo contrario llevaría a la inadmisión de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales, enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al

contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.”

La sentencia del Estatuto de Cataluña, STC 28 de junio de 2010 (31/2010, FJ 76), analizó la constitucionalidad del artículo 129 EAC 2006 y resolvió que no era inconstitucional siempre que se interpretara en los términos establecidos en dicha Sentencia. Esta sentencia mantiene el mismo criterio que las anteriores y, por su importancia, vale la pena transcribir algunos apartados.

“Es doctrina reiterada y asumida por todas las partes que el art. 149.1.8 CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la “legislación civil”, también “introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política” (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1) que no consiste en la “intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su ‘conservación, modificación y desarrollo’” (loc. cit.).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite el desarrollo del derecho civil pero vinculado al derecho histórico. El alcance de este desarrollo se puede analizar en la STC de 12 de marzo de 1993

Por su parte, la reserva al Estado “por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regulaciones ‘en todo caso’ sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél ... la Constitución le atribuye ya la ‘legislación civil’, sin más posible excepción que la ‘conservación, modificación y desarrollo’ autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta, por así decir, segunda re-

serva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.” (loc. cit.).

En cuanto al concepto constitucional de “desarrollo del propio derecho civil, especial o foral”, hemos dicho también que “debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil” establecida por el art. 149.1.8 CE, de manera que “[l]a Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de ‘conservación’ y ‘modificación’, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales” (STC 88/1993, FJ 3). Ahora bien, “[e]l crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos”, si bien no cabe duda de “que la noción constitucional de ‘desarrollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisión de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’. El ‘desarrollo’ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.” (STC 88/1993, FJ 3). En el bien entendido de que ello “no significa, claro está,... una competencia legislativa civil ilimitada racione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar” (loc. Cit.).”



2.1.2. Crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional toma como punto de partida la Compilación por la referencia constitucional a los “derechos forales”, y utiliza esta expresión para designar las materias sobre las que pueden legislar las Comunidades Autónomas. Según esta interpretación, la competencia legislativa de las Comunidades recae sobre las materias reguladas en las Compilaciones y sobre algunas materias conexas con las reguladas en ellas⁽¹³⁾.

Sin embargo, esta interpretación me parece inadecuada por las siguientes razones:

a) El Tribunal Constitucional en su interpretación equipara el término “desarrollo” de los derechos civiles, con desarrollo limitado a las “instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación” (STC 88/1993, FJ 3), sin que del sentido literal de dicho precepto se pueda justificar esta restricción.

Es más, el término desarrollo es claramente contradictorio con la limitación a las instituciones conexas, porque restringir la potestad legislativa al derecho compilado infringe claramente el artículo 149.1.8º CE que concede potestad para el desarrollo de los derechos forales o especiales, sin ninguna limitación a ese desarrollo, excepto las materias que se reserva el Estado en todo caso⁽¹⁴⁾.

b) El Tribunal Constitucional interpreta de forma restringida el concepto de derecho foral y lo equipara a instituciones forales recogidas en la Compilación, sin que,

nuevamente, el estudio del precepto constitucional corrobore esta interpretación restrictiva. El concepto de derecho foral es mucho más amplio que el derecho compilado, por dos razones:

1) La Compilación no deroga el derecho histórico, ya que la Compilación de 1960 no contiene ninguna norma derogatoria del derecho anterior, sino que supone una continuación del mismo⁽¹⁵⁾.

2) El Parlamento Catalán podría modificar y desarrollar el “derecho civil catalán”, tanto si estaba contenido en la Compilación, “como si se trataba de aquellos preceptos del Código civil vigentes en Cataluña, porque, esencialmente y en su mayor parte, no hacían sino recoger el *ius commune* que tradicionalmente se aplicó en todos los países europeos, y también en Cataluña y en el resto de España. Sólo el deseo de evitar constantes reiteraciones hizo que no se recogieran todas estas materias propias del derecho civil de Cataluña en la Compilación. Todo esto es, pues, “derecho civil catalán”, y sobre todas estas materias tiene competencia exclusiva la Generalitat de Cataluña”⁽¹⁶⁾.

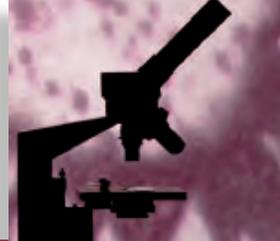
c) La Constitución permite legislar sobre los derechos civil forales “o especiales”, por tanto, no limita esta competencia a las legislaciones forales. La expresión “o especiales” se incorporó durante la tramitación parlamentaria. SOLÉ TURA propuso a la comisión del Congreso la enmienda de sustituir “derechos forales” por “derechos civiles forales o especiales” y fue aprobada por unanimidad. Su argumentación era la siguiente: “Derechos civiles especiales y no

solamente forales. Porque si se citan solamente los forales, como dice ahora el texto, se utiliza de hecho un criterio restrictivo, ya que si aceptamos que les Comunidades Autónomas va a tener una legislación propia, hace falta decir esto, para que no parezca que esta legislación solamente puede reducirse al desarrollo de las actuales legislaciones forales”⁽¹⁷⁾.

d) El Tribunal Constitucional considera que existe una doble “reserva competencial”: 1) la reserva de legislación civil a favor del Estado, y 2) la reserva de las materias exclusivas del Estado. Según esta interpretación, el listado de materias reservadas al Estado “en todo caso”, se convierte en un doble cierre de seguridad, que pretende “delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno”⁽¹⁸⁾. Por tanto, se establece una segunda reserva por si la primera no es suficiente. Sin embargo, si la interpretación del Tribunal Constitucional coincide con la del legislador constituyente este segundo cierre de seguridad es absolutamente innecesario, porque con la interpretación de las instituciones conexas nunca se estaría en peligro de legislar sobre las materias reservadas en todo caso al Estado. Por ejemplo, en las Compilaciones forales no se regulaban las formas del matrimonio ni los Registros e instrumentos públicos, por lo cual no se entendería la reserva del Estado de estas materias “en todo caso” si en el futuro no pudiera ampliarse el marco de materias objeto de legislación.

Esta interpretación de un doble sistema de limitación competencial carece de una interpretación sistemática. La lectura del precepto constitucional indica que hay una reserva exclusiva en favor del Estado, que contiene una excepción a favor de las Comunidades con derecho civil propio que pueden desarrollar su derecho civil y este desarrollo tiene una limitación que son las materias reservadas en todo caso al Estado.

No se puede obviar la excepción que confiere competencia legislativa a las comunidades autónomas para desarrollar su derecho propio, porque es la clave para entender la existencia de unas materias reservadas en todo caso al Estado. No hay un doble límite de reserva competencial encadenado uno detrás de otro, sino una regla general (reserva del Estado) que con-



tiene una excepción para los territorios con derecho propio ("sin perjuicio de...") y a su vez esa excepción está sujeta a la limitación de respetar las materias reservadas en todo caso al Estado.

e) Como veremos seguidamente, la utilización de la expresión "Derechos forales" sirve para establecer un criterio *ratione territorii*, no *ratione materiae*. Es decir, como reconoce el propio Tribunal Constitucional, sirve para designar las Comunidades que podrán legislar sobre derecho civil⁽¹⁹⁾. Y, por tanto, considero que no tiene por objeto designar las materias sobre las que tienen competencia las Comunidades Autónomas.

2.1.3. Interpretación amplia del artículo 149.1.8 CE.

La interpretación del artículo 149.1.8 CE que defiende parte de la idea que la palabra "desarrollo" ("conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales"), confiere competencia a las Comunidades Autónomas para legislar sobre derecho civil, excepto sobre aquellas materias reservadas en todo caso al Estado.

La alusión de la Constitución a los "derechos forales o especiales" no hace referencia a la Compilación como medio para designar las materias que serán objeto de competencia estatal o autonómica, sino que es un sistema para identificar las Comunidades Autónomas que podrán legislar sobre derecho civil y las que no podrán hacerlo.

La alusión de la Constitución a los "derechos forales o especiales" no hace referencia a la Compilación como medio para designar las materias que serán objeto de competencia estatal o autonómica, sino que es un sistema para identificar las Comunidades Autónomas que podrán legislar sobre derecho civil y las que no podrán hacerlo.

La primera parte del artículo 149.1.8° señala que las Comunidades con derecho foral o especial podrán legislar sobre derecho civil (se utiliza la expresión "allí donde existan").

Por lo tanto, no todas las comunidades podrán legislar sobre derecho civil, sino que únicamente podrán hacerlo las Comunidades con derecho propio, sin que se puedan crear, nuevos derechos civiles, forales o especiales, en el territorio español⁽²⁰⁾.

En este sentido, la STC de 28 de abril de 2016, que declaró inconstitucional la Ley sobre el régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana (FJ 4), afirma que: "La expresión "allí donde existan" referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto dispensable para ejercer la competencia legislativa ex art. 149.1.8 CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio (SSTC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 3, y 81/2013, de 11 de abril, FJ 4). Una preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente "al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución" (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1) o "a la entrada en vigor de la Constitución" (SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76), sin que sea lícito, remontarse a cualquier otro momento anterior."

Por tanto, el propio Tribunal constitucional reconoce que la mención a "la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan" hace referencia a la identificación de los territorios en los que se podrá legislar sobre derecho propio. El problema es que el Tribunal Constitucional confiere un doble sentido a esta frase que sirve para designar los territorios que pueden legislar sobre derecho civil y para limitar las materias sobre las que se puede legislar.

Por mi parte, después de la crítica realizada a esta interpretación, considero que esta expresión sirve exclusivamente para determinar qué Comunidades Autónomas podrán legislar sobre derecho civil y, en cambio, para conocer las materias sobre las que podrán legislar las Comunidades Autónomas tenemos que hacer una interpretación sistemática de este precepto: el artículo 149.1.8 CE reserva al Estado la competencia exclusiva sobre determinadas materias civiles, por lo que, a sensu contrario, está confiriendo a las Comunidades Autónomas competencia sobre aquellas otras materias no reservadas al Estado, ya que concede competencia a las Comunidades



Autónomas para el "desarrollo" del derecho foral⁽²¹⁾.

La Constitución establece una regla general (reserva del Estado), esta regla tiene una excepción para los territorios con derecho propio ("sin perjuicio de...") y a su vez esa excepción está sujeta a la limitación de respetar las materias reservadas al Estado ("en todo caso").

De este modo, no existe "una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas"⁽²²⁾, ya que la limitación es clara y evidente: las Comunidades no podrán legislar sobre las materias sobre las cuales tiene competencia exclusiva "en todo caso" el Estado.

2.2. La legislación civil catalana

La posición del Tribunal Constitucional es claramente restrictiva. Por esta razón, el legislador catalán ha avanzado paso a paso y ha sido necesario que justificara las razones por las que ejercitaba su competencia legislativa civil en cada momento.

Cronológicamente, tras la Constitución de 1978, el camino del legislador catalán ha atravesado varias fases.

1.- La primera fase, culminada por la Ley 13/1984, sobre la Compilación del derecho civil de Cataluña, tenía por objeto integrar la Compilación de 1960 al ordenamiento jurídico vigente y adaptarla a los principios constitucionales.



2.- La segunda fase pretendía ir dando cuerpo a un ordenamiento jurídico anquilosado por la prolongada ausencia de instituciones legislativas propias, para ello el Parlamento de Cataluña usó el instrumento técnico de las leyes especiales. Estas Leyes especiales podían tratar materias previamente reguladas en la Compilación (por ejemplo, la Ley 8/1990, de modificación de la regulación de la legítima) y también otras materias que sólo estaban mencionadas de forma dispersa en algún precepto puntual (por ejemplo, la Ley 7/1991 de filiaciones).

3.- La tercera fase comportó la agrupación de las diferentes leyes en Códigos parciales, con la voluntad de recoger, ordenar, sistematizar y completar la regulación de las materias sectoriales que estaban contenidas en la Compilación y en las leyes especiales. Así, se promulgó la Ley 40/1991, del Código de sucesiones, y de la Ley 9/1998, del Código de familia.

4.- La cuarta fase tiene como objetivo la consolidación definitiva del derecho civil catalán con la promulgación del Código civil de Cataluña, que pretende regular de forma completa, sistemática y exhaustiva el derecho civil propio. Esta obra legislativa ha culminado recientemente con la aprobación del libro VI y último del Código civil de Cataluña ⁽²³⁾.

Con este proceso, las Leyes especiales y los Códigos sectoriales representaron un trampolín para conseguir el objetivo de tener un Código civil de Cataluña, podemos

decir que fueron “un método al servicio de un objetivo final: la codificación” ⁽²⁴⁾.

Finalmente, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, en su artículo 129 estableció que: “Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de dret civil, excepte en les matèries que l’article 149.1.8 de la Constitució atribueix en tot cas a l’Estat. Aquesta competència inclou la determinació del sistema de fonts del dret civil de Catalunya.”

En este artículo destacan dos características: a) la declaración de la competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña sobre la materia civil; y b) la exclusión de las materias que corresponden en todo caso al Estado. Por tanto, esta norma parte de una interpretación del artículo 149.1.8 CE similar a la que hemos propuesto en el epígrafe 2.1.3. Este artículo fue impugnado ante el Tribunal Constitucional y se resolvió que era constitucional siempre que se interpretara en los términos establecidos a la Sentencia de 28 de junio de 2010 que hemos transcrito anteriormente.

3. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESTATAL Y DEL DERECHO CIVIL CATALÁN

3.1. Normas de conflicto de derecho interregional

La Constitución española consagra la diversidad legislativa en materia civil. Constitucionalmente, esta materia se regulará en diversos ordenamientos jurídicos: el

derecho civil estatal y los derechos civiles autonómicos.

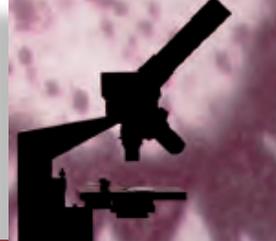
Esta pluralidad legislativa provoca que existan conflictos de Leyes, es decir, situaciones en las cuales una relación jurídica de carácter privado está en contacto con dos o más ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, un catalán y una gallega se casan en Zaragoza, se van a vivir a Madrid y quieren conocer su régimen económico matrimonial.

Los conflictos de Leyes se resuelven con la aplicación de las normas de conflicto, que tienen por objeto determinar el ordenamiento jurídico que tiene que resolver una relación jurídica con una pluralidad de ordenamientos jurídicos implicados. Estas normas establecen un punto de conexión, que vincula la relación jurídica en conflicto con el ordenamiento jurídico de un territorio determinado.

Ahora bien, las normas de conflicto no indican el ordenamiento jurídico que debe resolver un caso, sino que llaman al ordenamiento jurídico de un determinado territorio. Es decir, las normas de conflicto no determinan la aplicación del derecho civil catalán, sino la aplicación del derecho civil vigente en Cataluña. Por ello, cuando corresponda aplicar el derecho vigente en Cataluña tendremos que utilizar los criterios de aplicación general, preferencia y supletoriedad (que veremos en el apartado siguiente) para conocer cuál es el derecho aplicable efectivamente. Por ejemplo, en relación a un piso en Barcelona, el artículo 10.1 CC llamará al derecho del lugar donde se halle la cosa. Esto comporta que para resolver un tema de propiedad horizontal aplicaremos el Código civil catalán, pero para resolver una cuestión sobre responsabilidad hipotecaria del mismo piso aplicaremos el derecho civil estatal.

Las normas de conflicto interregional están reguladas en el artículo 16 CC que establece: “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV”, fundamentalmente contenidas en los artículos 9, 10 y 11 CC ⁽²⁵⁾.

Estas normas tienen carácter imperativo y no pueden ser objeto de modificación ni de exclusión por los particulares. Por tanto, las normas de conflicto establecerán la ley aplicable para resolver el conflicto, siguiendo los criterios siguientes:



- En materia de persona, sucesiones y familia, el criterio definidor será el del estatus personal determinado por la vecindad civil (art. 9 CC).

- En materia de derechos reales se aplicará la *lex rei sitae* (la Ley del lugar donde se encuentra la cosa), art. 10 CC.

- En otros casos, por la *lex loci actus* (la Ley del lugar donde se celebró el acto), art. 10.9 y 11 CC.

Las normas de conflicto determinarán la aplicación del derecho vigente en Cataluña para resolver un caso concreto. Ahora bien, esto no resuelve el problema, puesto que se tiene que resolver cuál de los derechos vigentes en Cataluña será aplicable: el derecho civil catalán o el derecho civil estatal o algún otro.

3.2. Vigencia y aplicación del derecho civil

En Cataluña están vigentes dos derechos civiles: el derecho civil estatal, que está vigente en toda España (art. 13.2 CC) y el derecho civil catalán, que está vigente en Cataluña (art. 111-3 CCCat). Ambos derechos regulan el mismo objeto: la materia civil.

La pluralidad legislativa en materia civil se caracteriza:

a) Por la competencia múltiple, es decir, por la existencia de una pluralidad de fuentes de producción del derecho civil: estatal y autonómicas.

b) Por la igualdad jerárquica de las leyes civiles. Estos derechos no están organizados jerárquicamente, sino que actúan en plano de igualdad. El derecho estatal, es uno más de los derechos vigentes en España y tiene la misma posición jurídica que el resto de derechos civiles autonómicos.

c) La igualdad de ordenamientos jurídicos civiles comporta que tengan ámbitos de aplicación diferente.

En este sentido, es necesario diferenciar los conceptos de vigencia y de aplicación, ya que "tota norma viget –temporal i territorialment– és aplicable per si mateixa, però no tota norma aplicable és vigent"⁽²⁶⁾.

a) Vigencia. La vigencia comporta que una norma está en vigor y produce efectos en un tiempo y un territorio determinados. Así, la vigencia tiene que reunir dos caracteres: temporalidad y territorialidad.

- Temporalidad: la norma tiene que tener vigencia en un tiempo determinado: el periodo entre la entrada en vigor y su derogación.

- Territorialidad: la vigencia territorial comporta que el poder político que ha dictado la norma es competente para hacerlo.

b) Aplicación. Todo derecho vigente es aplicable en un tiempo y un territorio. "L'efecte de la vigència és l'aplicabilitat immediata de la norma", ya que "la mera vigència en determina l'aplicabilitat i en justifica l'aplicació"⁽²⁷⁾. No obstante, la aplicación es un concepto más amplio que también incluye normas que no están vigentes pero que son aplicables:

- Temporalmente: las disposiciones transitorias de una norma permiten la aplicación de preceptos derogados.

- Territorialmente: son aplicables aquellas normas, estatales, extranjeras o de otras comunidades autónomas, que resulten llamadas en un territorio en que no estén vigentes por aplicación de las normas de conflicto de derecho interregional o de derecho internacional privado.

En Cataluña están vigentes dos derechos civiles: el derecho civil estatal, que está vigente en toda España (art. 13.2 CC) y el derecho civil catalán, que está vigente en Cataluña (art. 111-3 CCCat). Ambos derechos regulan el mismo objeto: la materia civil.

Por ello es necesario distinguir:

- El derecho civil vigente en Cataluña comprende el derecho civil catalán y también el derecho civil estatal, puesto que los dos están vigentes en Cataluña. Por tanto, en Cataluña hay dos derechos civiles vigentes simultáneamente: el catalán (sobre el territorio de Cataluña) y el estatal (sobre toda España).

- El derecho civil aplicable en Cataluña comprende el derecho civil estatal y el derecho catalán que están vigentes y por tanto son aplicables en Cataluña y, además, comprende el derecho extranjero o de otras comunidades autónomas que son aplicables

cuando resulten llamados por las normas de derecho internacional e interregional.

Finalmente, es necesario destacar que el sistema civil español es plurilegislativo, pero el sistema judicial es unitario, por tanto, el tribunal situado en una determinada Comunidad Autónoma tendrá que aplicar el derecho que corresponda, ya sea el de otra Comunidad, el derecho estatal o el de otro país.

3.2.1. Criterios para aplicar el derecho civil catalán y del derecho civil estatal.

Cuando concurren dos derechos vigentes en un mismo tiempo y territorio es necesario organizar la forma de aplicación de dichos derechos⁽²⁸⁾. De este modo, la aplicación del derecho civil estatal y del derecho civil catalán se resuelve por los siguientes criterios:

a) Aplicación general y directa del derecho estatal.

El Estado se ha reservado constitucionalmente "en todo caso" competencia sobre determinadas materias (art. 149.1.8 CC):

- Las relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

- Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio. La forma de contraer matrimonio es única para todo el Estado; sin embargo, esta norma no incluye la regulación de las uniones de pareja sobre la que tienen competencia legislativa las Comunidades Autónomas.

- Regulación de los Registros e instrumentos públicos.

- Bases de las obligaciones contractuales.

- Normas para resolver los conflictos de leyes.

- La determinación de las fuentes del derecho, con respeto a las normas de derecho foral o especial.

b) Preferencia del derecho civil catalán.

En el territorio español conviven diferentes legislaciones que tratan la materia civil. Sobre las materias que el Estado no tiene competencia exclusiva, pueden legislar el Estado y las Comunidades Autónomas con derecho propio, ya que comparten la competencia en materia civil. En estas materias compartidas, no exclusivas, la aplicación del derecho civil catalán es preferente.

La preferencia del derecho civil catalán se establece en varios artículos:

- El derecho civil catalán es preferente. El artículo 111-5 CCCat establece que “Les disposicions del dret civil de Catalunya s’apliquen amb preferència a qualsevol altres ⁽²⁹⁾.” Por lo tanto, cuando sobre una misma materia concurren dos legislaciones: la catalana y la estatal, la ley aplicable preferentemente será la catalana. En estos casos, la ley catalana desplaza la aplicación de la legislación estatal de forma directa. Sin embargo, puede ser aplicable de forma supletoria.

- El derecho civil catalán es la *lex fori*. El art. 111-3 CCCat establece: “El dret civil de Catalunya té eficàcia territorial, sens perjudici de les excepcions que es puguin establir en cada matèria i de les situacions que s’hagin de regir per l’estatut personal o altres normes d’extraterritorialitat.” Así pues, la aplicación de la legislación catalana se fundamenta en el principio de territorialidad. Según BADOSA COLL, este artículo comporta que el derecho catalán es la *lex fori* “o aplicable *prima facie*, pels jutges a Catalunya ⁽³⁰⁾.” La *lex fori* sirve para designar la Ley del Tribunal que conoce el litigio y esta ley es el derecho civil de Cataluña.

- El derecho civil catalán es el derecho común de Cataluña. El artículo 111-4 CCCat establece que las disposiciones del Código civil de Cataluña “constitueixen el dret comú a Catalunya i s’apliquen supletòriament a les altres lleis”. Es decir, el Código civil catalán conforma el derecho civil general aplicable en Cataluña y, como tal, es supletorio de las leyes especiales que se tengan que integrar con el derecho civil.

c) Aplicación supletoria del derecho civil estatal.

Si el derecho civil catalán tiene lagunas se aplica supletoriamente el derecho estatal (arts. 149.3 CE y 13.2 CC), pero únicamente si hay lagunas, porque la aplicación del derecho estatal solamente es posible en defecto de regulación catalana. Por ejemplo, el Código civil catalán no ha regulado la responsabilidad extracontractual y en esta materia se aplicará supletoriamente el derecho civil estatal (art. 1902 y ss CC). Trataremos este aspecto en el apartado siguiente.

d) Extraterritorialidad. Comporta la aplicación de normas de otros territorios que no están vigentes en Cataluña ⁽³¹⁾. Así, por aplicación de las normas de derecho inte-

rrregional y de derecho internacional privado pueden resultar aplicables en Cataluña tres tipos de normas: a) normas estatales, b) normas de otros Estados y c) normas de otras Comunidades Autónomas.

3.3. La supletoriedad del derecho civil estatal

En defecto del derecho civil catalán se aplicará supletoriamente el derecho civil español ⁽³²⁾. Así, según el artículo 111-5 CCCat: “Les disposicions del dret civil de Catalunya s’apliquen amb preferència a qualsevol altres. El dret supletori només regeix en la mesura que no s’oposa a les disposicions del dret civil de Catalunya o als principis generals que l’informen.” La supletoriedad del derecho estatal sirve para corregir e integrar la falta de regulación por el derecho civil catalán de una institución sobre la cual la Generalitat de Cataluña tiene competencia legislativa, pero no la ha ejercido.

Si el derecho civil catalán tiene lagunas se aplica supletoriamente el derecho estatal (arts. 149.3 CE y 13.2 CC), pero únicamente si hay lagunas, porque la aplicación del derecho estatal solamente es posible en defecto de regulación catalana.

Para la aplicación supletoria del derecho civil estatal, siguiendo a ESPIAU ESPIAU, se tienen que cumplir cinco requisitos ⁽³³⁾:

1. La existencia de una laguna de derecho.
2. La regulación de esta materia por el derecho civil estatal.
3. Tiene que ser una laguna, no una falta de regulación por una decisión consciente del legislador catalán que no ha considerado oportuno regular un supuesto determinado.
- 4.- Que no haya contradicción con los principios informadores del ordenamiento jurídico catalán.
- 5.- Si se cumplen los requisitos anteriores será aplicable el derecho civil estatal, pero solamente hasta que el legislador catalán regule esa materia en uso de sus competencias.

Vamos a estudiar estos requisitos separadamente:

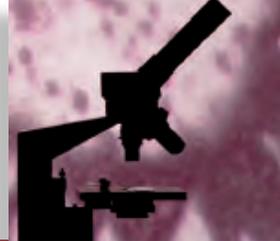
3.3.1. Existencia de una laguna de derecho

Es necesario que exista una laguna de derecho, no una laguna de ley. Es decir, tiene que haber una materia que no esté regulada por la ley y que tampoco pueda ser integrada por el resto del derecho civil catalán. En este sentido, según el artículo 111-1 CCCat: “El dret civil de Catalunya és constituït per les disposicions d’aquest Codi, les altres lleis del Parlament en matèria de dret civil, els costums i els principis generals del dret propi.” Consecuentemente, será necesario que esta materia no se pueda integrar por la Ley, la costumbre ni los principios generales que informan el derecho civil catalán.

El artículo 111-2.1 CCCat establece como criterio preferente la autointegración del derecho civil catalán ⁽³⁴⁾. En caso de que no sea posible la autointegración, existirá una laguna y se recurrirá a la heterointegración con la aplicación supletoria del derecho civil español.

La aplicación supletoria está condicionada al hecho que no haya norma o que dicha norma sea incompleta y, por ejemplo, el Código es incompleto en la regulación de la hipoteca, pero no lo es en materia de sucesión intestada. De esta forma, una materia que haya sido regulada completa y exhaustivamente no admite la aplicación supletoria del derecho estatal y tiene que ser interpretada e integrada exclusivamente con las reglas propias del derecho civil catalán. Desde esta perspectiva, la promulgación de los diferentes libros del Código civil de Cataluña comporta que muchas materias hayan sido reguladas de forma completa, evitando la existencia de lagunas e impidiendo la aplicación supletoria del Código civil español.

La heterointegración con el derecho civil estatal puede suponer que algunas relaciones jurídicas estén reguladas parcialmente por el derecho civil catalán y parcialmente por el derecho supletorio, por ejemplo en materia de prescripción de algunas obligaciones contractuales. En este caso, la prescripción está regulada por el derecho civil catalán (art. 121-1 CCCat) y las obligaciones contractuales están reguladas por el derecho estatal. El análisis de estas situaciones responde a los principios de preferencia y de supletoriedad. El derecho civil catalán es preferente y si hay una lagu-



na y únicamente sobre la materia en que haya una laguna se aplicará el derecho civil estatal. Por lo tanto, si el derecho civil catalán solamente ha regulado una parte de la materia (la prescripción), sobre esta materia es preferente y aplicable, en cambio, sobre el resto (obligaciones contractuales) tendremos que acudir a la heterointegración con el derecho estatal.

3.3.2. Regulación por el derecho civil estatal

La aplicación supletoria del derecho civil estatal requiere una falta de regulación de la materia en el derecho catalán y que esta materia esté regulada efectivamente en el derecho estatal, ya sea en el Código civil o en una ley especial. Si el derecho civil estatal no ha regulado una materia es evidente que no puede integrarla.

3.3.3. Distinción entre laguna y conjunto vacío

Las lagunas permiten la heterointegración con el derecho estatal, pero no es lo mismo una falta de regulación que una laguna. Ante una falta de regulación, se tiene que valorar si se trata de una laguna del ordenamiento jurídico catalán o si responde a una decisión consciente del legislador catalán que no ha considerado oportuno ni necesario regular un supuesto determinado. Esta circunstancia permite distinguir entre laguna, que comporta la heterointegración con el derecho supletorio; y el conjunto vacío, que es una falta de regulación voluntaria, en la cual no se aplicará el derecho supletorio y que se autointegrará con el propio derecho civil catalán:

Las lagunas permiten la heterointegración con el derecho estatal, pero no es lo mismo una falta de regulación que una laguna. Ante una falta de regulación, se tiene que valorar si se trata de una laguna del ordenamiento jurídico catalán o si responde a una decisión consciente del legislador catalán que no ha considerado oportuno ni necesario regular un supuesto determinado.

- Laguna de derecho. El ordenamiento civil catalán es incompleto y hay materias que no han sido reguladas (por ejemplo, la responsabilidad extracontractual) y ma-



terias que han sido reguladas de manera parcial (por ejemplo, la hipoteca). En estos casos hay que acudir de forma supletoria al derecho estatal.

- El conjunto vacío. El conjunto vacío se produce cuando el legislador catalán regula una materia de forma completa, sistemática y con voluntad de exhaustividad, pero en dicha norma no se regulan los mismos supuestos que en la normativa supletoria estatal. En estos casos, la falta de regulación de un supuesto que sí está regulado por el Código civil español no tiene que comportar su aplicación supletoria, puesto que esto llevaría al absurdo de tener que regular exactamente los mismos supuestos que el derecho estatal para evitar su aplicación supletoria⁽³⁵⁾.

Por ejemplo, el tercio de mejora de la legítima española no puede aplicarse supletoriamente a la legítima catalana ni tampoco la usucapión ordinaria o la posesión civilísima, puesto que comportarían una desnaturalización de las instituciones catalanas y afectarían a la coherencia de todo el sistema jurídico.

La promulgación del Código civil de Cataluña comporta que muchas materias hayan sido reguladas de una forma completa y sistemática, hecho que implicará la imposibilidad de aplicación supletoria del derecho español. Esta imposibilidad no es contraria a la normativa (art. 149.3 CE y 13.2 CC), sino que es una consecuencia de la falta de una laguna que se tenga que suplir. Si el legislador catalán ha regulado de manera sistemática, global y completa unas

materias y no existen lagunas que tenga que suplir el ordenamiento estatal, no habrá heterointegración. En este sentido, con relación al Código de sucesiones, la STSJ de Cataluña de 9 de junio de 1997 considera: "El Codi de Sucesiones ha regulado de forma íntegra y completa la materia sucesoria vigente en Catalunya, excluyendo absoluta y expresamente la aplicación directa o supletoria del CC."

3.3.4. No contradicción con las disposiciones o los principios informadores del ordenamiento jurídico catalán

En caso de laguna, antes de aplicar el derecho supletorio, se tiene que analizar si el derecho supletorio entra en contradicción con las disposiciones o los principios informadores del ordenamiento jurídico catalán. En este sentido, el artículo 111-5 añade que "el dret supletori només regeix en la mesura que no s'oposa a les disposicions del dret civil de Catalunya o als principis generals que l'informen."

Esta disposición ya se recogió en la DF 4ª CDCC 1984 que condicionó la aplicación supletoria del Código civil estatal y de las otras normas estatales de derecho civil al hecho que no se opongan a "les disposicions del Dret Civil de Catalunya" o "als principis generals que informen l'ordenament jurídic català". Sobre este precepto ESPIAU ESPIAU considera que: "con ello, además del papel de cierre del sistema de fuentes que tradicionalmente corresponde a los principios generales, el legislador les atribuye una segunda función: la de mecanismo o instrumento de control de la aplicación supletoria



de las disposiciones estatales.” Y añade que “la existencia de una laguna... no basta para que proceda la aplicación supletoria de los preceptos del Código civil, ésta sólo se producirá si dichos preceptos no entran en contradicción con las normas que integran el ordenamiento jurídico catalán ni con los principios que lo inspiran⁽³⁶⁾.

Así pues, la supletoriedad del derecho civil estatal está condicionada al respeto a las disposiciones y a los principios generales del ordenamiento jurídico catalán y, por lo tanto, no será posible suplir una institución existente en derecho catalán por otra diferente que contradiga los principios informadores del derecho civil catalán.

3.3.5. El desarrollo del derecho civil catalán

La supletoriedad del derecho estatal se sustenta en una condición sine qua non: la falta de derecho propio. Por tanto, sólo es posible si el legislador catalán, en uso de sus competencias, no ha regulado una materia o la norma reguladora es incompleta.

Así pues, la supletoriedad por el derecho estatal es eventual, puesto que es consecuencia del defecto de derecho propio. Se trata de una relación de supletoriedad entre un derecho completo (el estatal) y otro transitoriamente incompleto (el autonómico).

La Generalitat de Cataluña, en virtud de la potestad legislativa de sus órganos de gobierno, puede dictar nuevas Leyes y ampliar las materias que integran el derecho civil catalán. De este modo, con anterioridad a la entrada en vigor de una nueva Ley cata-

lana, la legislación estatal sobre esa materia sería aplicable directamente en Cataluña y cualquier nueva norma que promulgara el Estado sobre dicha materia también lo sería. Sin embargo, con la entrada en vigor de una Ley catalana, la Generalitat de Cataluña manifiesta efectivamente su competencia sobre la materia objeto de regulación, puesto que desarrolla una institución del derecho civil catalán. De este modo, la nueva Ley catalana ocupa el lugar que hasta entonces correspondía al derecho estatal y el derecho estatal sobre esta materia deja de ser aplicable de forma directa en Cataluña.

Ahora bien, el derecho civil catalán no deroga el derecho estatal. El derecho autonómico desplaza la aplicación del derecho estatal pero no lo deroga, porque no forma parte del mismo ordenamiento jurídico⁽³⁷⁾. Hay que notar que se trata de dos conceptos diferentes: la ley catalana no deroga el derecho estatal porque no tiene competencia y, además, porque el derecho estatal continúa estando vigente en todo el territorio del Estado. El desplazamiento de una norma no comporta la finalización de su vigencia, sino que su forma de aplicación se modifica. Concretamente, ante una Ley civil catalana nueva, el derecho estatal pasará a ser supletorio en Cataluña (cuando la norma sea incompleta) y aplicable directamente en el resto de España.

4. EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA COMO DERECHO COMÚN

Las disposiciones del Código civil de Cataluña “constitueixen el dret comú a Ca-

talunya i s’apliquen supletòriament a les altres lleis” (art. 111-4 CCCat). En el mismo sentido, el preámbulo establece que: “el nou Codi civil té caràcter de dret comú a Catalunya i, per tant, caràcter supletori de les altres lleis.”

El derecho civil está considerado como derecho común, es decir, es el derecho general dictado para la totalidad de las personas, cosas o relaciones jurídicas. En contraposición, las normas de derecho especial son aquellas normas dictadas para una determinada clase de personas, cosas o relaciones jurídicas, por razón de alguna peculiaridad que recomienda apartarla de la norma común; por ejemplo, la Ley de arrendamientos urbanos o el Código de comercio.

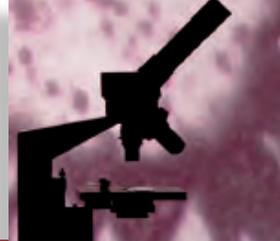
En general, las normas de derecho común se aplican supletoriamente respecto a las normas de derecho especial. De esta forma, el derecho civil, como derecho común, suple los preceptos de otras ramas del derecho cuando no se regule una determinada materia⁽³⁸⁾. Esta característica del derecho civil se extrapola al derecho civil catalán. El derecho civil catalán se define como derecho común (art. 111-4 CCCat), es decir, es el derecho general y, por tanto, tiene carácter supletorio de las otras Leyes.

Siguiendo a BADOSA COLL⁽³⁹⁾, la consideración del derecho civil catalán como derecho común lo convierte en el derecho de aplicación general en Cataluña. Actualmente, el Código civil catalán contiene la regulación general sobre la materia civil y será aplicable supletoriamente para integrar las demás Leyes.

Así, en el derecho civil vigente en Cataluña se configuran dos sistemas de supletoriedad:

a) Por un lado, el derecho civil español es supletorio del derecho civil catalán. Esta supletoriedad se fundamenta en la existencia de lagunas en el derecho civil autonómico que son suplidas por el derecho estatal (arts. 149.3 CE, 13.2 CC y 111-5 CCCat). Hemos estudiado esta supletoriedad en el apartado anterior.

b) Por otro lado, el derecho civil catalán es supletorio de las leyes especiales. Esta supletoriedad se basa en la relación entre el derecho común o general y las leyes especiales. El derecho civil catalán se configura como derecho común y general y, por tan-



to, supletorio de las leyes especiales (art. 111-4 CCCat)⁽⁴⁰⁾.

En este caso, las leyes especiales pueden ser leyes catalanas, pero también estatales, y pueden ser leyes que traten materias civiles y no civiles. Por tanto, el derecho civil catalán tiene carácter supletorio de las "otras leyes", y esta expresión incluye: a) las leyes de derecho catalán, b) las leyes de derecho civil estatal aplicable en Cataluña y c) las leyes de las otras ramas del derecho estatal no civiles: mercantil, fiscal, administrativo, laboral o penal.

4.1. Alcance del artículo 111-4 CCCat

Según el artículo 111-4 CCCat, el derecho civil catalán es supletorio de cualquier tipo de normativa: catalana o estatal, civil o no civil. Este precepto no excluye ninguna norma y, por lo tanto, podemos aplicar la máxima según la cual "allá donde la ley no distingue no cabe hacer distinción."

El Código civil de Cataluña es el derecho común general de toda la legislación vigente en Cataluña y ello comporta la aplicación supletoria del derecho civil catalán en dos sentidos: a) autointegración: el derecho civil catalán servirá para integrar las otras leyes catalanas, y b) heterointegración: el derecho civil catalán servirá para integrar las leyes estatales, tanto en relación con el derecho civil como en relación a otras ramas del ordenamiento jurídico.

Así pues, la heterointegración tiene dos vertientes:

1) En relación al derecho civil estatal, el derecho civil catalán se convierte en el derecho supletorio de las normas civiles especiales, por ejemplo de la Ley de arrendamientos urbanos. Estas leyes son especiales porque su objeto es limitado, hecho que comporta que tengan que ser integradas por el derecho común y el derecho común en Cataluña es el derecho civil catalán. Por ejemplo, la prescripción de las pretensiones derivadas del impago de las rentas será de tres años, en aplicación del Código civil catalán (art. 121-21.d) y, por lo tanto, la regulación del Código civil catalán suplirá la normativa civil estatal en materia de prescripción.

2) En relación al derecho estatal no civil, se trata de casos en que concurren normas civiles y no civiles sobre un mismo supuesto y cada materia tiene que regirse por la nor-

mativa propia. En ese caso, la materia civil tiene que regularse por el derecho civil de Cataluña. De este modo, se plantean tres posibilidades:

a) Si una norma estatal (por ejemplo mercantil) regula parcialmente una materia civil, se aplicará el derecho civil catalán, puesto que es el derecho preferente para tratar la materia civil (art. 111-5 CCCat). El derecho civil catalán es el derecho de aplicación preferente en Cataluña y, por lo tanto, es el derecho llamado a regular la materia civil, con independencia del tipo de norma que regule la materia civil. En este sentido, es posible que una norma mercantil estatal regule una materia civil, puesto que el hecho que la mayoría de las materias reguladas por una norma sean mercantiles no quiere decir que todas las materias sean mercantiles. Si una norma mayoritariamente mercantil regula alguna materia civil, sobre esta materia civil se aplica preferentemente el derecho civil catalán.

b) Si una norma estatal (por ejemplo mercantil) regula una materia determinada, no abarca todo el caso que se pretende resolver y debe integrarse con la legislación civil, esta legislación tiene que ser la legislación civil catalana. Este caso trata de la supletoriedad del derecho civil catalán como derecho común y general (art. 111-4 CCCat) que suple las normas especiales.

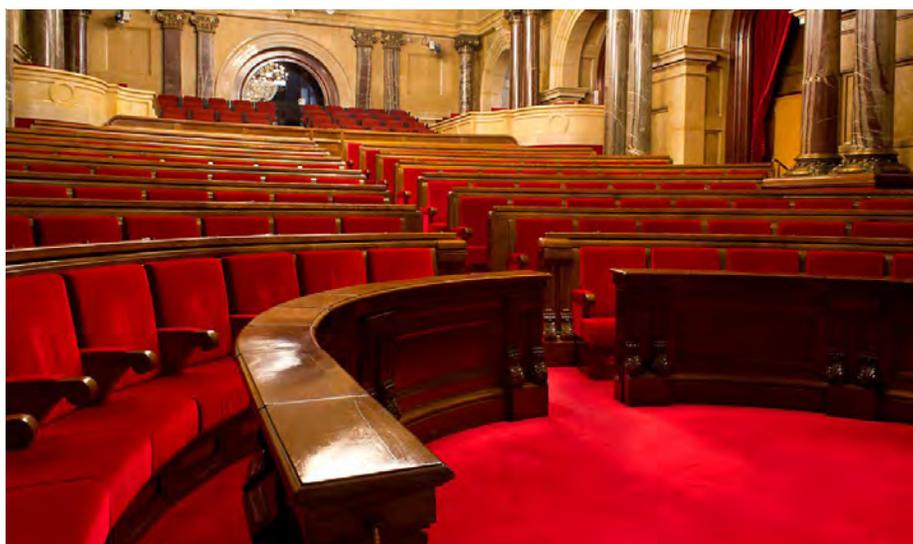
En este sentido, la STS de 28 de junio de 1968 resuelve un caso en que concurren normas mercantiles (sobre el aval) y normas civiles (sobre la capacidad de obrar y de obligarse de la mujer casada). La sentencia

consideró que el derecho civil catalán era aplicable en este caso sobre normas estatales no civiles y estableció que la aplicación preferente del derecho civil catalán comporta que: "el concepto de derecho común se refiere a la legislación que contiene tales principios fundamentales, tanto si están en el CC como en el derecho regional y como éste es aplicable en el presente recurso no cabe duda que el derecho común para los catalanes está integrado por su Compilación." En el mismo sentido se pronunció la STS de 16 de febrero de 1987.

En estos casos no hay una relación de jerarquía entre las normas aplicables, "sinó un cas de concurrència de matèries i, per tant, de normes" (BADOSA COLL)⁽⁴¹⁾, en que cada norma está llamada por razón de su propia rama de conocimiento (la norma mercantil para la materia mercantil y la norma civil para la materia civil).

c) Finalmente, si una norma estatal (por ejemplo mercantil) regula una materia mercantil y no tiene lagunas que integrar, la legislación civil catalana no es aplicable.

En conclusión, el artículo 111-4 CCCat desplaza la aplicación del artículo 4.3 CC que establece que: "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes"⁽⁴²⁾. Si el Código civil catalán es la norma supletoria general, no puede serlo el Código civil estatal que queda desplazado de esta función. Y, por lo tanto, el Código civil catalán se presenta como supletorio de las leyes catalanas y estatales, civiles y no civiles.





Finalmente, será necesario utilizar las normas de conflicto interterritorial para saber cuándo es aplicable supletoriamente el derecho civil catalán a las otras ramas del ordenamiento jurídico: cuando las normas de conflicto interregional determinen la aplicación del derecho vigente en Cataluña, se aplicará el derecho civil catalán como norma supletoria de las otras ramas del ordenamiento jurídico.

4.2. Cuestiones constitucionales

Para finalizar es necesario analizar dos cuestiones sobre la constitucionalidad del artículo 111-4 CCCat.

a) En primer lugar, el artículo 111-4 CCCat fue recurrido ante el Tribunal Constitucional. La admisión del recurso comportó la suspensión de la vigencia y la aplicación de esta norma. Sin embargo, el Tribunal Constitucional dictó un Auto con fecha 29 de octubre de 2003 en el que levantó la suspensión del artículo 111-4 CCCat condicionada a que su efecto se limitara a las leyes catalanas. Posteriormente el recurso de inconstitucionalidad fue retirado y no se dictó sentencia sobre el fondo del asunto.

Con estos antecedentes, es necesario afirmar que el Auto dictado por el Tribunal Constitucional condicionando el levantamiento de la suspensión no puede servir para interpretar el artículo 111-4 CCCat. Por tanto, a diferencia de lo establecido en dicho Auto, este precepto puede ser aplicado a todo tipo de Leyes, catalanas o estatales: en primer lugar, porque el Auto no es una

sentencia sobre el fondo, sino una resolución sobre una medida cautelar que analiza los posibles perjuicios que puedan derivarse de la suspensión; y en segundo lugar, porque si no hay una sentencia que declare la inconstitucionalidad, es una norma plenamente constitucional⁽⁴³⁾.

b) En segundo lugar, se podría argumentar que la aplicación del derecho civil catalán como derecho común a otras ramas del ordenamiento jurídico choca con la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, penal o laboral (art. 149.1.6º y 7º), pero no es así. No se está vulnerando la Constitución, puesto que no se está legislando sobre derecho mercantil, laboral, penal o administrativo. Lo que hace el legislador catalán es legislar sobre materias civiles, pero el derecho civil, como derecho común, regula instituciones básicas que se aplican a otras ramas del ordenamiento jurídico (capacidad de obrar, régimen económico del matrimonio, prescripción...) y, desde esta perspectiva, cuando se tenga que aplicar la legislación civil a otras ramas del ordenamiento jurídico, se utilizará el derecho civil catalán, no el estatal.

El Estado no tiene competencia exclusiva sobre las materias civiles llamadas por otras leyes, puesto que la competencia del Estado se limita a la materia mercantil, laboral, administrativa o penal, no a la materia civil que tenga que integrar estas normas. Sobre esta materia civil se tiene que aplicar el derecho civil catalán, en virtud de los principios de preferencia (art. 111-5 CCCat) y de territorialidad (art. 111-3 CCCat) del derecho civil catalán como derecho común (art. 111-4 CCCat).

5. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "La prescripción en el Código civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español." *Indret*. Enero 2012.

BADOSA COLL, F. "El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya", *Revista Catalana de Dret Privat*. Vol. 8, 2007.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España*, T.I. Madrid, 1949.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. *Elementos de Derecho Civil*, I. Parte General. Madrid: Dykinson, 2006.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. "Los Derechos civiles forales en la constitución", en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Libros Pórtico, Facultad de derecho de la Universidad de Zaragoza. 1979.

DURÁN I BAS, M., *La Codificación y sus problemas*, Impr. de Fidel Giró, Barcelona. 1889.

ESPIAU ESPIAU, S. *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña*. Barcelona: Editorial Atelier. 2004.

LASARTE ÁLVAREZ, C. "Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978", en *Revista de Derecho Político*, tomo XI.

POZO CARRASCOSA, P del, "L'aplicació del Dret civil català a l'Audiència de Barcelona a la segona meitat del segle XIX", en *Materials de les V Jornades de Dret Català a Tossa* 1990.

PUIG SALELLAS, J.M., *El desenvolupament de la competència legislativa en matèria civil*, en *Materials de les XI Jornades de Dret Català Tossa*, Setembre 2000. (<http://civil.udg.es/tossa/2000/Textos/p/1/PuigSalellas.htm>).

PUIG FERRIOL, LI. "Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña", *Instituto de Estudios Autonómicos*, Vol I. 1990.

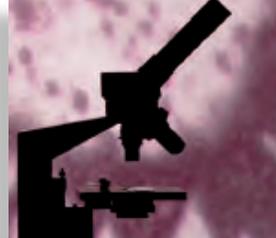
ROCA TRÍAS, E. *El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978*, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 78. 1979.

ROCA TRÍAS, E. "L'estructura de l'ordenament civil espanyol", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983.

SALVADOR I CODERCH, P. "Comentari a l'article primer", en *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*

FERRER VANRELL, MP. "Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB en *Indret*, julio. 2008.

VAQUER ALOY, A. "El derecho civil catalán: presente y futuro", *Revista jurídica de Navarra*, Julio-Diciembre 2008.



VAQUER ALOY, A. (coord.), Dret civil. Part general i dret de la persona. Barcelona: Editorial Atelier. 2013.

- (1) J. ESPIAU ESPIAU, S. La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña, p. 22 recuerda la existencia de otras causas que alargaron el proceso codificador: “la inestabilidad política imperante en el siglo XIX español, los recelos que suscitaba la nueva configuración de la propiedad –propiedad liberal– que introducía el Código civil, así también como la oposición de la Iglesia Católica, que veía el Código civil como una invasión de su jurisdicción en materia de matrimonio y Registro Civil.”
- (2) La base 27 de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888 establecía: “La disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan el derecho civil llamado de Castilla, en todas las materias que son objeto del Código”.
- (3) FERRER VANRELL, MP. “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB en Indret, p. 12-13, afirma que “La idea de Código atrae; sin embargo, fue necesario recorrer un largo trayecto hasta llegar a una transacción con los foralistas para la publicación del Código civil, como consecuencia de la amenaza de supresión de los derechos civiles territoriales a favor del uniformismo en todo el territorio nacional. Se confundieron los términos unidad-uniformidad.”
- (4) La exposición de motivos de la Compilación catalana de 1960 destacaba: “el Real Decreto de dos de febrero de mil ochocientos ochenta, después de examinar en su Exposición de Motivos las causas por las que no se había llegado hasta entonces a la Codificación civil, entendía que con una transacción generosa podría lograrse el fin perseguido. Para conseguirlo, incorporó a la Comisión General de Codificación un Vocal representante de cada una de las regiones forales que, en el término de seis meses, debía redactar una Memoria acerca de los principios e instituciones de Derecho foral que por su vital importancia fuera, a su juicio, indispensable introducir como excepción para las respectivas provincias, en el Código general. Nombrado representante de Cataluña el eminente jurista don Manuel Durán y Bas, redactó en mil ochocientos ochenta y dos su notable

Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, con un articulado que respondía a la finalidad de aquel Real Decreto.”

- (5) En este repaso seguiremos a ESPIAU ESPIAU, S. op.cit. p. 22 a 28.
- (6) ESPIAU ESPIAU, S. La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña, p. 23-24.
- (7) DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho civil de España, p. 259.
- (8) Según la Disposición final 1 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña: “Las normas del Derecho Civil especial de Cataluña, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella.”
- (9) El artículo 15 CE 1931 establecía la competencia del Estado sobre: “1. Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España.”
- (10) En la redacción del artículo 149.1.8 no se ha seguido el modelo de la Constitución de 1.931, en la que se recogía una concepción autonomista de la legislación sobre Derecho civil, sin ningún tipo de diferencia entre las Comunidades en atención a la posible existencia previa de derecho civil propio (recordemos que en el momento de la entrada en vigor de la Constitución de 1931 no estaban vigentes las Compilaciones). La novedad del texto constitucional ha llevado a afirmar a DELGADO ECHEVARRÍA, J. Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil., pág 104, la existencia de un cambio del “autonomismo” al “foralismo”.
- (11) En este sentido, FERRER VANRELL, MP. “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB en Indret, p. 19, considera que “es éste el motivo por el cual la atribución de competencia en materia civil no se incluye en el art. 148, que hace referencia a las competencias de todas las CCAA, sino en el art. 149.1.8 donde se establecen las del Estado, excepcionando la competencia del mismo en lo que concierne a la “conservación, modificación y desarrollo”. Esta

excepción no es *ratione materiae*, sino *ratione territorii*.”

- (12) La STC 31/2010, de 28 de junio, (FJ 4) afirma que resulta: “forzoso partir de la obviedad de que el Ordenamiento español se reduce a unidad en la Constitución. Desde ella, y en su marco, los Estatutos de Autonomía confieren al Ordenamiento una diversidad que la Constitución permite, y que se verifica en el nivel legislativo, confiriendo a la autonomía de las Comunidades Autónomas el insoslayable carácter político que le es propio”.
- (13) LASARTE ÁLVAREZ, C. “Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978”, en Revista de Derecho Político, tomo XI, pág 179 y ss, mantiene que los derechos civiles forales o especiales son básicamente los contenidos en las Compilaciones y algunas materias conexas o colindantes con las reguladas en ellas, siempre y cuando así lo requiera la actualización del sistema jurídico de cada Compilación, “pero no puede extenderse la competencia de las Comunidades Autónomas a regular cuestiones extrañas o ajenas al propio sistema de derechos forales”.
- (14) Para DELGADO ECHEVARRÍA, J. “Los Derechos civiles forales en la constitución”, en Estudios sobre la Constitución Española de 1978, pág. 335 las Compilaciones no se presentan como un límite, sino como el punto de partida del derecho civil que puede llegar a ser. Las materias recogidas en Compilaciones pueden ser ampliadas por las Comunidades Autónomas en virtud de su potestad legislativa. La Compilación es el principio, no el final de la competencia legislativa de la Generalitat, puesto que es un proceso que se desarrolla en un tiempo indefinido y puede afectar a todas las instituciones. Los únicos límites claros a esta expansión legislativa se establecen en el artículo 149.1.8° CE, que reserva en el Estado “en todo caso” la competencia sobre determinadas materias.
- (15) SALVADOR I CODERCH, P. “Comentari a l’article primer”, en Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya, pags. 10 y 21, diferencia entre historicismo y foralismo y sostiene que en Catalunya el derecho nunca ha sido un derecho foral; la Compilación supone una continuación del derecho histórico, no un Código que lo derogue.
- (16) PUIG FERRIOL, L. “Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”,

Instituto de Estudios Autonómicos, Vol I, págs. 427-428.

- (17) Recogido por DELGADO ECHEVARRÍA, J. "Los Derechos civiles forales en la constitución", en Estudios sobre la Constitución Española de 1978. Libros Pórtico, Facultad de derecho de la Universidad de Zaragoza, pág. 339.
- (18) SSTC de 6 de junio de 1993 y 28 de junio de 2010.
- (19) STC de 28 de abril de 2016.
- (20) De la misma forma que hacía el artículo 12 CC 1889 y el artículo 5 de la Ley de Bases de 1988.
- (21) ROCA TRÍAS, E. "El derecho civil catalán en la Constitución de 1.978", en Revista Jurídica de Cataluña, 1979, pág. 28, apoya esta afirmación con dos argumentos, uno gramatical que deriva de la interpretación de la palabra "desarrollo", y otro sistemático, ya que, al reservar a la competencia exclusiva del Estado unas determinadas materias, en todo lo demás que no se reserva son competentes las comunidades autónomas para legislar.
- (22) SSTC de 6 de junio de 1993 y 28 de junio de 2010.
- (23) LLEI 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya d'obligacions, contractes i modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè.
- (24) BASSOLS I PARÉS, A. "Vers la codificació del Dret Civil Català" i GUARDIA I CANELA, J. "Contestació", (ambos en Revista Jurídica de Catalunya) este último, pág. 108, considera las Leyes especiales como un método al servicio de un objetivo final: la codificación.
- (25) Hay que destacar que estas normas se muestran insuficientes para analizar la complejidad creciente de la materia y surgen diferentes problemas. Por ejemplo, la poca seguridad jurídica de la vecindad civil o temas cuestionables como la regulación de las prendas sobre créditos y su relación con el artículo 90.1 LC.
- (26) GINEBRA MOLINS, M.E. en VAQUER ALOY, A. (Coord.). Dret civil. Part general i dret de la persona, pág. 69.
- (27) GINEBRA MOLINS, M.E. en VAQUER ALOY, A. (Coord.) Dret civil. Part general i dret de la persona, pág. 67 i 69.
- (28) BADOSA COLL, F. "El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya", Revista Catalana de Dret Privat, pág. 20-21, afirma que "La concurrència de la territorialitat general del Codi civil amb la subsistència de la vigència dels drets civils propis fa que en els territoris que tenen aquests últims hi hagi un conflicte de normes. És un conflicte que, a més, no es pot solucionar sacrificant l'aplicabilitat de cap de les dues, ja que tenen garantida la vigència. La solució... la donen els articles 12.2 CC orig. i 13.2 CC vigent, que operen amb el concepte de aplicació efectiva."
- (29) En el mismo sentido el artículo 13.2 CC.
- (30) BADOSA COLL, F. "El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya", Revista Catalana de Dret Privat, pág. 27.
- (31) En este sentido, el artículo 111-3.1 CCCat indica que el derecho civil catalán tiene eficacia territorial, "sens perjudici de les excepcions que es puguin establir en cada matèria i de les situacions que s'hagin de regir per l'estatut personal o altres normes d'extraterritorialitat."
- (32) La aplicación supletoria del derecho estatal se regula expresamente en los artículos 149.3 CE y 13.2 CC.
- (33) ESPIAU ESPIAU, S. La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña, pág. 32.
- (34) El artículo 111-2.1 CCCat establece que: "En la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i s'ha d'integrar d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana."
- (35) En este sentido la STSJ Cataluña de 3 de junio de 2003 establece que: "No pot identificar-se un determinat dèficit de regulació amb la típica i genuïna llacuna que, en qualsevol ordenament jurídic, permet la crida al seu corresponent dret supletori. Per exemple, una cosa és que, regulada una institució, s'acusi després sobre algun aspecte un determinat buit per dèficit de regulació, buit sempre esmenable gràcies al mecanisme supletori del Codi civil, i una altra ben diferent que dins d'un cos normatiu aquell buit expressi una omissió intencionada per tal com la seva regulació hagués resultat discordant des d'una perspectiva total i sistemàtica... En aquest supòsit seria inútil per artificiosos, qualsevol esforç per una heterointegració normativa."
- (36) ESPIAU ESPIAU, S. La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña, pág. 226-27.
- (37) SALVADOR I CODERCH, Pablo, "Comentari a l'article primer", en Comentarís a les reformes del dret civil de Catalunya, pág. 40.
- (38) El artículo 4.3 CC establece que: "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes." Véase también los artículos 2 y 50 del Cco, el artículo 7.2 de la LGT o el artículo 18 y ss de la Ley de Contratos del sector público.
- (39) BADOSA COLL, F. "El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya", Revista Catalana de Dret Privat, 2007, págs. 19 a 46.
- (40) BADOSA COLL, F. "El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya", Revista Catalana de Dret Privat, pág 22-23 considera que aunque se hable de supletoriedad y ésta presupone una laguna normativa, "no hi ha llacunes ni deficiències de la norma especial, sinó delimitació del seu objecte. Les "altres lleis" són limitades, perquè ho és la seva matèria, però no són insuficients o incompletes. S'ha de distingir segons de què es predica la insuficiència de la norma: si del cas al qual s'aplica o de la matèria que n'és l'objecte. La insuficiència existeix respecte del cas si la norma no el regula totalment, però potser no existeix respecte de la seva matèria si la regula totalment." Este autor diferencia cuando "la norma correctament delimitada és insuficient per regular un cas. Això vol dir que el cas està integrat per matèries que no són objecte de la norma."
- (41) BADOSA COLL, F. "El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya", Revista Catalana de Dret Privat, pág. 23.
- (42) BADOSA COLL, F. "El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya", Revista Catalana de Dret Privat, pág. 29.
- (43) En este sentido, la STSJC de 26 de mayo de 2011 considera que: "el fet que la interlocutòria del TC opti per una determinada interpretació no significa que l'opinió contrària sigui inconstitucional, ja que és això el que havia de decidir-se en sentència i no es va produir".

Cuatro décadas de legislación sobre conflictos familiares

José Manuel Vara González
Notario de Valdemoro (Madrid)

La doctrina de la Iglesia ha venido afirmando la indisolubilidad del vínculo matrimonial, con fuerza de dogma desde el Concilio de Trento, sobre conocidas referencias bíblicas: Mateo 5:31-32 y 19:3-9, Marcos 10:9-12, Lucas 16:18, y Corintios 7:10-11. Se recoge en el c. 1141 del Código de Derecho Canónico: entre bautizados católicos, “el matrimonio celebrado y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano ni por ninguna causa fuera de la muerte”. Los documentos que desarrollan esa tesis se remontan a las encíclicas Arcanum (1880) de León XIII y Casti connubii (1930) de Pío XI, con escasos matices hasta tiempos recientes incluso tras el concilio Vaticano, pese a la abundancia de referencias pastorales sobre el tema.

El compromiso confesional de los juristas católicos en la etapa predivorcista había tenido reflejo legal en España en las restricciones a los pactos privados de regulación de la crisis familiar, en particular de la separación de hecho, y en la prohibición de pactar capitulaciones posnupciales. Los matrimonios rotos de esta época podían acudir al caro y farragoso expediente de la nulidad canónica: España ha contado tradicionalmente dentro del orbe católico con el privilegio de una segunda instancia resolutoria interna. Sin embargo, en este período, la mayoría de las



quiebras familiares o bien se pudrían en la alegalidad de la situación de hecho, o se formalizaban en documentos privados voluntaristas y de escasa eficacia civil, elevados a documento notarial -cuando lo hizo posible la reforma del CC de 2 de Mayo de 1975- a través de capitulaciones matrimoniales. Las necesidades alimenticias y de vivienda del cónyuge abandonado y de los hijos queda-

ban desprotegidas, mientras que la artificial vigencia del vínculo determinaba una no menos artificial subsistencia de derechos sucesorios y de previsión social entre los cónyuges distanciados. La familia reconstituida no existía legalmente. La quiebra entre la realidad y el derecho se completaba con la tipificación penal del abandono de familia y

del adulterio, éste despenalizado por la ley de 26 de Mayo de 1978.

La Constitución de ese mismo año dejaba abierta posibilidad de una regulación civil del divorcio al establecer en su art 32 que “la ley regulará las formas de matrimonio (...) las causas de separación y disolución y sus efectos”. Opiniones confesionales habían venido defendiendo una interpretación de los acuerdos paraconcordatarios con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 en el sentido de reservar a la regulación canónica las causas y efectos de la disolución del matrimonio sacramental, dejando el divorcio civil para el matrimonio civil. Constatada la voluntad política de algunos de las facciones del entonces partido gobernante de desarrollar legislativamente el precepto constitucional (fue uno de los motivos de la voladura de UCD), la actitud de los sectores contrarios pasó del obstruccionismo al posibilismo: “o hacemos nosotros la ley o nos la hacen”. Esto explica que las reformas legales para adaptar el derecho de familia estatal a los principios constitucionales se compartimentaran: relaciones paterno-filiales y régimen matrimonial, por un lado (Ley 13-05-1981), y divorcio, de otro (Ley 07-07-1981), así como que el protagonismo de los políticos frente a los juristas en la gestación de ésta última explique su baja calidad técnica.

Los sectores contrarios al divorcio centraron entonces sus esfuerzos en dos campos: uno, proteger a la familia “residual” nucleada en torno a la madre con los hijos bajo su custodia, y –dos- dificultar la reconstitución de cualquier familia ulterior. Los instrumentos jurídicos de tales objetivos consiguieron materializarse en su mayor parte con ocasión de las reformas civiles del año 81: en cuanto al primero, mediante la asignación indefinida del uso de la vivienda familiar, los conceptos de custodia y visitas, y la protección civil y penal de la pensión alimenticia. El segundo principio se tradujo en la disociación separación-divorcio, como estímulo a la reconciliación, la iliquidez del patrimonio común, y la pensión compensatoria vitalicia a cargo no ya del cónyuge desahuciado sino de su patrimonio.

En el andamiaje ideológico de tales instituciones estaba la creencia acerca de la propensión antropológica del varón a la infidelidad (por lo que se instauró un sistema imperfecto de divorcio-quebra, con residuos disonantes de divorcio-culpa), la subsistencia del vínculo familiar pese al divorcio (justi-

FICHA TÉCNICA

Resumen: A través del presente estudio, el autor pone de manifiesto la falta de acción legislativa estatal en el momento presente sobre las parejas de hecho y los continuos conflictos de familia, problemas que, arrancando estos últimos desde la doctrina de la Iglesia y la etapa predivorcista, han subsistido durante todo el periodo constitucional, y se han ido desarrollando a nivel legal sin contar con la evolución de la sociedad, pretendiendo imponer en cada periodo la ideología política predominante del momento.

Palabras clave: Pareja de hecho, divorcio express, custodia compartida, responsabilidad parental, conflicto familiar.

Abstract: In this study, the author exposes the lack of national legislative measures at the current time with regard to couples living de facto as if they were married and the continuous family conflicts which derive from Church doctrine and the pre-divorce era, which problems have persisted throughout the whole constitutional (post-dictatorship) period, and which have been developed at a legal level without taking the evolution of society into account, seeking to impose the dominant political ideology of the moment in each period.

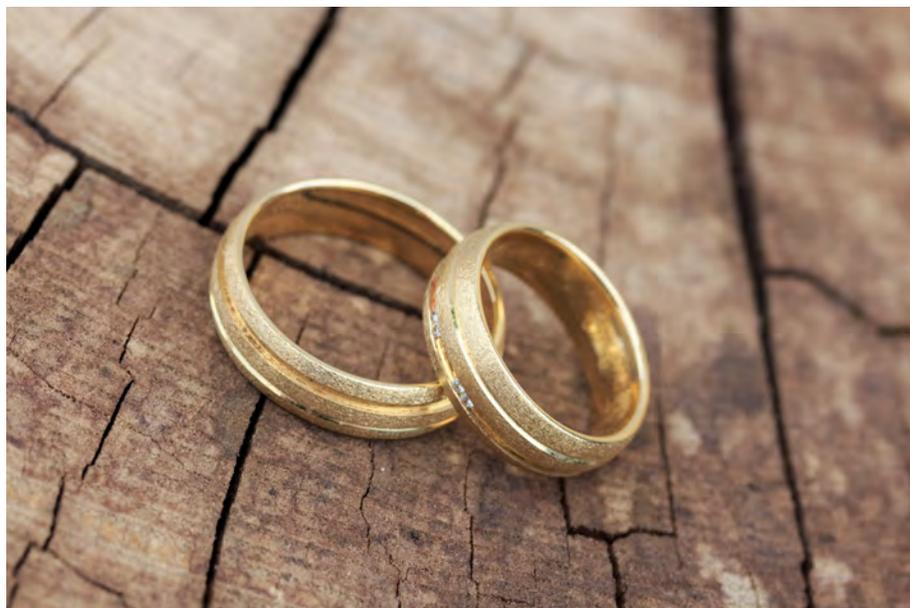
Keywords: Common-law couples, express divorce, shared custody, parental responsibility, family conflict..

ficación de la “solidaridad posconyugal” que fundamenta la compensación del art. 97 CC) y la necesidad de impedir que las familias rotas pasaran a ser una carga social, articulado todo a través del control de legalidad de las sentencias y de lesividad de los acuerdos, encomendado a la autoridad judicial. Esos mismos sectores no consiguieron sin embargo trasladar al B.O.E. ninguna de sus aspiraciones de máximos: la irretroactividad del divorcio para los matrimonios canónicos anteriores, el establecimiento de un doble sistema matrimonial, con reconocimiento de uno sacramental indisoluble para la jurisdicción civil, y la cláusula de dureza (Härteklause) de la ley alemana de 1977, que habría facultado al juez para denegar el divorcio pese a la concurrencia de sus requisitos, de estimarse gravemente perjudicial para la familia o cualquiera de sus miembros.

La coartada estratégica de la ley, pese a su sintomática ausencia de exposición de motivos, no fue sólo estatuir un régimen jurídico de las rupturas para el futuro, sino también resolver la situación legal de los -según se dijo- numerosísimos matrimonios destruidos con anterioridad, cuyos miembros ni podían volver a casarse ni regular con amparo legal la situación derivada de su fracaso familiar. Lo cierto es que no hubo avalancha de separaciones o divorcios con ocasión de su entrada en vigor, ni tampoco en los años posteriores (21.463 rupturas en 1982, sin alcanzarse las 50.000 hasta 1996).

El periodo de gobiernos progresistas (1982-1996) coincidió con la normalización social de las rupturas familiares, sobre una regulación técnicamente defectuosa y axiológicamente inconsistente. Mayor confusión introdujo la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Esta norma se tramitó en las Cortes, con preterición de los órganos consultivos, sobre la exigencia del grupo mayoritario de que el informe del Instituto de la Mujer que había servido de base a la ponencia fuera respetado estrictamente. Introdujo en esta materia dos cambios importantes. Una, la supresión de la preferencia legal por la custodia materna en todo caso de separación de los progenitores (art 159 CC, exigencia de la Declaración de la ONU sobre Derechos del Niño del año 1989). Otra, la unificación procesal de las reclamaciones de pensiones alimenticias para los hijos mayores y menores de edad en el nuevo p. 2 del art 93 CC, que en su desarrollo jurisprudencial consagró a partir de la STS (1ª) de 24 de abril de 2000 (rec. 418/1999), en recurso extrañamente interpuesto por el Ministerio Fiscal, una anómala representación ex lege de tales hijos mayores por sus progenitores convivientes, inconciliable con el principio de capacidad civil y anticipo de lo que sería el sesgo ideológico de reformas posteriores.

La fase de gobiernos conservadores 1996-2004 coincidió con un aumento de las rupturas familiares, sólo parcialmente reflejado en las estadísticas oficiales, habida cuenta del incremento exponencial en esta época



de los nacimientos de hijos en el seno de parejas de hecho (del 4.4% en 1981 al 17.7% en 2000), muchas de cuyas rupturas no pasaban el filtro judicial.

El programa electoral del partido vencedor en las elecciones de 2004 no incluía reforma alguna de la legislación sobre el divorcio. Sin embargo, el ministro de Justicia presentó a los cuatro meses de tomar posesión un anteproyecto de "ley de divorcio express", cuya tramitación dio lugar a una "anécdota" de enorme trascendencia posterior y no suficientemente conocida. El pretexto mediático de la reforma consistía en que se pudiera acceder directamente al divorcio sin previa separación ni necesaria invocación de plazo (el de 3 meses era risible) ni de causa, y equiparando la custodia exclusiva a la compartida en cuanto al ejercicio de las funciones parentales. La descausalización del divorcio que consagraba el proyecto -o sea, el repudio- motivó un dictamen en contra del Consejo de Estado (fechado el 20-10-2004), que en el plazo de 24 horas fue inmediatamente rectificado a gusto del Gobierno. Con ocasión de la tramitación en comisión del Congreso de los Diputados, el proyecto remitido por el Gobierno fue drásticamente modificado mediante la intervención personal y directa de la entonces vicepresidenta. La modificación más importante afectó al art. 92 CC y consistió en imposibilitar de facto la custodia compartida de los hijos a falta de acuerdo, como piedra angular de todas las relaciones jurídicas post-ruptura. Para ello, se superpusieron una cadena de obstáculos conjuntamente infranqueables, como de-

mostrarían las estadísticas posteriores (89% de custodias exclusivas maternas en 2006). El proyecto que salió del Congreso hacia la cámara alta recogió íntegramente estas modificaciones. En la tramitación en el Senado el propio grupo socialista las enmendó con criterios más técnicos, en sentido de suavizar aquellos obstáculos y, en línea con la Exposición de Motivos del anteproyecto original (y que sobrevivió de milagro hasta llegar al B.O.E.), haciendo pivotar la viabilidad de la custodia compartida en la proximidad de los domicilios de los progenitores. Remitido de nuevo al Congreso para la votación final, en la sesión de 30-06-2005 el jefe del Grupo Socialista defendió verbalmente la redacción suavizada que venía del Senado, pero en el instante de la votación global del texto de la Ley, ese mismo portavoz indicó a su grupo parlamentario lo que tenían que votar levantando dos dedos de su mano derecha (lo que significaba "votad no") en lugar de un sólo dedo (que significaba "votad sí"). De modo que el Grupo Socialista del Congreso, disciplinadamente, rechazó las enmiendas que el Grupo Socialista del Senado había introducido. Este "error", como se calificó en innumerables declaraciones a medios por sus protagonistas, determinó que el texto que llegó a ser la ley definitiva fuera el que había sido aprobado originariamente en el Congreso, con las durísimas restricciones a la coparentalidad mencionadas.

La ley de divorcio express así gestada, más allá de su claro sesgo ideológico, contenía alarmantes elementos de irrespeto al Estado de Derecho. Entre ellos, el consisten-

te en condicionar en el p. 8º del art 92 CC el otorgamiento judicial de la custodia compartida a la existencia de un informe fiscal "favorable", frontalmente contrario al monopolio constitucional de los jueces en el ejercicio de la jurisdicción y al mismo principio de división de poderes. La configuración del Ministerio Fiscal como comisariado político al servicio de las directrices del Gobierno fue tumbada por la STC 185/2012 de 17 de Octubre, pero sólo tras más de 7 años de vigencia y cerca de 700.000 divorcios dictados a su amparo. En la misma línea, la necesidad de informe psicosocial favorable para conceder la custodia compartida, convertido en imprescindible por una infundamentada praxis judicial, ocultaba el claro riesgo de adulteración de la prueba relacionado con la inestable condición laboral de contratados administrativos de los profesionales integrantes de los equipos judiciales, objeto de una fuerte contestación social desde entonces, a raíz de sus actuaciones en los pleitos sobre custodia. El carácter especializado de la jurisdicción de familia, integrada por no más de 104 jueces de primera instancia y pocas docenas más integrantes de las secciones especializadas de las audiencias, acotaba el círculo de los posibles influenciados, afectado ya por entonces el órgano de gobierno de la judicatura por las sospechas de politización (dos de las escasísimas condenas a jueces por prevaricación han recaído precisamente sobre magistrados de familia).

La aplicación de esta ley generó conflictividad desde el primer momento. Aumentaron los índices de contenciosidad en los juzgados, tanto en los divorcios como en sus modificaciones. Germinó un movimiento de resistencia cívica contra la ley, integrado no sólo por padres divorciados, sino por colectivos directamente damnificados, muchos de ellos nutridos en caladeros naturales del partido autor de la norma: mujeres- madres y hermanas de hombres afectados-, abuelos apartados de sus nietos, segundas esposas, jóvenes recién emancipados víctimas de divorcios conflictivos, etc. El número de rupturas ilustra la envergadura social del problema: bajo la vigencia de la ley de 2005 se han dictado en todo el Estado más de 1,2 millones de sentencias que han afectado personalmente a cerca de 4,5 millones de ciudadanos, entre adultos y niños.

La Ley de divorcio express continúa formalmente en vigor en los territorios de Derecho Común, aunque su alcance se ha visto

drásticamente recortado en los últimos años por los siguientes factores:

a.- La STC citada, derogando el carácter necesario del informe fiscal favorable. Su relevancia radica no solo en la recuperación por la autoridad judicial de su esencial independencia decisoria, sino que esa sentencia dejó al descubierto las carencias de legitimidad de la ley, abriendo la veda en otras instancias jurídicas, institucionales y sociales para su interpretación abrogatoria.

La Ley de divorcio express no ha conseguido su objetivo de trasladar a la realidad social sus claras preferencias. Desde el 2005 el número y proporción de custodias compartidas ha aumentado imparablemente, a ritmo superior a cualquier otro parámetro social

b.- La promulgación de normas civiles autonómicas sobre relaciones jurídicas tras la ruptura familiar: Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, Ley catalana 25/2010, de 29 de julio del libro segundo del CCCat, Ley foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, Ley valenciana 5/2011 de 1 de abril y Ley 7/2015, de 30 de junio del País Vasco. En el caso catalán la elaboración de una normativa específica se enmarca el proceso de codificación de un sistema nacional propio de Derecho Civil, pero en los otros cuatro la intención declarada o implícita de la norma autonómica ha sido escapar de la regulación estatal.

c.- La sala I del TS, especialmente a raíz de cambios en su composición que se produjeron desde 2012, ha desarrollado una jurisprudencia en ocasiones abiertamente contra legem, que ha desactivado buena parte del contenido ideológico de la ley de 2005. El aspecto más conocido es la preferencia por la custodia compartida de los hijos, declarada a partir de la sentencia de 29-04-2013 en una inabarcable serie de resoluciones coincidentes: "el art. 92.8 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable". Pero hay aspectos no menos importantes, como la limitación temporal de la asignación del uso de la vivienda en los divorcios con hijos mayores de edad (desde la STS 02-09-2011), la calificación del pago de la hipoteca como

carga derivada del régimen matrimonial y no alimenticia (desde la STS 28-03-2011), o la preferencia por la temporalización de la pensión compensatoria (clara a nivel estatal desde la STS 19-02-2014 y consagrada legislativamente en Catalunya por el art 233-17-1 CCCat).

d.- La práctica de los tribunales inferiores está acogiendo la jurisprudencia citada con retraso grave y disparidad desconcertante entre órganos, no tanto en Catalunya como en los territorios de Derecho Común. Pero es innegable que se detecta en esta materia, especialmente desde la privilegiada atalaya de las notarías, una huida de la justicia, concretada en la tendencia creciente a la autorregulación de las relaciones de pareja y familiares al margen de las prescripciones legales y de la intervención de los tribunales, tanto durante la convivencia como con ocasión de las crisis. Las estadísticas notariales reflejan de manera imperfecta esta tendencia. Los particulares –parejas casadas y de hecho, con hijos y sin ellos- agotan las posibilidades de acuerdo buscando en el documento público la certeza que no siempre proporciona el procedimiento judicial, y reduciendo el recurso a la Justicia al efecto indispensable: el cambio de estado civil. La Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, al atribuir competencias a los notarios en materia de separación y divorcio, está contribuyendo a consolidar esta práctica, tanto entre parejas casadas, con la preceptiva asistencia de letrado, como entre parejas de hecho, sin tal intervención obligatoria.

La Ley de divorcio express no ha conseguido su objetivo de trasladar a la realidad social sus claras preferencias. Desde el 2005 el número y proporción de custodias compartidas ha aumentado imparablemente, a ritmo superior a cualquier otro parámetro social (cifras del INE sobre datos del CGPJ): 9,6% en 2007, 2008 y 2009; 10,46% en 2010; 12,30% en 2011; 14,60% en 2012, 17,90% en 2013, 21,30% en 2014, y 24,60% en 2015, hasta alcanzar ese año 12.469 en cómputo estatal, es decir, un aumento de más de un 250 % en seis años, apreciable tanto en regiones con derecho civil propio como en las sujetas al Código Civil. En Baleares -bajo derecho común-, Aragón y Valencia bordean o superan un tercio del total.

Cataluña ha quedado parcialmente al margen de lo anterior, especialmente a partir de la Ley 25/2010 de 29 de Julio, del Libro II del CCCAT relativo a la persona y la familia, regulando en sus artículos 233 y 234 los conflictos matrimoniales y la relación estable de pareja desde parámetros claramente más acordes con la realidad social. Las cifras lo atestiguan. Desde 2011 los tribunales catalanes lideran las estadísticas estatales sobre atribución de custodias compartidas: en 2009, un 14% sobre el total de rupturas con hijos menores de edad, 16,60% en 2010, 20,60% en 2011, 26,40 % en 2012, 29,60 % en 2013, 35,10% en 2014 y 40,50 % en 2015, sensiblemente por encima del 38,40% de Baleares o el 35,80% de Valencia en ese mismo año. En la provincia de Girona, desde 2014 las custodias exclusivas maternas se otorgan ya en menos de la mitad de las





rupturas: 49,25% ese año y 47,40% en 2015, quedando Barcelona en un raspado 52,00%. De Catalunya han irradiado al resto del Estado dos elementos de racionalidad frente al despropósito sustantivo y procesal de la regulación general de los conflictos familiares. Uno, la "liquidabilidad" en sede judicial del REM de separación de bienes, frente a la aparente prohibición del artículo 806 de la L.E.C. del 2000, desmontada en clave interpretativa por los tribunales catalanes en jurisprudencia de la que es modelo la S.A.P. Barcelona de 17 de diciembre de 2004. Dos, la unificación de la tramitación procedimental de los aspectos personales y los económicos (liquidación del régimen matrimonial) de las rupturas familiares. Tras rechazar el TC la regulación al respecto resultante de la reforma de 2010 del CCAT por extralimitación de competencias procesales, la solución política consistió en hacer posible para toda España lo que se pretendió primero para Catalunya, mediante la modificación -a iniciativa de los parlamentarios catalanes- del apartado 3 del artículo 438 LEC, con ocasión de la tramitación de la Ley Estatal 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Pero, pese a su vaciamiento material, la vigencia de la Ley de divorcio express del 2005 ha producido y sigue produciendo efectos tóxicos para el Estado de Derecho y para la ordenación social de las relaciones

familiares. La proliferación de legislaciones civiles en territorios sin ninguna tradición de especialidades sobre el tema está quebrando la coordinación legislativa en una materia que la CE parece reservar a la competencia estatal en su art 149.8: "relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio". La jurisprudencia antes citada desborda absolutamente los límites impuestos a la equidad y a la realidad social como criterios de interpretación de las normas jurídicas (art. 3 CC), gravitando así la sala I temerariamente hacia los principios de la Escuela del Derecho Libre. Los instrumentos internacionales buscados como coartadas del desaforado arbitrio judicial implican incrustar entre los criterios decisorios de nuestros tribunales principios extraños a nuestro ordenamiento, a nuestra tradición jurídica y a la propia formación como juristas de los magistrados (ejemplo, el vaporoso "interés superior del menor"). No sólo es el principio de legalidad el que sufre; los de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva se cuartejan: la respuesta jurisdiccional a idénticas situaciones familiares será distinta dentro de España en función de criterios de conexión territorial, o de chiripa en el turno de reparto entre juzgados. La protección constitucional de la familia queda envilecida: el matrimonio no cuenta hoy a nivel estatal con un estatuto jurídico completo, sistemático y de consecuencias previsibles para los ciudadanos, mientras que la relación

de pareja de hecho –con o sin hijos- goza de casi idéntica protección social pero de un más seguro régimen legal "negativo", al ser mayor la certidumbre sobre los efectos que no se producirán ni durante su vigencia ni en su ruptura (ej., pensión compensatoria -STS 12-09-2005- en contraste con el art 234.9 CCCAT, liquidación de gananciales, etc)

Con fecha 19-07-2013 el ministro Gallardón presentó al Consejo de Ministros el "Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio". El texto mantenía el sistema de divorcio descausalizado, internacionalmente insólito, pero corregía tímidamente algunos de los aspectos de la ley de 2005, aumentando al límite el arbitrio judicial sobre la doble base de la equiparación de los sistemas de custodia y de la preferencia legal por las soluciones consensuadas. El proyecto, gestado a ritmo tectónico en el gabinete del ministro, fue objeto de un dictamen desfavorable del Consejo de Estado (438/2014), cuya evacuación retrasó la tramitación otro año más. Tras el cambio de ministro se desató desde ámbitos radicales una campaña de deslegitimación del proyecto, sobre la idea de que permitía conferir la guarda o visitas de los hijos a los sospechosos o acusados de violencia de género, lo que contradecía la falsaria interpretación de la jurisprudencia del TS sobre custodia compartida invocada por dichos sectores. La campaña produjo efecto, desistiendo el ministro entrante de presentar el proyecto a las Cortes. La paralización institucional derivada de la falta de gobierno durante el 2016 ha hecho el resto.

Lo anterior cierra el círculo. El derecho estatal sobre los conflictos de familia se ha elaborado durante el periodo constitucional sin contar con la sociedad; una vez a espaldas de ella, ignorando su evolución, y otras frontalmente contra ella, pretendiendo imponer la ideología predominante en el turno político. Para ello, en unos periodos se han utilizado las normas jurídicas como instrumento de ingeniería social, pero en otros, como la época predivorcista y como la presente, es la inacción legislativa la que se usa para desconocer la voluntad general. La sociedad sigue su camino, pero el Estado de Derecho se resiente.

Los poderes extranjeros y el papel de la DGRN en la defensa del Sistema de Seguridad Jurídica Preventiva

Por Ramón Doria Bajo

Notario de San Pedro Alcántara-Marbella

Lo que Roma había importado del antiguo Egipto, Napoleón lo codificó y expandió por el continente europeo: El Notariado latino-germánico es hijo de Roma y nieto de Egipto. Su esencia está condensada en su lema: *Nihil prius fide*. El sistema registral con su *Prior in tempore, potior in iure* redondea un Sistema Preventivo de Seguridad Jurídica Inmobiliaria de primer orden.

Alrededor del año 1300 el Reino Unido instituye la Cámara de los Comunes para dar entrada a los pujantes comerciantes. Al principio nada o casi nada influía ésta Cámara en la legislación pero, poco a poco, su importancia crece. Sabido es que el engaño es una de las armas utilizadas por los mercaderes para colocar sus mercancías. De ahí que desde siempre existieran en lonjas y mercados los fedatarios que ayudaban a conservar memoria de los tratos entre los comerciantes. También existían éstos en UK. Pero en la medida que el comerciante crece, crece su voracidad y ésta está en franca contradicción de la veracidad. Al voraz le fastidia el veraz porque desbarata sus triquiñuelas. De ahí que cuando Reino Unido instituye su sistema de seguridad jurídica imita el acreditado y asentado nombre de «Notario» que rige en el continente e implanta el «Notary». Pero ahí -en la forma- acaba todo. El fondo se descafeína pues el notario sajón se limita a presenciar como se estampan firmas pero no se preocupa mayormente de las capacidades. Los notarios sajones tienen mucho menos prestigio social que los abogados pues cumplen una misión más sencilla: presencian firmas y ponen sellos. Inglaterra crea una institución muy práctica y poco complicada pero sin fundamento, sólo aparente. Ya nuestro Ortega y Gasset allá por 1.917, en *El Espectador* afirmaba: "el utilitarismo es la moral inglesa"

El sistema notarial sajón tiene importantes carencias como sistema de Seguridad Jurídica Inmobiliario. Carencias que palia mediante un sistema de Seguros que cubre al perjudicado. Es un sistema privado y *a posteriori*, frente al público y preventivo del modelo continental. Estamos ante la primacía de lo privado y del libre mercado, donde nadan a sus anchas las grandes corporaciones y donde el pez grande se come al chico, o ante la regulación de los mercados para que la ley afecte por igual a todos los ciudadanos. El primero, el sajón tiene como lema el conocido *Laissez faire, laissez passer* y el segundo, el continental el de *Dura lex, sed lex*.

Los ejecutivos del gran capital se introducen como tapados entre el alto funcionariado de los países para, desde allá, ir desmantelando todo tipo de instituciones defensivas del consumidor. Todos los políticos se llenan la boca con altisonantes palabras en defensa del débil consumidor pero jamás en la historia han tenido la Banca y las grandes corporaciones tanto poder como ahora.

Los ejecutivos del gran capital se introducen como tapados entre el alto funcionariado de los países para, desde allá, ir desmantelando todo tipo de instituciones defensivas del consumidor. Todos los políticos se llenan la boca con altisonantes palabras en defensa del débil consumidor pero jamás en la historia han tenido la Banca y las grandes corporaciones tanto poder como ahora: exigen al Estado indemnizaciones millonarias o ayudas por el fracaso de sus negocios o proyectos; influyen en la legislación hasta límites insospechados y los lobbies campan por sus respetos. Lejos de haberse europeizado EEUU, es Europa la que se ha americanizado: aumentan las desigualdades, bajan las prestaciones sanitarias y educativas, etc. etc. La preponderancia de un tipo de notariado u otro no es más que una pequeña batallita dentro de la gran lucha entre una concepción del mundo piramidal o la más igualitaria. Pero batallita que nos está tocando de lleno a quienes ejercemos la profesión.

En los últimos decenios hemos visto cómo la Administración reduce y congela nuestros honorarios, sustituye poderes por legitimaciones al más puro estilo sajón, fomenta la competencia entre sus funcionarios de arancel hasta límites cainitas... en un constante *Divide y vencerás*. Todo ello orquestado desde una institución que debiera proteger y defender la función de Seguridad Jurídica Preventiva que nos está encomendada. La guinda del proceso la ha puesto la DGRN en su actuación respecto a la validez o no de los poderes extranjeros. Sus erráticas y contradictorias resoluciones lejos de aclarar el panorama lo obscurecen. Quien debiera ser nuestro paraguas protector nos deja al albur de la tempestad.

Cada día la movilidad de los tiempos hace que más extranjeros radiquen o actúen en nuestro país. La DGRN lejos de estudiar la equivalencia o no de los distintos sistemas notariales extranjeros y establecer una lista de cuales son de fiar y cuales no, se dedica a distinguir entre *notary at law* y *simple public notary* (Res. 14-IX-2016) o si el texto del poder extranjero incluye o no juicio de capacidad pero no nos dice nada respecto a si ese *notary* está capacitado o no para emitir ese juicio de capacidad (Cuando



uno pasea por la metrópoli del capitalismo, Nueva York y observa asombrado como en un establecimiento de zapatería o de electrodomésticos o en una librería se ofrece además el notary service). ¿De qué sirve que un fontanero o un zapatero certifiquen que en su presencia fulanito o menganito ha puesto su firma en un documento? No tengo nada contra esos profesionales pero... ¡zapatero a tus zapatos!!

En la resolución de abril de 17-IV-2017, BOE 28-IV respecto a dos poderes británicos la DGRN le ha traspasado la responsabilidad de juzgar la equivalencia o no del sistema notarial extranjero al propio Notario autorizante, arguyendo que quien da Juicio de Suficiencia está, a la vez, otorgando el Juicio de Equivalencia obviando que la Notario autorizante, efectuó en Diligencia posterior esa aclaración tras la nota negativa del registrador. Es decir, la DGRN contraviene -para este caso- su reiterada doctrina de que sus resoluciones se basan en los documentos que existen presentados y que dan origen a la resolución registral y no en los posteriores, para así zafarse de la responsabilidad de aclarar qué sistemas extranjeros son equiparables o no a los nuestros.

Se entiende que la Notario autorizante extendiera esa diligencia posterior para «salir del paso» de haber caído en la trampa de creer qué: porque en el texto de los poderes ingleses hablaba de análisis de capacidades y recabamiento de consen-



timientos, dichos poderes eran equivalentes a los nuestros. Error lógico tras la lectura de la Res. de IX-2016. Lo que no se entiende es que la DGRN pretenda que cada Notario emita Juicio de equivalencia respecto a los distintos sistemas notariales del mundo. Lo lógico y lo cabal sería que fuera la propia DGRN la que asumiera ese trabajo y nos facilitase a los funcionarios, que diariamente ejercemos, un listado de países cuyo sistema notarial sea equivalente o no al nuestro. El que la Dirección General que nos rige no asuma esa responsabilidad nos deja temblorosos y llenos de zozobra a la hora de autorizar un documento y que los ejercientes andemos entre nieblas a la hora de autorizar o no un otorgamiento, no

es bueno para la profesión ni para el sistema de seguridad jurídica preventiva. Esa no asunción de responsabilidades y esa indefinición en que nos sume la DGRN, además de ser impropia de todo funcionario, facilita la libertad de criterios, la cual torpedea de lleno el sistema de seguridad jurídica.

¿Qué pasaría si se diera el caso de que una compraventa similar a la formalizada entre BUILDINGCENTER y un Fondo USA (Ver S65/2017 1ª Instancia nº 26 de Barcelona de 17-IV-2017, en la que se adquirirían 370 inmuebles en virtud de un poder *made in USA*) se declarase en el Tribunal Supremo, nula por falta de equivalencia entre el sistema notarial USA y el nuestro?

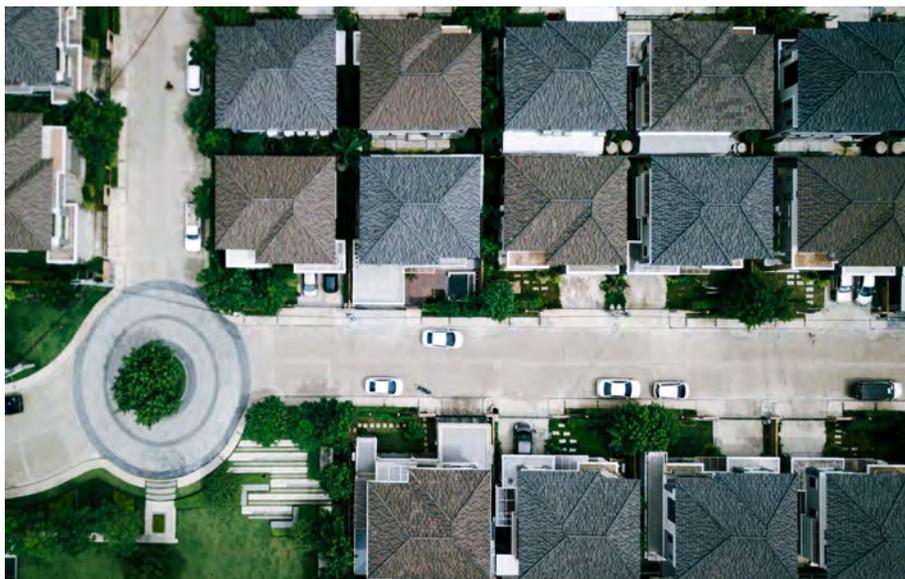
La representación georreferenciada: primeros meses de aplicación de la Ley 13/2015

Antonio Longo Martínez
Notario de Barcelona

Transcurrido más de un año ya desde la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria (LH) y de la Ley del Catastro Inmobiliario (LCI), la incorporación a los títulos notariales y al Registro de la Propiedad de la representación gráfica georreferenciada de las fincas se ha convertido, como por otro lado era previsible, en una de las cuestiones más discutidas en el quehacer diario de notarios y registradores, provocando la necesidad por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de pronunciarse acerca de algunas de las dudas planteadas, empezando así a sentar una doctrina de gran utilidad que intentaremos resumir y comentar al tiempo que recordamos las líneas maestras de la reforma.

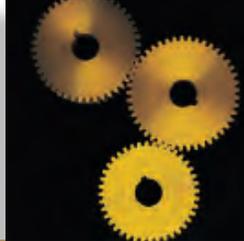
La representación gráfica constituye, como es sabido, una de las principales herramientas que la ley presenta en su anunciada intención de conseguir, mediante la coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro, una mejor identificación de los inmuebles⁽¹⁾, y con ello un incremento de la seguridad en el tráfico inmobiliario.

La coordinación Registro-Catastro es un **objetivo** cuya reiteración en sucesivos textos legales pone de manifiesto las dificultades que al parecer entraña. Por lo



que a la representación gráfica se refiere, siendo ese “*mejor grado de acierto*” de que habla el Preámbulo de la Ley un fin asumido sin ninguna duda desde una y otra institución, quizá no se había venido entendiendo con la misma convicción que su consecución exigiera necesariamente tal coordinación⁽²⁾. El legislador así lo ha entendido, y mediante la reforma introducida ha dibujado un esquema según el cual:

- a) Se reitera que el punto de partida, la base de referencia, es el Catastro;
- b) Se incluyen, eso sí, nuevos procedimientos de actualización del Catastro a la realidad física;
- c) Y se exige, para cualquier atribución de eficacia legitimadora de la realidad física a las descripciones literarias o representaciones gráficas registrales, que las mismas hayan sido previamente coordinadas con el Catastro.



Se trata, en todo caso, de evitar la apariencia de “tres realidades” de la propiedad inmobiliaria: porción física, parcela catastral y finca registral, sentando un principio básico: que el Catastro sea fiel reflejo de la realidad física, y el Registro de la Propiedad lo sea, a su vez, del Catastro, sin perjuicio de que, como vamos a ver, haya ocasiones en las que la subsanación de discrepancias con la realidad física pueda ser previamente registral y luego catastral. Debiendo todo ello interpretarse, por lo demás y a fin de entender algunos límites a la eficacia que se pretende, sin olvidar que mientras la incorporación de la propiedad inmobiliaria al Catastro es obligatoria⁽³⁾, la inscripción en el Registro de la Propiedad es voluntaria.

El sistema se sustenta por tanto en la fiabilidad de la información obrante en el Catastro. Que la misma se ajuste a la realidad física de las fincas deviene esencial, y de ahí la presunción de certeza de sus datos que establece el art. 3.3 LCI. Por esta razón resultan preocupantes situaciones como la puesta de manifiesto en la **Resolución de 5 de julio de 2016**, según la cual la comprobación de las coordenadas que obran en la Sede Electrónica del Catastro como propias de determinada construcción no corresponden con la superficie que de dicha construcción aparece en la certificación catastral, sino con las de una construcción de superficie ocupada incluso mayor a la de la parcela sobre la que supuestamente se levanta. Circunstancia que obligó a la DG, como luego veremos, a modificar la doctrina que hasta ese momento había mantenido sobre la admisibilidad de la información certificada para la inscripción de las declaraciones de obra nueva.

Lo anterior no altera, en todo caso, la validez del esquema regulatorio, pero sí pone de relieve la necesidad de una adecuada utilización de las herramientas que el propio legislador proporciona, singularmente los procedimientos de subsanación de discrepancias y de inscripción de la representación gráfica georreferenciada.

1. En relación al **procedimiento notarial “de subsanación de discrepancias”**, que se introdujo en el art. 18’2 LCI por la Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de marzo, recibe en la ley alguna ligera modificación: de una parte, y con el fin de potenciar su operatividad, se sustituye la necesidad de consentimiento de los colindantes por la mera ausencia de oposición



de los mismos; de otra, se sustrae de dicha norma la regulación relativa al acceso al Registro de la Propiedad de la descripción actualizada, que pasa a contenerse en el art. 199 de la Ley Hipotecaria, y con la particularidad de que ello implica ahora, además, la incorporación al Registro de la base gráfica catastral.

Por otra parte, la reforma introduce un nuevo número 3 a dicho artículo 18, regulando un **procedimiento registral** que se inicia una vez se ha practicado una inscripción en base al artículo 10 de la Ley Hipotecaria utilizando “*otros medios distintos de la cartografía catastral para la descripción gráfica de las fincas*”. En estos casos el Registrador informará a la Dirección General del Catastro sobre la rectificación realizada para que, una vez validada, se incorpore la rectificación en el Catastro, lo que se comunicará a su vez al Registro para la inscripción de la nueva representación gráfica de la finca, con constancia de la coordinación.

2. A la **representación gráfica georreferenciada** se refieren, dentro del marco regulatorio general, los arts. 9, letra b) y 10 LH, el primero de los cuales hace remisión, para los casos de constancia voluntaria o potestativa, al procedimiento específico regulado en el art. 199. Es, sin duda, el elemento “estrella” de la regulación, por cuanto a través del mismo, “*alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro*”, y conforme al nuevo artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria (LH) “*se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la*

finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real”. Esta extensión del principio de legitimación registral supone que la presunción “*iuris tantum*” contenida en el señalado artículo 38 de la LH, según el cual “*a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*”, alcanzaría a partir de entonces, además de a la titularidad y contenido del derecho inscrito, a los reseñados datos físicos de la finca, esto es, al objeto del tal derecho⁽⁴⁾.

Representación georreferenciada catastral y alternativa

1. Como decíamos antes, el principio del que parte el legislador es el que con claridad señala el art. 10.1: “**La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los Registradores de la Propiedad**”. Este artículo puede aparentar decir lo mismo que desde hace más de veinticinco años dice el artículo 398 b del Reglamento Hipotecario, introducido por R.D. 430/1990, 30 marzo, según el cual “**Los Registros de la Propiedad utilizarán como base gráfica para la identificación de las fincas la Cartografía Catastral oficial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria en soporte papel o digitalizado**”. Sin embargo, no es lo mismo que se utilice la Cartografía Catastral para la identificación de las fincas (circunstancia que no impide que se utilicen,

además, otras fuentes, como de hecho y según veíamos en nota más arriba, la propia normativa ha venido reconociendo durante un tiempo), a que dicha cartografía sea -por sí misma- la base de representación gráfica y no un instrumento más de identificación de las fincas. De ahí que a continuación, el artículo 10.2, y también el art. 9.b, señalen que “para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse, junto al título inscribible, **la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca**”.

2. No obstante, cabe aportar una **representación gráfica georreferenciada alternativa** en una serie de supuestos que menciona el art. 10.3, en algunos acompañando a la certificación catastral y en otros en sustitución de ésta. Tales supuestos tienen en todo caso como fundamento la discordancia entre Catastro y Registro, y son:

a) Los de los procedimientos de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral que se regulan en el **Título VI** (arts. 198 y ss.) LH. En estos casos, su admisibilidad se fundamenta en la alegación por el interesado de que la representación gráfica catastral tampoco refleja la realidad física.

Aquí se sitúa el procedimiento del art. 199 de constancia optativa de la representación gráfica de la finca, bien al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, bien como operación registral específica. En estos casos, dice efectivamente el art. 199 que “cuando el titular manifieste expresamente que la descripción catastral no se corresponde con la realidad física de su finca, deberá aportar, **además de la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa**”.

b) Aquellos en que el acto inscribible consista en una parcelación, reparcelación, segregación, división, agrupación, agregación o deslinde judicial, que determinen una **reordenación de los terrenos**.

Es decir, cuando a partir de fincas ya inscritas (para las inmatriculaciones, como nos recuerda la reciente **Resolución de 6 de abril de 2017**, sólo se admite la certificación catastral, ex arts. 203 y 205 LH) se formaliza una operación que da lugar a una o varias nuevas fincas registrales, por lo cual no tienen éstas todavía correspondencia en la cartografía catastral.

La representación alternativa deberá en todo caso respetar los requisitos que impone el art. 9.b párrafo cuarto, en orden fundamentalmente a que la misma respete los límites perimetrales que resulten de la cartografía catastral así como los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro⁽⁵⁾. Estos vienen desarrollados en la “Resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario” y en la “Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución conjunta de la DGRN y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad” (en adelante la “resolución conjunta”). Los respectivos Apartados Séptimo de una y otra resolución son idénticos en cuanto a tales requisitos y especificaciones y similares en cuanto al resto. Resumiendo dichas resoluciones podríamos decir:

La Resolución-Circular dirigida a los registradores de la propiedad por la DGRN en 3 de noviembre de 2015, en su Apartado Tercero, permite entender sin embargo que no es necesaria la presentación del tan repetido fichero, pudiendo presentarse directamente la certificación catastral descriptiva y gráfica o la representación alternativa con su previa validación técnica catastral.

1º Que para su admisibilidad -tanto en Catastro como en Registro-, la representación gráfica alternativa debe haber sido **aprobada expresamente por el propietario de la finca**⁽⁶⁾.

2º Que tales requisitos consisten, esencialmente, en que la representación geográfica de la finca **debe hacerse sobre la cartografía catastral**, respetando la delimitación obrante en la misma, y expresando las coordenadas georreferenciadas de los vértices, todo ello **en un fichero informático en formato GML** que se prevé en el respectivo Anexo⁽⁷⁾.

3º Que existen dos formas de acreditar los anteriores requisitos:

a) la suscripción de la representación gráfica por técnico competente, que declare bajo su responsabilidad que la misma se ha realizado cumpliendo las especificaciones técnicas y metodología que se indican, así como los requisitos técnicos concretamente señalados en el punto 2;

b) la aportación de una representación gráfica derivada de la digitalización sobre la cartografía catastral, acompañada de un informe de validación técnica del Catastro⁽⁸⁾.

4º Que respecto de la segunda de dichas formas de acreditación, una y otra resolución hacen referencia al procedimiento de validación o comprobación, el cual, según el nº 2 del Apartado Cuarto de la resolución conjunta, confirmará “que la representación gráfica georreferenciada remitida cumple los requisitos establecidos en el párrafo cuarto del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria”⁽⁹⁾.

La **Resolución-Circular** dirigida a los registradores de la propiedad por la DGRN en 3 de noviembre de 2015, en su Apartado Tercero⁽¹⁰⁾, permite entender sin embargo que no es necesaria la presentación del tan repetido fichero, pudiendo presentarse directamente la certificación catastral descriptiva y gráfica o la representación alternativa con su previa validación técnica catastral; de una u otra, dice, el registrador obtendrá la representación gráfica, le adicionará la identificación del asiento de presentación y el código de finca registral, y generará su propio archivo electrónico en formato GML, que se almacenará en los servidores locales del Registro y también se remitirá, junto con su código seguro de verificación, al correspondiente portal del Colegio de Registradores. De todo ello, y del CSV generado, dejará constancia en el acta de inscripción, lo que permitirá relacionar la nueva descripción de la finca con la representación gráfica incorporada al fichero electrónico archivado⁽¹¹⁾.

Requisitos de incorporación o inscripción de la representación georreferenciada

Presentada la representación gráfica de la finca, los requisitos de incorporación (siguiendo la particular terminología de la ley) al Registro son:



1. que el Registrador **identifique, sin dudas**, la representación gráfica con la finca inscrita (art. 9.b, párrafos quinto y sexto -por remisión al mismo, 199.1 para la certificación catastral, y 199.2 segundo párrafo para la representación alternativa- art. 10.2). Identificación que podemos decir que tiene dos vertientes, positiva y negativa:

- positiva, en cuanto que debe confirmarse la correspondencia entre dicha representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca, lo cual se entenderá que se da, según el párrafo sexto del artículo 9.b, *“cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las **diferencias de cabida**, si las hubiera, **no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita** y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes”*.

- negativa, en el sentido de que el Registrador deberá valorar **“la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, o posible invasión del dominio público”** (art. 9.b, párrafo quinto), *“denegando la inscripción”* en otro caso (art. 199.1, párrafo cuarto).

El art. 9.b prevé en este punto la posibilidad –que no obligación- de utilizar otras representaciones gráficas disponibles a efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados –y, por tanto, sólo en tales casos- y con carácter meramente auxiliar.

A tales efectos la norma determina la necesidad de que todos los Registradores dispongan de la correspondiente y única aplicación informática, que había de ser homologada por la DGRN, lo que se produjo en virtud de **Resolución de 2 de agosto de 2016**.

Si por el contrario la correspondencia no ha quedado acreditada a juicio del registrador, no se podrá practicar la incorporación. Para el caso de que lo aportado hubiere sido una certificación catastral, añade el art. 10.2 que el registrador deberá dar traslado de esta circunstancia -de la falta de incorporación- al Catastro por medios telemáticos, motivando a través de un informe las causas que hayan impedido la coordinación, a



efectos de que, en su caso, el Catastro incoe el procedimiento oportuno.

2. En el procedimiento de **incorporación potestativa del art. 199, se exige la notificación por parte del Registrador** a los titulares registrales del dominio de la finca (si no hubieran iniciado éstos el procedimiento), así como a los de las fincas registrales colindantes afectadas. Y se reconoce el derecho de los mismos a comparecer ante el Registrador para alegar lo que a su derecho convenga, si bien únicamente la oposición del titular dominical determinaría por sí misma la denegación de la inscripción, lo que no quiere decir, como señala la **Resolución de 14 de noviembre de 2016**, que en caso de oposición de un colindante no sean tenidas en cuenta sus alegaciones para formar el juicio del registrador.

En estos mismos casos, **cuando además** de la certificación catastral el titular hubiese aportado una **representación gráfica georreferenciada alternativa**, por entender que la descripción catastral no se corresponde con la realidad física de la finca, deberá notificarse también a los titulares **catastrales** colindantes afectados.

Procedimiento de inscripción

Cumplidos los anteriores requisitos y trámites, se inicia el procedimiento de coordinación propiamente dicho, que es distinto según lo que se haya aportado sea una certificación catastral descriptiva y gráfica, o una representación gráfica alternativa.

1. Tratándose de una **certificación catastral**, nos dicen los arts. 10.2 y 199.1 LH que en caso de calificación positiva, esto es, si el registrador estima que aquélla se corresponde con la descripción literaria de la finca:

a) la incorporará al folio real; la forma de practicar dicha incorporación o inscripción, según veíamos prevé la Resolución-Circular de 3 de noviembre, consiste en el archivo del fichero electrónico obtenido por el registrador a partir de la representación gráfica presentada, y la constancia en el acta de inscripción de dicho archivo y del CSV generado al obtener el fichero⁽¹²⁾.

b) se hará constar expresamente en el asiento que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro,

c) se notificará telemáticamente al mismo esta circunstancia,

d) añadiendo el art. 10 que el Registrador trasladará al Catastro el Código Registral Único de la finca⁽¹³⁾.

Puede decirse, por tanto, que en caso de aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica georreferenciada, la inscripción registral conlleva la coordinación.

2. Cuando lo que se ha aportado es una **representación gráfica alternativa**, la coordinación está en cambio sujeta a un requisito adicional, cual es la validación última de dicha representación gráfica por el Catastro. Así, lo que nos dicen los arts. 10.3 y 199.2 es que en estos casos, calificada la misma positivamente:

a) el Registrador la incorporará al folio real,

b) lo comunicará al Catastro a fin de que se incorpore también aquí la rectificación que corresponda de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 18 LCI -apartado que fue introducido por la ley para recoger la posibilidad de esta vía de rectificación catastral⁽¹⁴⁾.

c) y practicada la alteración, el Catastro lo comunicará al Registrador, a efectos de que este haga constar la circunstancia de la coordinación e incorpore al folio real la nueva representación gráfica catastral de la finca, y -añade el art. 10 en relación a los supuestos de modificaciones hipotecarias- las referencias catastrales correspondientes.

La ya citada **Resolución de 6 de abril de 2017** deja claro que la inscripción de la representación georreferenciada alternativa no está supeditada a la previa alteración del Catastro: *“aunque no cabe duda que lo deseable es lograr el objetivo de la coordinación gráfica con el Catastro, de la dicción de los artículos 9, 10, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria resulta claramente que puede acceder al Registro una rectificación de descripción de la finca por cualquiera de los procedimientos regulados en tales preceptos aun cuando no se disponga de una representación gráfica catastral”*. En el supuesto de hecho se trataba del procedimiento de rectificación de discrepancias del art. 201.1 LH, que remite a su vez al del art. 18.2.c) LCI. La registradora entendía necesario culminar éste previamente con emisión por el Catastro de una nueva

certificación catastral actualizada, pero la DGRN señala que no es así, sin perjuicio de que hasta que no se produzca la rectificación catastral y se comunique al Registro no se dará la coordinación. Es, en definitiva, aplicar lo previsto en el número 3 del art. 18 LCI al que antes nos referíamos.

Efectos de la inscripción de la representación gráfica

1. Ello nos confirma que puede apreciarse una distinción de efectos en función de que estemos ante un supuesto de incorporación o inscripción, sin más, de la representación gráfica, o de inscripción y, además, coordinación con el Catastro. La DGRN se refiere a dicha distinción cuando estudia y esquematiza de forma didáctica (**Resolución de 17 de noviembre de 2015**, cuya doctrina es luego reiterada, entre otras, en las de 22 de abril, 23 de mayo y 19 de julio de 2016) las distintas opciones existentes tras la reforma para la rectificación de la cabida inscrita. Con carácter previo, el Centro Directivo menciona una primera vía, mediante presentación de RGG que, sin inscripción de la misma, permite efectivamente, en determinados supuestos, dicha rectificación de cabida:

a) Rectificación de cabida **sin inscripción de representación gráfica** (Artículo 201.3, letra a) y letra b) LH), supuesto limitado, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10 % o del 5 %, respectivamente, de la cabida inscrita. Si la diferencia de cabida está entre una y otra magnitud (5 y 10 por ciento) la

representación ha de resultar de certificación catastral descriptiva y gráfica. Este supuesto no exige ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien prevé la norma que *“realizada la operación registral, el Registrador la notificará a los titulares registrales de las fincas colindantes”*.

b) Rectificación de cabida **con inscripción de representación gráfica pero sin coordinación** (artículo 9, b LH), posible siempre que la cabida resultante de la representación gráfica no sea superior en un diez por ciento a la registrada. En estos casos, inscrita la representación gráfica, nos dice dicho artículo que la cabida de la finca *«será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria»*. *Tampoco aquí existe notificación o intervención de colindantes y terceros, si bien, al igual que en el supuesto anterior, señala la norma que «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos»*.

Tal como hace notar el Centro Directivo, el caso de rectificaciones superficiales no superiores al 10 % y basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica puede acogerse por tanto, bien a la regulación y efectos del artículo 201.3, letra a), bien a la del artículo 9, letra b).

Decir en todo caso que, como veíamos antes a propósito de la Resolución de 6 de abril de 2017, además del supuesto de inscripción de la representación gráfica por la vía del procedimiento regulado -*“con carácter general”*, dice la DGRN- en este art. 9.b LH, al que se refiere el Centro Directivo a propósito del estudio de las distintas opciones para la rectificación de cabida; es decir, además del caso en que se dan los requisitos previstos en dicho artículo para la inscripción de la representación gráfica, pero no se sigue -por no haberse instado así- el procedimiento del art. 199 o el del art. 201.1 LH, la *“inscripción sin coordinación”* se dará también, en principio como situación temporal, cuando se haya seguido alguno de estos procedimientos, durante la fase que va desde la inscripción registral de la representación gráfica hasta que se produce la coordinación con el Catastro. De los arts. 10.3 y 199.2 LH resulta que dicha inscripción no da lugar a la coordinación hasta que el Catastro no la valida, practica la alteración correspondiente, y le remite al Registrador la nueva representa-





ción gráfica catastral de la finca para que este la incorpore al folio real. Sin embargo, y por aplicación de lo previsto en dicho artículo 9 b LH, la inscripción sí que provoca desde el primer momento la rectificación, si fuera preciso, de la cabida que constare en la representación literaria.

c) Por último, la rectificación de cabida sin límite, **con inscripción de representación gráfica y, en su caso, coordinación** (Artículos 199 y 201.1 LH). Los procedimientos regulados en estos artículos permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices.

En el momento en que se haya alcanzado la coordinación gráfica con el Catastro, tanto en la parcela catastral como en el folio real de la finca en el Registro se dejará constancia de dicha circunstancia, y el Catastro además incorporará el Código Registral Único de la finca. Y es entonces cuando se produce el efecto verdaderamente importante derivado de la coordinación, por cuanto, según dispone el art. 10.5 LH, *“se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la **ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real**”*. Se produce, por tanto, esa extensión del principio de legitimación registral recogido en el artículo 38.1 de la Ley Hipotecaria que, no obstante la referencia que hace el artículo 10.5 a la ubicación y delimitación geográfica de la finca, alcanzará también a la superficie, *“pues no en vano -nos dice la DGRN en las citadas Resoluciones- “como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa”*.

2. El efecto legitimador de la inscripción puede llegar a darse incluso sin una confirmación catastral de la coordinación en un caso concreto al que se refiere el artículo 10.5 LH, y es cuando: a) la representación gráfica alternativa que se hubiera incorporado al folio real haya sido validada previamente por una autoridad pública; y b) hayan transcurrido seis meses desde la comunicación al Catastro de la inscripción

correspondiente, sin que éste haya comunicado al Registro que existan impedimentos a su validación técnica.

La primera duda que presenta esta norma es a qué **“autoridad pública”** se refiere, aunque todo hace pensar que se trata de aquella que en su caso hubiere tramitado el expediente administrativo o judicial del que forma parte la representación gráfica alternativa en los casos de constancia obligatoria de la misma a que se refieren el primer párrafo del art. 9 b) y el art. 10.3 b): concentración parcelaria, reparcelación administrativa, expropiación forzosa, deslinde... En los demás casos, la constancia registral de la representación gráfica habrá seguido el procedimiento antes expuesto.

Un primer estudio de la normativa planteaba, junto a los supuestos de constancia obligatoria y potestativa de la representación gráfica georreferenciada, algunos otros en los que la inscripción de la misma resultaba, en sí misma o en algunos aspectos, dudosa.

Otra cuestión es si hay que entender que **pasados los seis meses previstos** por la norma estaremos ante un auténtico supuesto de coordinación, o ante una extensión de los efectos de la legitimación que se produce al margen de dicha coordinación. La cuestión tiene una gran importancia desde el punto de vista de la seguridad jurídica, puesto que si en el primer caso el registrador deberá reflejar en el folio real y en la publicidad que expida que se ha producido la coordinación por haber transcurrido el citado plazo, no hay norma que así lo imponga si se entiende que no es un verdadero supuesto de coordinación. Probablemente es precisamente la regulación prevista en relación a la publicidad registral la que permite entender que sí se trata de un supuesto de coordinación, aunque de efectos suspensivamente condicionados. La representación gráfica alternativa puede ser en estos casos objeto de publicidad registral, pero mientras no haya quedado constancia de la coordinación dicha publicidad deberá reflejar el hecho de no haber sido validada la representación gráfica por el Catastro (art. 9.b, último párrafo, y art. 199.2).

3. Por último, decir que la presunción que se regula no se extiende, según la **Disposición final cuarta de la ley** ⁽¹⁵⁾, a los casos de comprobación o validación que se hubiere practicado por el registrador conforme al segundo inciso de la regla 1ª del apartado Cinco del artículo 53 de la Ley 13/1996. Se trata de la posibilidad -hoy desaparecida por derogación de la citada norma en virtud de la Disposición Derogatoria contenida en la ley 13/2015- de hacer constar la referencia catastral de la finca, como operación registral específica, mediante aportación de certificación catastral, aun cuando existiera una diferencia de superficie inferior al 10 por 100 de la reflejada en el Registro -o diferencias en el nombre o número de la calle- siempre que se hubiere justificado debidamente la identidad. Lo que nos viene a decir ahora la ley es que aunque se hubiere dado esa identificación, la modificación descriptiva de la finca registral que se hubiere practicado -y con ella en su caso el reflejo de esa diferencia de cabida- no queda amparada por la extensión del principio de legitimación que la misma establece.

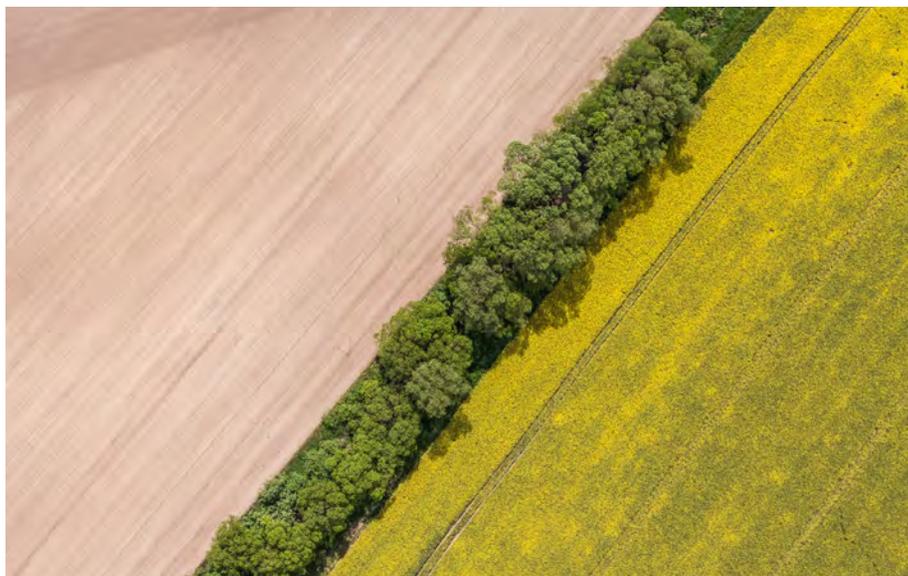
Supuestos concretos de inscripción de la representación gráfica

Un primer estudio de la normativa planteaba, junto a los supuestos de constancia obligatoria y potestativa de la representación gráfica georreferenciada, algunos otros en los que la inscripción de la misma resultaba, en sí misma o en algunos aspectos, dudosa. Sobre muchos de ellos ha habido ya resoluciones de nuestro Centro Directivo, como vamos a ver.

1. Es **obligatoria** la constancia de la representación gráfica georreferenciada en dos casos (art. 9.b, primer párrafo):

- a) siempre que **se inmatricule** una finca, o
- b) se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos.

En cualquiera de ellos, y con independencia de la exigibilidad o no de otros requisitos de índole civil, hipotecaria o administrativa, resulta ahora necesaria la aportación de la representación gráfica georreferenciada, con acreditación de las



coordenadas correspondientes a la finca en cuestión.

Como decíamos, durante los meses transcurridos desde la entrada en vigor de la ley, la DGRN ha tenido la oportunidad de tratar muchos de estos supuestos, empezando a construir una doctrina que ha ayudado a resolver algunos de los problemas planteados en la práctica.

1.1. Así, en cuanto al **ámbito temporal** de aplicación de la nueva normativa, la **Resolución de 2 de septiembre de 2016** señala que *“todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte”*. Se basa el Centro Directivo en su criterio, ya expresado en resoluciones como las que cita, de 23 de julio de 2012 y 2 de abril de 2014, de que la segregación y división son actos jurídicos de carácter estrictamente registral y, por tanto, y precisamente por 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.

No parece sin embargo del todo coherente mantener la calificación de la se-

gregación o división como actos jurídicos de carácter estrictamente registral con la atención a aquellos supuestos en los que se permite su inscripción cuando ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su reagrupación forzosa, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes (Resoluciones de 17 de octubre de 2014 o 13 de mayo de 2016). Quizá sería más adecuado entender que la aportación de la representación georreferenciada es un requisito específicamente de derecho hipotecario, exigible para la inscripción aun cuando se trate de actuaciones anteriores a la presentación en el Registro, tal como ocurre también en el caso de las obras nuevas antiguas.

(...) durante los meses transcurridos desde la entrada en vigor de la ley, la DGRN ha tenido la oportunidad de tratar muchos de estos supuestos, empezando a construir una doctrina que ha ayudado a resolver algunos de los problemas planteados en la práctica.

1.2. Por lo que se refiere al **ÁMBITO MATERIAL**, la misma Resolución de 2 de septiembre de 2016 indica que el art. 9 LH *“debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva*

finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación. Interpretarlo en sentido contrario conllevaría un régimen jurídico distinto en cuanto a la identificación gráfica de las mismas para la segregación frente a la división, siendo ambas operaciones registrales con idénticos requisitos tanto civiles como administrativos”. Existen, sin embargo, importantes matices a esta regla general, algunos de los cuales configuran supuestos de excepción a la misma:

1.2.1 de una parte, la **Resolución de 7 de julio de 2016**, como la de 24 de octubre de 2016, hace referencia a los previstos en el **art. 47 del Reglamento Hipotecario**, según el cual se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, como también es posible la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación. En tales casos únicamente deberá aportarse la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento, ya sea la segregada o el resto, según los casos.

1.2.2 En base a esta misma regla, la ya citada **Resolución de 2 de septiembre de 2016** va sin embargo más lejos, y en un supuesto de **segregación de finca registral integrada por dos parcelas catastrales** permite la inscripción del título con descripción de finca segregada y de finca resto y aportación de las certificaciones catastrales de una y otra, pese a que la certificación correspondiente a la finca resto no resulta coincidente con la descripción que de la misma se hace en la escritura. El argumento del Centro Directivo es que *“la recurrente no pretende que tenga acceso la rectificación de superficie del resto de la finca, que se sigue describiendo en la escritura conforme a la superficie resultante del Registro. Por ello, es posible inscribir parcialmente el documento solamente en cuanto a la porción segregada de la que se aporta representación gráfica”*.

1.2.3 No es necesario aportar la representación gráfica de lo que se ha dado en llamar **“fincas emímeras”**, **carentes de existencia actual** por haberse producido una modificación posterior. Así se indica en la **Resolución de 8 de junio de 2016**, en la que el Centro Directivo entiende no exigible



la representación de la finca resultante de agrupación cuando inmediatamente se procede a segregar de la misma una porción, siendo la representación gráfica de ésta la exigible. Por los mismos motivos, la **Resolución de 1 de julio de 2016**, en un supuesto de agrupación de fincas, una de las cuales derivaba de una segregación anterior, considera suficiente la representación gráfica catastral de la finca resultante de agrupación, sin exigir la de la finca segregada, hoy ya inexistente.

En relación al procedimiento de inscripción potestativa del art. 199 hay que señalar una particularidad importante, y es que el mismo puede ser instado por el titular registral del dominio "o de cualquier derecho real sobre finca inscrita": la ley entiende que no solo el propietario, sino también los titulares de derechos reales, deben considerarse legitimados para instar el reflejo registral de la representación gráfica.

1.2.4 Pero también existe el supuesto inverso a este último, esto es, el de **innecesariedad de aportación de la representación gráfica de la finca resultante de agrupación** cuando se dispone de las certificaciones catastrales de las fincas agrupadas. Así nos lo dice la Resolución de 13 de junio de 2016, que se apoya en la Resolución conjunta de la DGRN y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015, que establece en el párrafo tercero de su apartado octavo que: «Cuando la coordinación se produzca entre una finca registral y varias parcelas catastrales por corresponderse con el perímetro de todas ellas, en el folio real y en la publicidad registral se hará constar dicho extremo así como las referencias catastrales de los inmuebles y la representación gráfica de cada una de las parcelas catastrales con cuyo conjunto se corresponde la finca».

2. La representación gráfica georreferenciada también puede incorporarse con carácter **potestativo** al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica. La regulación de estos dos supuestos, a los que se refie-

re el art. 9.b, segundo párrafo, es objeto de desarrollo en el art. 199 LH, que como decíamos se remite de nuevo al 9 por lo que se refiere a la calificación registral de la certificación gráfica aportada.

En relación al procedimiento de inscripción potestativa del art. 199 hay que señalar una particularidad importante, y es que el mismo puede ser instado por el titular registral del dominio "o de cualquier derecho real sobre finca inscrita": la ley entiende que no solo el propietario, sino también los titulares de derechos reales, deben considerarse legitimados para instar el reflejo registral de la representación gráfica; sin embargo, y como veíamos en nota ut supra, la resolución conjunta de las Direcciones General del Catastro y de los Registros y Notariado de 29 de octubre de 2015 parece introducir un matiz distorsionador de este principio.

Entiende por otra parte la DGRN, en la Resolución de 8 de junio de 2016, que no resulta necesario que el título notarial mediante el que se insta el procedimiento de inscripción de la representación gráfica georreferenciada, el cual va a significar en caso de una distinta descripción respecto de la inscrita la necesaria rectificación de esta, recoja ya dicha descripción actualizada: "No obstante la conveniencia de rectificar la descripción literaria contenida en el título para mayor exactitud del mismo, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 170.1 del Reglamento Notarial y en el artículo 18.2 b) del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, lo cierto es que la Ley Hipotecaria no impone la total coincidencia descriptiva salvo en los supuestos de inmatriculación (cfr. artículos 203 y 205 Ley Hipotecaria)". Pese a dicha afirmación, no cabe duda, no solo por aplicación de las normas que se citan (recordemos que el art. 170 del Reglamento Notarial nos dice que "en los documentos sujetos a registro, el notario hará la descripción de los bienes que constituyan su objeto expresando con la mayor exactitud posible aquellas circunstancias que sean imprescindibles para realizar la inscripción") sino también por la consideración que como hemos visto hace el propio Centro Directivo del procedimiento del artículo 199 precisamente como medio para inscribir rectificaciones descriptivas, que ese título no debería recoger una descripción no ajustada a la realidad física que se pretende que obre en el Registro.

3. Al publicarse la ley se podía considerar que había algunos supuestos **dudo-**



sos en relación a la inscripción de la representación gráfica georreferenciada.

3.1. Entre ellos se encontrarían aquellos **otros procedimientos previstos en el Título VI para regular la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral** en los que se menciona la aportación de una representación gráfica. Nos referimos en particular al expediente de rectificación de descripción, superficie o linderos del art. 201 y al de reanudación del tracto sucesivo interrumpido del art. 207, así como al art. 202, relativo a las declaraciones de obra nueva, puesto que los demás procedimientos parecen corresponder a los supuestos de constancia obligatoria de la representación gráfica ex art. 9.b, primer párrafo.

En cualquiera de estos casos podía plantearse la duda de si los mismos conllevan la aplicación del régimen previsto en los arts. 9 y 10. Inicialmente se diría que la respuesta habría de ser negativa, si se atiende a que los únicos casos en los que según el art. 9.b LH "la inscripción contendrá la representación gráfica georreferenciada de la finca" son los que acabamos de señalar. De lo cual cabría deducir que estos otros procedimientos no dan lugar por sí mismos a esa inscripción de la representación gráfica, ni en consecuencia a la aplicación del régimen de los artículos 9 y 10, singularmente los asociados a la coordinación que se regula y sus efectos en relación al principio de legitimación registral.



Como ya hemos visto, esta conclusión debe ser sin embargo revisada a la vista de lo resuelto por la DGRN, que ya en la **Resolución de 17 de noviembre de 2015** señala que los procedimientos de los artículos 199 y 201.1 LH “*permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (...) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices*”. El argumento es que ambos procedimientos incluyen entre sus trámites una serie de garantías de tutela efectiva de los intereses de terceros afectados con carácter previo a la eventual práctica de la inscripción registral, razón por la que “*su ámbito de aplicación y efectos es justificadamente mucho más amplio*”. *¿Están entre dichos efectos los derivados de la coordinación y extensión del principio de legitimación registral? Dada la argumentación, parece que así es, y de hecho es lo que nos viene a decir la Resolución de 6 de abril de 2017 antes comentada, que se refiere, en un caso relativo al procedimiento del art. 201.1 LH, a “la posibilidad de que esta coordinación se alcance con posterioridad a la inscripción de la operación correspondiente”.*

Ciertamente, si admitimos que al instarse tales procedimientos también se debe poder instar potestativamente la incorporación o inscripción de la representación gráfica -lo que resultaría de la mayor lógica en el procedimiento de rectificación de descripción, superficie o linderos del art. 201, dada su concreta finalidad- tal circunstancia reconduciría el supuesto a la aplicación de las reglas de los arts. 9 y 199 LH, pero con la

dificultad de tener que combinar dos tramitaciones -la notarial del 201.1 y la registral del 199- similares en cuanto a las garantías que ofrecen. De ahí que el Centro Directivo entienda implícita, cuando se insta el procedimiento de rectificación de descripción, superficie o linderos del art. 201, la pretensión de inscripción de la representación gráfica, y suficiente a tales efectos la tramitación prevista en dicho artículo.

3.2. Por el contrario, en relación al supuesto del **artículo 202, párrafo segundo de la Ley, que obliga a la constancia en las escrituras de declaración de obra nueva** de la delimitación geográfica de la superficie ocupada por las construcciones o instalaciones que se declaren en el interior de la finca, la **Resolución de 8 de febrero de 2016** nos dice que ello “*no afecta propiamente al concepto ni al proceso de «coordinación geográfica» entre la finca registral y el inmueble catastral, ya que el atributo de «finca coordinada» o «finca no coordinada» se califica y predica respecto del contorno perimetral de la finca, es decir, su ubicación y delimitación geográfica*”, y no, por tanto, en relación únicamente a la porción ocupada por la construcción, única representación gráfica que -en principio- hay que aportar.

La constancia de la representación georreferenciada en el caso de las escrituras de obra nueva es sin embargo una cuestión que dista de estar exenta de dudas. Repasando las resoluciones dictadas por la DGRN podemos señalar en todo caso una serie de puntos:

a) En cuanto a las **obras “antiguas”**, hay que decir que, no distinguiendo la norma, tampoco lo ha hecho la DG en relación al procedimiento de inscripción de la obra nueva que en cada caso se siga, de entre los previstos en el art. 28 del TR de la Ley del Suelo, es decir, entre obras nuevas terminadas declaradas conforme al procedimiento del número 1 del artículo 28 o conforme al número 4 del mismo. También en las obras antiguas, por tanto, y a partir de la entrada en vigor de la reforma, el 1 de noviembre de 2015, es necesario aportar la representación geográfica. Así resulta expresamente de la **Resolución de 19 de febrero de 2016**.

b) Sin embargo, no es exigible la representación cuando se declare la **obra nueva en construcción**. Señala la **Resolución de 9 de mayo de 2016**, siguiendo lo ya indicado por las de 8 y 29 de febrero que “*dado que se trata de una exigencia legal*

referida a la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral de la finca (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria), sólo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada, momento en el que podrán determinarse efectivamente las coordenadas de la porción ocupada por la misma en dicha realidad extrarregistral”.

c) Tampoco es necesario aportar la representación georreferenciada cuando se declara una **nueva planta sobre planta baja ya inscrita** que no se modifica. Así nos lo indica la **Resolución de 23 de mayo de 2016**.

(...) si admitimos que al instarse tales procedimientos también se debe poder instar potestativamente la incorporación o inscripción de la representación gráfica (...) tal circunstancia reconduciría el supuesto a la aplicación de las reglas de los arts. 9 y 199 LH, pero con la dificultad de tener que combinar dos tramitaciones (...) similares en cuanto a las garantías que ofrecen.

d) Más complicada resulta, en el ámbito de la declaración de obra nueva, la cuestión referente a qué **superficie debe ser objeto de la representación georreferenciada y cuál es el modo de acreditarla**, asunto que ha experimentado una evolución interpretativa que no sabemos si puede darse por cerrada. De una parte, se ha planteado si es suficiente la representación gráfica de la porción ocupada o es necesaria también la correspondiente a la total finca; por otra, la DGRN se ha referido a la específica forma de acreditación de la representación gráfica de dicha superficie ocupada.

Como sabemos, el nuevo artículo 202 LH se limita a decir que “*la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica*”. Sin embargo, la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la DGRN en su apartado Octavo entendió que “*deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique*” dicha edificación.



Esta exigencia del Centro Directivo fue sin embargo matizada posteriormente en la **Resolución de 8 de febrero de 2016**, que, con las de 19 de febrero, 19 de abril y 9 de mayo del mismo año, sentaban una doctrina específica sobre la materia que resolvía las dos cuestiones antes señaladas de la siguiente manera:

1. por un lado, concretando esa necesidad de inscripción previa o simultánea de la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la total finca a aquellos casos en que el registrador pueda tener “dudas fundadas” de que la porción de suelo en cuestión se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir⁽¹⁶⁾. Limitando además a estos supuestos de inscripción de la representación geográfica de la finca el “procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados”.

2. por otro lado, entendiendo en relación a la forma de aportar la representación geográfica de la porción ocupada a que se refiere el artículo 202 LH que, frente a la regla general que obliga a aportar la representación gráfica en formato GML, “debe entenderse suficiente la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquélla”, entendiendo que dicha exigencia quedaba cumplida -en el caso concreto- “al constar representada dicha porción de suelo ocupada por la edificación en la certificación catastral descriptiva y gráfica que figura incorporada en la escritura. En estos casos, las coordenadas resultan por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación, quedando suficientemente satisfecha la exigencia del artículo 202 de la Ley Hipotecaria”⁽¹⁷⁾.

La novedad de la regulación y la concreta casuística asociada al genérico supuesto objeto de la misma han hecho que esta doctrina sea sin embargo reinterpretada en resoluciones posteriores, modificando el planteamiento expuesto en relación a cada uno de los dos puntos señalados:

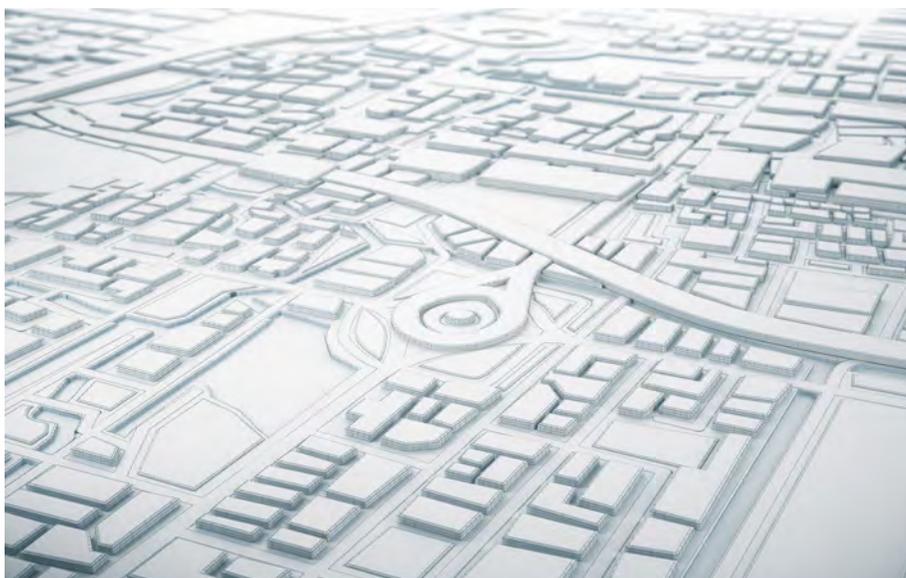
1. Así, respecto de la no necesidad de aportación de la representación georreferenciada de la total finca, la **Resolución de 5 de julio de 2016** (cuya doctrina reiteran las de **6 de septiembre y 7 de noviem-**

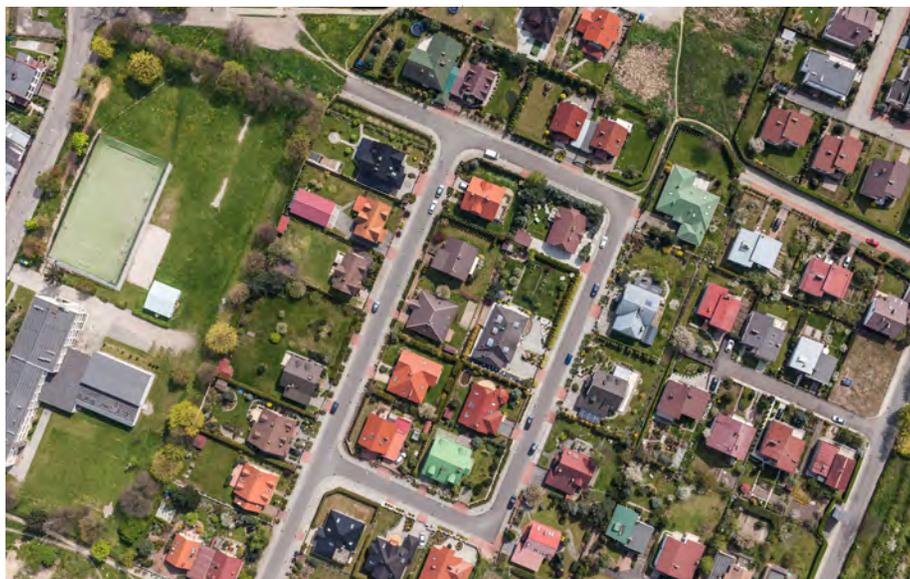
bre del mismo año) hace una precisión de especial importancia sobre todo en el caso de las obras “antiguas”. En el supuesto de hecho -ya reseñado al principio de estos comentarios- se trataba de una finca registral con dos referencias catastrales, una correspondiente a la mayor parte del terreno, rústico, y otra a una pequeña parte, urbana de 39 m², sobre la que existía una construcción de 19 m². La escritura hace declaración de dicha obra, e incorpora las dos certificaciones catastrales, se entiende que con sus correspondientes coordenadas.

Al parecer, la Registradora consulta la Sede Electrónica del Catastro y obtiene unas coordenadas de la **geometría del edificio** que no se corresponden con una superficie ocupada de 19 m², sino de 39,41 m², ligeramente superior incluso a la de la totalidad de la parcela. La DGRN entiende que ello impide la inscripción, y, lo que es más importante, señala como regla que el registrador no solo puede sino que incluso debe, de oficio, obtener de la propia sede del Catastro la geometría del edificio **cuan-**
do los interesados declaran una edificación coincidente con la que consta dada de alta en Catastro. Señala el Centro Directivo que “si la superficie ocupada por la edificación coincidiese con la superficie de la parcela (lo que no es el caso) (...) **si se podría entender cumplido el requisito legal de la georreferenciación** de la porción de suelo ocupada por la edificación, en los términos indicados por la Resolución de 8 de febrero de 2016”. Pero esta parece una conclusión precipitada a tenor de lo que luego señala en las Resoluciones de 6 de septiembre y 7

de noviembre de 2016, según las cuales no bastaría con efectuar una simple comparación aritmética para verificar que la medida de la superficie ocupada por la edificación no supere la medida de la superficie de la finca, sino que **es precisa una comparación geométrica espacial** acerca de dónde está efectivamente ubicada la porción ocupada por la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la finca. No se trata por tanto únicamente de que la construcción “quepa” en la finca⁽¹⁸⁾, sino de confirmar que está “dentro” de la finca: “El primer presupuesto y requisito conceptual es, obviamente, que tal edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la referida finca y no se extralimite de ella.(...) Pero cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas”.

Dicha interpretación no difiere, se nos dice, de la que resulta de las Resoluciones de 8 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo y 5 de julio de 2016, puesto que ya en las mismas se indica que “para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coorde-





nadas de la finca en que se ubique, tal y como ya contempló este Centro Directivo en el apartado octavo de su Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015”.

Con arreglo a estas resoluciones no quedaba determinado supuesto concreto alguno que por sí mismo pudiera justificar las dudas del registrador. Ahora la DG nos dice:

a. que para comprobar que la edificación está efectivamente ubicada en su integridad dentro de la referida finca es precisa una comparación geométrica, y

b. que esa comparación no es posible cuando no está inscrita la representación geográfica de la total finca.

La conclusión expuesta afecta también a la simplificación procedimental que las Resoluciones de 8 de febrero y 19 de abril habían permitido, puesto que, recordando los términos de las mismas, la DG señala: “Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara”.

La DG deja sin embargo abierta una puerta a la posibilidad de que el registrador

no exija la inscripción de la representación geográfica de la total finca, cuando señala: “Aun sin ella, hipotéticamente podría darse el caso de que, por otros datos descriptivos no georreferenciados el registrador, ya bajo su responsabilidad, alcanzara la certeza de que esa porción de suelo ocupado por las edificaciones se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir”⁽¹⁹⁾.

2. La Resolución de 5 de julio, por otra parte, parece dar un nuevo sentido también a la doctrina según la cual se considera suficiente la representación gráfica de la construcción sobre un plano georreferenciado. No se descarta dicha forma de acreditación (que, por el contrario, se reitera posteriormente en la Resolución de 7 de noviembre de 2016 y en la de 22 de febrero de 2017), pero señala la DGRN que “si la superficie ocupada por la edificación coincidiese con la superficie de la parcela (lo que no es el caso) o si de la propia certificación catastral y/o de los servicios que ofrece la Sede Electrónica del Catastro resultase la ubicación exacta de los 19 metros cuadrados de edificación en planta baja dentro de la parcela de 39 metros cuadrados, sí se podría entender cumplido el requisito legal de la georreferenciación de la porción de suelo ocupada por la edificación, en los términos indicados por la Resolución de 8 de febrero de 2016; pero lo cierto es que, en el presente caso, resulta imposible determinar la ubicación gráfica concreta de esos 19 metros cuadrados ocupados por la edificación”.

Se exige por tanto acreditar la **ubicación exacta de la superficie construida en planta baja dentro de la de la total parcela**. Lo cual, se nos dice, puede resultar:

- de la propia certificación catastral; o
- de la Sede Electrónica del Catastro.

Creo que hasta ahora todos entendíamos que la representación gráfica de la construcción en la cartografía catastral era exacta en cuanto a la ubicación de aquélla. Y que en base a esa creencia la Dirección General nos decía –y nos dice– que “será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, **aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquélla**. En estos casos, las coordenadas podrán resultar por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación, quedando suficientemente satisfecha la exigencia del artículo 202 de la Ley Hipotecaria”. Cabe preguntarse por tanto, no siendo necesario como se nos dice que se especifiquen las coordenadas concretas de la construcción, qué sentido tiene la exigencia que plantea la Resolución de 5 de julio de que la certificación catastral acredite “la ubicación exacta de los 19 metros cuadrados de edificación en planta baja dentro de la parcela de 39 metros cuadrados”.

La cuestión hay que ponerla en relación con lo señalado en la **Resolución de 22 de febrero de 2017**, que introduce un condicionante nuevo a la utilización de este sistema de “representación gráfica de la porción ocupada sobre un plano georreferenciado”, al añadir que “en este caso el **formato** aportado deberá permitir la remisión de la información al Catastro en los términos previstos en el punto sexto de la citada Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015”. Dicho punto sexto, a pesar de titularse “Requisitos técnicos del suministro de información en otros supuestos de alteración de los inmuebles”, no contiene otra llamada a la técnica que la necesidad de que esa remisión sea telemática, cuestión afectante al registrador y que no parece deba guardar relación con el formato en que conste la representación gráfica, más aún una vez la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 excluyó la necesidad de que esta fuera en formato GML. En el resto de dicho punto, la Resolución Conjunta se refiere a datos del título en que se formaliza la alteración, y finca a la que afecta, incluyendo,

por lo que ahora nos interesa, los relativos a la localización y superficie del inmueble, así como, específicamente en los casos de obras nuevas, **las coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por las mismas**. Inmediatamente a continuación de señalar la necesidad de utilizar el formato adecuado, la Resolución de 22 de febrero nos dice que *“asimismo debe recordarse que en el caso de edificaciones cuya geometría conste previamente en la cartografía catastral, el registrador podrá tomar las coordenadas directamente de la Sede Electrónica del Catastro utilizando el servicio habilitado para ello”*, mención esta que no entendemos que altere la obligación que el registrador tiene de realizar la comprobación de dichas coordenadas de oficio, como antes veíamos, sino que simplemente menciona las “ventajas” de que tal representación sobre plano georreferenciado sea la propia certificación catastral.

La cuestión hay que ponerla en relación con lo señalado en la Resolución de 22 de febrero de 2017, que introduce un condicionante nuevo a la utilización de este sistema de “representación gráfica de la porción ocupada sobre un plano georreferenciado”, al añadir que *“en este caso el formato aportado deberá permitir la remisión de la información al Catastro en los términos previstos en el punto sexto de la citada Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015”*.

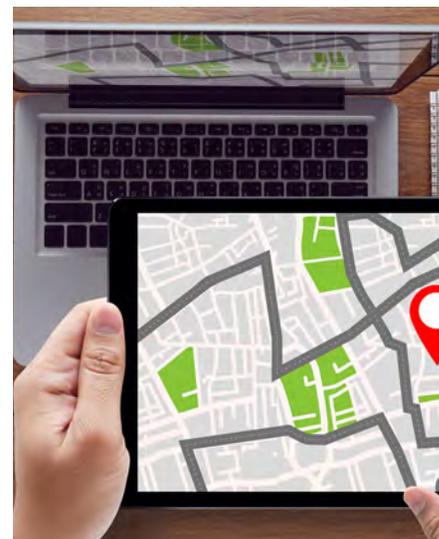
De todo lo cual parece deducirse, más que un nuevo sentido de la doctrina expuesta, una cierta “marcha atrás” en la misma. Diríase que la admisibilidad de la representación gráfica de la construcción sobre un plano georreferenciado se sigue admitiendo porque, o bien resulta de la misma la ubicación exacta de dicha construcción -lo cual exige que figuren sus concretas coordenadas- o bien porque, *“aunque no se especifiquen”* estas, *“podrán resultar por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación”*, lo que ocurrirá en el caso de certificación catastral. Ahora bien, en este caso dicha acreditación “por referencia” lo será a modo de mera presunción inicial, puesto que el registrador

deberá, de oficio, obtener de la propia sede del Catastro la geometría del edificio; y si, como en el caso de la Resolución de 5 de julio de 2016, ello no es posible, *“tales coordenadas habrán de ser aportadas al Registro por el interesado”*.

En todo caso, ¿es posible con arreglo a este sistema una representación gráfica de la superficie ocupada por la construcción que no derive de la certificación catastral? La acreditación por referencia o en relación a las coordenadas del plano o finca sobre el que se representa la edificación, posibilidad que resulta de todas las resoluciones citadas, no limita el supuesto, en principio, a la certificación catastral. Por otra parte, las prevenciones que resultan de la resolución de 5 de julio de 2016 sobre comprobación de la geometría del edificio por el registrador se concretan al caso en que *“los interesados declaran una edificación coincidente con la que consta dada de alta en Catastro”*. Atendiendo a ello podríamos precisar mejor la pregunta:

a. ¿es posible utilizar este sistema cuando se trate de una construcción que no consta todavía en el Catastro? Ello permitiría que una representación gráfica de dicha porción de suelo ocupada, hecha por el técnico correspondiente sobre el plano georreferenciado resultante de la certificación catastral de la parcela, cumpliera con la exigencia normativa, *“aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquélla”*. Sin embargo, los requisitos de *“acreditación de la ubicación exacta de la superficie construida en planta baja”* (Resolución de 5 de julio de 2016) y de aportación de dicha representación en un formato *“que permita la remisión de la información al Catastro en los términos previstos en el punto sexto de la citada Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015”* (Resolución de 22 de febrero de 2017), atendido el contenido visto de dicho punto, parecen reconducir a la necesidad en estos casos de que se aporten las coordenadas georreferenciadas de la porción ocupada, sin que sea posible deducirlas “por referencia” a las del plano, en contra de lo que hasta la resolución de julio parecía entenderse.

b. ¿qué ocurre cuándo la construcción que se declara no coincide con la que consta en el Catastro? La comprobación por parte del Registrador habrá de darse, conforme a la doctrina de la DGRN, siempre que haya coincidencia, y así ocurrirá,



obviamente, en las declaraciones de obras antiguas si se utiliza la propia certificación catastral como documento acreditativo de la antigüedad y descripción básica de la construcción. Sin embargo, cuando no se aprecie tal coincidencia (por ejemplo, porque lo que consta en el Catastro es una construcción inicial, luego ampliada), debería ser bastante, también en este caso, una representación gráfica de la porción de suelo ocupada, hecha por el técnico sobre el plano georreferenciado resultante de la certificación catastral, sin que pueda exigirse al registrador una comprobación que, no dándose esa coincidencia, es por su propia naturaleza imposible. Ello sin perjuicio de que, conforme a lo señalado anteriormente, parezca necesaria la constancia de las coordenadas georreferenciadas de la porción ocupada.

Por lo demás, el diferente régimen relativo a la constancia registral de la representación georreferenciada en el caso de las declaraciones de obra nueva se relaciona con la explícita desvinculación que como veíamos hace el Centro Directivo de la representación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación y el concepto de coordinación que se desarrolla en la Ley 18/2015, razón por la que *“con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas”*

fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara”. De ahí que cuando pueda aportarse únicamente la representación gráfica de la porción ocupada por la construcción, su inscripción no provocará la extensión que el nuevo artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria hace del principio de legitimación del artículo 38, condicionada a la mencionada coordinación. No obstante, cuando en razón a las dudas fundadas del registrador acerca de la ubicación de la construcción declarada en la total finca sea necesario aportar la representación geográfica de esta (de su “contorno perimetral, es decir, su ubicación y delimitación geográfica”), caso en el que además sí será necesario seguir ese “procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados”, parece que la conclusión lógica es entender que sí se dará la coordinación y los efectos asociados a la misma. Existe por otra parte un supuesto especial constituido por los **elementos de un edificio en régimen de propiedad horizontal**. La antes citada Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 señala en el número 2 de su Apartado Octavo que “podrá hacerse constar en el folio real de cada elemento de un régimen de propiedad horizontal su respectiva representación gráfica tomada del proyecto incorporado al libro del edificio. Para ello el registrador extraerá del proyecto el plano en planta de cada elemento, y, con asignación del correspondiente código de finca registral, firmará electrónicamente el archivo a que se refiere el apartado tercero de esta resolución-circular, y cuyo Código seguro de verificación (CSV) se hará constar en el folio real”. Se habla por tanto de plano, algo muy distinto de una representación georreferenciada, y que además no tiene su equivalente en el Catastro (donde al elemento de una división horizontal se le asigna una referencia catastral pero no una representación gráfica), por lo que no puede darse la coordinación prevista en la ley, de lo que hay que deducir que el acceso de dicha forma de representación gráfica, sin perjuicio de los saludables efectos identificativos que pueda tener, no queda en ningún caso sujeta al régimen de requisitos y efectos que estudiamos.

Esta idea viene confirmada por la **Resolución de 22 de julio de 2016**, relativa a un supuesto en el que se pretende la inscripción de una representación gráfica de una plaza de aparcamiento. La DGRN rechaza tal pretensión, no solo porque lo que se aporta

es una certificación catastral descriptiva y gráfica del solar en que se ubica el edificio –“vacía de contenido” por tanto, en los términos de la Resolución- sino porque “no es admisible, a efectos de la constancia registral de la representación gráfica, la correspondiente a un elemento en régimen de propiedad horizontal individualmente considerado. Dicha inscripción de representación gráfica de los elementos individuales del régimen de propiedad horizontal sólo se contempla en la Ley Hipotecaria en los casos de inscripción de una obra nueva, en los que tal representación se integre junto con la de todos los elementos del régimen en el libro del edificio, según prevé el artículo 202 de la Ley Hipotecaria in fine”. a DGRN se remite al respecto a lo dicho en la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015, sin mencionar la cuestión relativa a los concretos efectos jurídicos de esa particular constancia registral de la representación gráfica de los pisos y locales de un edificio en propiedad horizontal. Las razones para entender aquí que en ningún caso la misma puede afectar al concepto ni al proceso de «coordinación geográfica» que se regula en la ley son –aquí si cabe con mayor peso, dada la particularidad de dicha forma de representación- las mismas que las que se señalan en relación a las obras nuevas cuando no se aporte la representación gráfica de la total parcela, y que acabamos de comentar⁽²⁰⁾.

Publicidad registral de la representación gráfica

Corolario de la importancia de los efectos que la ley atribuye a la coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad es la previsión de que la publicidad registral deje constancia de la misma, y de ahí que el esquema legalmente diseñado se complete con lo previsto al respecto en el art. 10.4 LH, conforme al cual “**en toda forma de publicidad registral habrá de expresarse, además de la referencia catastral que corresponda a la finca, si está o no coordinada gráficamente con el Catastro a una fecha determinada**”.

Aunque el art. 199.1 LH, en su último párrafo, insiste en esta cuestión, ordenando que la situación de coordinación que se hubiere alcanzado en su caso se refleje en la publicidad formal de la finca, la norma general del art 10.4 no distingue entre fincas en relación a las cuales se haya instado un procedimiento de coordinación y aquellas respecto de las que no hubiere habido procedimiento alguno. Ello lleva a enten-

der que la existencia o no de coordinación siempre habrá de constar en la publicidad registral de la finca, en concordancia con el lógico interés de quien la solicita en conocer el alcance del principio de legitimación respecto de la misma.

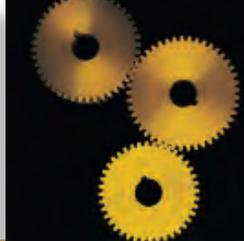
Esta norma se complementa por lo que se refiere a la publicidad de la **representación gráfica** de la finca con las reglas que resultan del último párrafo del art. 9, letra b) LH:

Corolario de la importancia de los efectos que la ley atribuye a la coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad es la previsión de que la publicidad registral deje constancia de la misma, y de ahí que el esquema legalmente diseñado se complete con lo previsto al respecto en el art. 10.4 LH.

1. Los Registradores de la Propiedad no expedirán más publicidad gráfica que la que resulte de la **representación gráfica catastral**.

2. **No podrá** ser objeto de publicidad la información gráfica contenida en la **aplicación informática** a que se refiere el mismo art. 9 como “*elemento auxiliar de calificación*”. No obstante lo así dispuesto, la Resolución-Circular de 3 de noviembre sí que autoriza –haciendo constar su archivo registral anterior al 1 de noviembre de 2015- la publicidad de los recintos geográficos correspondientes a las representaciones gráficas de las fincas aportadas en los casos de inmatriculación, expropiación, reparcelación, concentración parcelaria y otros supuestos en que las mismas hubieren sido aportadas conforme a la correspondiente normativa sectorial⁽²¹⁾.

3. Como veíamos más arriba, en los supuestos en los que la ley admite **otra representación gráfica georreferenciada alternativa**, ésta podrá ser objeto de publicidad registral hasta el momento en que el Registrador haga constar que la finca ha quedado coordinada gráficamente, pero haciendo constar el hecho de no haber sido validada la representación gráfica por el



Catastro (esta misma limitación viene confirmada en el art. 199.2)

4. Asimismo, podrá ser objeto de publicidad registral la información procedente de otras bases de datos, relativa a las fincas cuya representación gráfica catastral haya quedado o vaya a quedar incorporada al folio real. Norma un tanto confusa, por las referencias genéricas al concepto “información” y a esas “otras bases de datos”, pero que no parece que pueda contradecir en ningún caso las reglas anteriores.

(1) La necesidad de que la representación de la finca o parcela, sea descriptiva o gráfica, se ajuste a la realidad física viene reconocida en los respectivos textos reguladores, bastando ahora señalar:

- Que ya el mismo artículo 3 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (LCI) incluye como elementos configuradores de la descripción catastral de los inmuebles “sus características físicas, (...) localización (...) superficie, (...) o representación gráfica”.

- De la misma manera que en el art. 9 de la Ley Hipotecaria (LH) se decía que “en toda inscripción deberán constar la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción”, como elementos -se añade en esta reforma- de su “situación física detallada”.

(2) Para el editorial de la revista “Registradores de España”, número 72, abril-junio de 2015, lo relevante “es que la descripción contenida en los libros y asientos registrales sea adecuadamente representada de modo gráfico por el registrador”, en definitiva: “el conocimiento de la situación georreferenciada de la finca registral, con independencia de su correspondencia o no con la parcela catastral”.

(3) Artículo 11 TRLCI: Obligatoriedad de la incorporación y tipos de procedimientos “1. La incorporación de los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como de las alteraciones de sus características, que conllevará, en su caso, la asignación de valor catastral, es obligatoria y podrá extenderse a la modificación de cuantos datos sean necesarios para que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad”.

(4) En relación a la situación previa a la reforma, exponíamos en un artículo en el número 3/2015 de “La Notaría” el origen de la regla 1ª contenida en el anterior art. 9 LH, y nuestra opinión sobre su co-

recta interpretación. Esta había sido largo tiempo discutida, ciertamente. Una interpretación extendida en la práctica registral venía distinguiendo, con arreglo a dicha norma, dos supuestos diferentes: de una parte, el de sus dos primeros párrafos, que consiste en un simple archivo de la base gráfica o plano catastral, urbanístico o topográfico, archivo del que simplemente se extendía una nota marginal, de eficacia puramente informativa; de otra parte, el del último párrafo de ese mismo artículo, en el cual se producía una auténtica inscripción gráfica de ese plano o base gráfica, dejando constancia el registrador de la concordancia entre la descripción literaria de la finca y su representación gráfica, mediante una suerte de calificación o “validación” registral de oficio de la base gráfica. Vease al respecto J.M. GARCÍA en nota a pie de página 110, comentario al art. 9 LH, en “Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil”, Tomo I, Cívitas, Octava Edición.

Sin embargo, Juan María DÍAZ FRAILE (“Exégesis de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria, en materia de inscripción de representaciones gráficas”, Boletín del Colegio de Registradores nº 23, 2015, pag. 862 y 881-882) interpreta la norma, con apoyo en citas jurisprudenciales, de modo diferente, señalando que si bien las aplicaciones informáticas registrales no estaban diseñadas para generar descripciones de fincas amparadas en las presunciones de exactitud del art. 38 LH, sí tenían –y tienen– tal valor sustantivo las notas marginales extendidas por el registrador conforme al párrafo segundo del antiguo art. 9, regla 1ª, LH, en tanto que su objeto es el archivo de una base gráfica que, previa verificación de su correspondencia con la finca registral, completa la descripción de la misma.

Como vemos, no se trataba de una cuestión pacífica, y ello ya se había puesto de manifiesto en la Asamblea de Registradores celebrada en Zaragoza en 2013, en la cual el ponente oficial, Joaquín Delgado Ramos, advertía del insuficiente apoyo normativo de la pretensión de atribuir efectos frente a terceros a una delimitación de la finca como acto unilateral y sin posible intervención de tales terceros, por muy alto que fuera el grado de precisión de la técnica empleada; entendiéndose que en ningún caso debería practicarse un asiento registral si no existía previa rogación del propietario, y señalando en definitiva que “el resultado de las necesarias y utilísimas investigaciones de oficio que el registrador debe llevar a cabo para

el mejor conocimiento y gestión del contenido de su archivo registral, debe tener su constancia en herramientas o aplicaciones auxiliares, pero no mediante asiento alguno en el folio real de la finca con pretensiones de efectos jurídicos frente a terceros”.

Como resumen de lo expuesto, el ponente proponía a la Asamblea, dentro de las conclusiones a aprobar por la misma, la siguiente: “La identificación geográfica de la finca debe ser objeto de rogación, calificación, decisión motivada, constancia formal en el folio real y firma por el registrador, y posterior publicidad formal, produciendo los efectos jurídicos propios de los pronunciamientos registrales, y de los que carecen las simples, aunque muy convenientes, identificaciones de oficio que en todo caso debería procurar el registrador”.

La propuesta fue aprobada por la Asamblea casi en su literalidad, pero la última frase, reconociendo la ineficacia legitimadora de las identificaciones o “validaciones” de oficio que se venían llevando a cabo en la práctica, fue sin embargo suprimida, constatándose en una posterior conclusión, eso sí, “la necesidad de regular con mayor claridad y garantías los procedimientos para la identificación geográfica y deslinde de fincas registrales inscritas”. Esto es lo que el legislador realiza con la reforma introducida en la Ley 13/2015,, resolviendo así –en principio– las dudas anteriores.

(5) Señala la norma que “la representación gráfica alternativa habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral.

Si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral.

Dicha representación gráfica deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral”.

(6) Como decíamos más arriba y comentábamos ya en otro número de esta revista (nº 3/2015), de aquí se deriva un matiz importante respecto de lo previsto en el artículo 199 de la Ley, que permite instar el procedimiento que el mismo regula no sólo al propietario sino al titular de cualquier derecho real sobre la finca. Queda la duda de si en estas resoluciones se ha omitido a este último por olvido, o voluntariamente por entender que solo el propietario de la finca puede utilizar la representación gráfica alternativa, debiendo el titular del derecho real utilizar

forzosamente la certificación catastral descriptiva y gráfica (lo que limitaría la utilidad del procedimiento para el mismo al supuesto de que la representación gráfica de dicha certificación catastral correspondiera efectivamente con la realidad física).

La Resolución-Circular de 3 de noviembre no resuelve dicha cuestión, puesto que lo único que exige para iniciar el procedimiento del artículo 199 es que conste la solicitud del presentante o interesado, sin indicar la naturaleza del derecho de éste.

Por lo demás, la “resolución conjunta” añade el supuesto de aprobación de la representación gráfica por la autoridad judicial o administrativa que haya tramitado y resuelto el procedimiento pertinente, en referencia a los de concentración parcelaria, transformación o equidistribución urbanística, expropiación forzosa o deslinde administrativo a que alude luego en su número 3.

- (7) Estos requisitos se amplían en el punto 2, para el caso de representación gráfica suscrita por técnico competente, mediante determinar la necesaria utilización del sistema geodésico de representación de la cartografía catastral, empleando las coordenadas UTM, y respetando los márgenes de tolerancia admisibles en la precisión métrica que la resolución señala. Es importante destacar que en caso de fincas discontinuas es necesaria una representación gráfica de cada una de las porciones que la compongan, y también que en todo caso se deben incluir en la representación gráfica no sólo la o las parcelas que correspondan a la finca objeto de inscripción, sino también las parcelas catastrales o bienes de dominio público colindantes cuando resulten afectados.
- (8) A estos dos supuestos, y conforme a lo antes indicado en relación a la representación gráfica contenida en un expediente de concentración parcelaria, transformación o equidistribución urbanística, expropiación forzosa o deslinde administrativo, la “resolución conjunta” añade un tercer posible modo, cuando se trate del acceso de aquélla al Registro:
 - c) la aprobación de la misma por la autoridad competente en cada uno de dichos expedientes, supuestos en que no se exigen algunos de los requisitos técnicos que se incluyen en el punto 1;
- (9) Ciertamente, y por lo que se refiere a la inscripción en el Registro, resulta una auténtica novedad que la representación gráfica, “aportada y aprobada expresa-

mente por el propietario de la finca”, conste en un fichero informático “firmado electrónicamente, en su caso, por el técnico que lo haya elaborado, y autenticado con firma electrónica o por otros medios fehacientes por el propietario”, no se sabe si dando así o pretendiendo dar a ese fichero informático la condición de título a los efectos del artículo 112 de la Ley 24/2001. Se diría que con la exigencia del fichero informático la “resolución conjunta” permite el acceso registral del documento a través de un formato que no solo no parece estar previsto legalmente sino que no pasa de ser, aun en forma de fichero informático firmado electrónicamente, un documento privado. No parece que la mera validación de dicho fichero por el Catastro confiera al mismo la condición de “documento auténtico expedido por el Gobierno o sus agentes” a los efectos de lo previsto en el art. 3 LH.

Lo cierto es que en la Resolución de de 22 de abril de 2016 la DGRN admite la inscripción de un representación geográfica que se acompaña a una manifestación de herencia en instancia privada, y en la Resolución de 22 de julio de 2016 la pretensión de inscripción de la representación geográfica, como acto específico, mediante instancia privada con firma legitimada notarialmente no es rechazada por la DGRN por dicha circunstancia –que el Registrador tampoco plantea como defecto en su calificación- sino por razones distintas.

- (10) Tercero: Modo material de inscribir e incorporar al folio real la representación georreferenciada de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices
 - a) La inscripción de la representación georreferenciada de la finca, cuando así proceda tras la calificación registral, se practicará del siguiente modo:
 - Una vez obtenida la representación, a partir de certificación catastral descriptiva y gráfica presentada o de la representación alternativa, con su previa validación técnica catastral, o, a falta de tal validación técnica, del archivo electrónico con formato GML y contenido previsto en la Resolución conjunta, el registrador extraerá las coordenadas de los vértices de la finca y le adicionará como metadatos la identificación del asiento de presentación y el código de finca registral, generando un archivo electrónico, también en formato GML, que firmará con su certificado reconocido de firma electrónica.

En el acta de inscripción en el folio real el registrador incluirá la expresión formal de que inscribe la representación gráfica y lista de coordenadas que constan en el

referido archivo electrónico con indicación del Código Seguro de Verificación (CSV) del mismo, generado en el anterior procedimiento de firma, con el fin de relacionar la descripción de la finca contenida en el folio real con la representación gráfica incorporada al archivo GML firmado por el registrador.

Dicho archivo se almacenará en los servidores locales del Registro y también se remitirá, junto a su código seguro de verificación, al correspondiente portal de servicios registrales geográficos del Colegio de Registradores, el cual velará para que el almacenamiento de dichos archivos electrónicos centralizados se ajuste a los requisitos del Esquema Nacional de Seguridad.

– El Colegio de Registradores pondrá a disposición de sus colegiados los medios técnicos necesarios para el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente.

b) Excepcionalmente, en aquellos registros de la propiedad en que a fecha 1 de noviembre de 2015 no se disponga de medios técnicos para el cumplimiento de lo dispuesto en la letra a) de este apartado, si el registrador califica favorablemente la representación geográfica y lista de coordenadas correspondientes a una determinada finca, generará un archivo electrónico en formato PDF que las contenga junto con el Código de Finca Registral, que firmará con su certificado reconocido de firma electrónica, y en el acta de inscripción hará constar que inscribe la representación gráfica y lista de coordenadas que constan en el referido archivo, expresando su código seguro de verificación.

- (11) La “Nota aclaratoria a la Ley 13/2015” remitida por el Consejo General del Notariado el día 22 de diciembre de 2015 nos esquematizaba el íter cronológico del otorgamiento e inscripción de un documento notarial que contenga una representación gráfica alternativa.
 1. el interesado aporta al notario un certificado técnico conteniendo la representación gráfica georreferenciada.
 2. si dicho certificado reseña el oportuno Código Seguro de Verificación (CSV) que confirma la validación por el Catastro, el notario dejará constancia del mismo en la escritura.
 3. si por el contrario el certificado técnico -y con él la representación gráfica- no ha sido validado por el Catastro, el notario deberá pedir que le sea remitido el fichero GML para hacer dicha validación conforme al procedimiento habilitado al efecto, incorporando a la escritura el CSV que se obtenga, o, caso de no estar ope-



rativa todavía dicha opción, el justificante de validación.

4. el notario expide la correspondiente copia autorizada, electrónica o en papel, a solicitud del interesado, que se presenta en el Registro de la Propiedad.

5. Llegado el momento de inscribir la representación gráfica en cuestión, atendiendo a lo previsto en la “resolución conjunta”, el registrador debería comprobar que la representación gráfica se contiene en el fichero informático previsto en dicha “resolución conjunta”, cosa que en el íter descrito no se daría, puesto que lo que tendrá el registrador es únicamente un justificante de que los datos de la representación gráfica aportada han sido validados por el Catastro.

- (12) DÍAZ FRAILE (p. 867 del citado trabajo) critica la opción adoptada por el Centro Directivo, por cuanto supone “externalizar” del folio real la representación gráfica -que es parte del contenido de los asientos registrales según el art. 9 b LH-, sin una aparente base legal suficiente para ello. Sobre todo si la representación gráfica ha de quedar alojada en la aplicación informática prevista en la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2015, que tiene la consideración de mero “elemento auxiliar de calificación”. A su juicio, resulta más adecuada la constancia de los datos de las coordenadas que delimitan el recinto gráfico de la finca en el cuerpo de la inscripción, sin perjuicio de su constancia, a su vez, en un archivo informático firmado electrónicamente, vinculado con el folio real a través del CSV que se haría constar en éste.
- (13) El código registral único, al que se refiere el art. 9.a LH, viene a ser el anterior IDUFIR (“Identificador Único de Finca Registral”) que el correspondiente programa de los Registradores de la Propiedad asignaba a cada finca, a modo de “DNI”, al tiempo de practicar un asiento así como al expedir cualquier tipo de publicidad registral. Este “Codigo Registral Único” o CRU se hace constar desde la entrada en vigor de la ley necesariamente en el folio real de cada finca, y se traslada también al Catastro cuando se produce la coordinación en base a una certificación catastral, según establece el art. 10 LH. De hecho, la pretensión es que se convierta poco a poco en el nuevo primer elemento de identificación de la finca registral, hasta el punto de que conforme a la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015, a las nuevas fincas registrales (resultantes por ejemplo de inmatriculación, división o segregación) sólo se les asignará el CRU, y no el número de finca o subfinca particular

dentro de cada registro, término municipal y sección que procedía conforme a la normativa reglamentaria anterior. Esta pretensión viene confirmada en la RD-GRN de 2 de septiembre de 2016, que señala no obstante que si se trata de fincas ya existentes a las que se les asigne el código registral único, al objeto de asegurar una debida identificación de la finca registral, deberá hacerse referencia tanto en la nota de despacho del documento, como en la publicidad formal, incluida la que haya de proporcionarse a los notarios con ocasión de la autorización de alguna escritura (cfr. artículo 354 a) del Reglamento Hipotecario), tanto al código registral único, como como al número de finca registral tradicional.

- (14) “3. La Dirección General del Catastro podrá rectificar de oficio la información contenida en la base de datos catastral cuando la rectificación se derive de uno de los procedimientos de coordinación con el Registro de la Propiedad a los que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, en los que se hayan utilizado otros medios distintos de la cartografía catastral para la descripción gráfica de las fincas.
A tal efecto, una vez tramitado el correspondiente procedimiento de conformidad con la normativa hipotecaria, el Registrador informará a la Dirección General del Catastro sobre la rectificación realizada, por medios electrónicos y en el plazo máximo de cinco días desde la inscripción. Una vez validada técnicamente por la citada Dirección General se incorporará la correspondiente rectificación en el Catastro. La Dirección General del Catastro comunicará la incorporación al Registro de la Propiedad junto con la certificación descriptiva y gráfica actualizada, para que éste haga constar la circunstancia de la coordinación e incorpore al folio real la nueva representación gráfica de la misma.
A través de este procedimiento no procederá incorporar al Catastro Inmobiliario ninguna alteración catastral que deba ser objeto de alguno de los procedimientos de comunicación regulados en el artículo 14”.
- (15) Disposición Final Cuarta:
“A los efectos de la aplicación de la presunción a que se refiere el apartado 5 del artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no se considerará suficiente la comprobación o validación que se hubiera realizado por los Registradores, conforme al segundo inciso de la regla 1.ª del apartado Cinco del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, a los solos efectos de hacer constar la referencia catastral al margen de la inscripción de la finca”

Dicho artículo disponía:

“Cinco. En todo caso, el titular registral podrá solicitar la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación específica conforme a las siguientes reglas:

1.ª Si aporta certificación catastral que describa la finca en los mismos términos de denominación, situación y superficie, que los que figuran en el Registro se hará constar la referencia catastral por nota al margen del asiento y al pie del título. Lo mismo procederá si, coincidiendo la descripción y situación, la diferencia de superficie es inferior al 10 por 100 de la reflejada en el Registro o cuando habiendo diferencia en el nombre o número de la calle, se justifica debidamente la identidad”.

Esta disposición fue duramente criticada en el antes comentado editorial de la revista “Registradores de España” (vid. nota 3), que alude a una posible infracción de los principios de tutela judicial efectiva (al estar los asientos registrales bajo la salvaguarda de los tribunales) y de proscripción de la retroactividad de las normas no favorables. Asumir tales argumentaciones requeriría, sin embargo, admitir que el principio de legitimación del art. 38 LH se extendía -ya antes de esta reforma- a los datos físicos de la finca reflejados en el folio registral, premisa que, sin perjuicio de haber interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales contradictorias, y como por otro lado el propio editorial reconoce, no parece compartir el legislador dada la interpretación que ahora se efectúa de dicha norma.

- (16) Parecía claro, pues, como señalaba Fermín MORENO AYGUADÉ en un trabajo publicado en la web “notariosyregistradores.com”, que no era “de general exigibilidad la georreferencia de la finca en su conjunto; la duda debe existir y debe fundarse, no basta invocarla sin más ni es dado utilizar fórmulas del tipo “para evitar cualquier duda que pudiera existir” u otras de naturaleza similar.
- (17) Más extensamente, dice la Resolución de 8 de febrero que “la reforma de la Ley Hipotecaria operada en virtud de la Ley 13/2015, y en particular, el nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria, resulta más explícito, y proclama, de manera clara, general y sin excepciones, que «la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica».
Por su parte, la Resolución de 26 de octubre de 2015 dictada conjuntamente por esta Dirección General y por la Dirección General del Catastro en cumplimiento del

mandato legal contenido en el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, establece imperativamente, en su apartado séptimo que «en el caso de inscripción de edificaciones o instalaciones, habrá de remitirse también» (por los registradores al Catastro) «las coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por las mismas». En consecuencia, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique, tal y como ya contempló este centro directivo en el apartado octavo de su Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la ley hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

5. (...) desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la Resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada Resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de

aquella. En estos casos, dichas coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación resultarán por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación, quedando suficientemente satisfecha la exigencia del artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Y, desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, tampoco requiere con carácter general que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, tal y como se ha expresado en el anterior fundamento jurídico.

Y por último, no ha de olvidarse que la obligada georreferenciación de la superficie de suelo ocupada por cualquier edificación, aun cuando habrá de ser preceptivamente comunicada por los registradores al Catastro en cumplimiento de la citada Resolución conjunta, tampoco afecta propiamente al concepto ni al proceso de «coordinación geográfica» entre la finca registral y el inmueble catastral, ya que el atributo de «finca coordinada» o «finca no coordinada» se califica y predica respecto del contorno perimetral de la finca, es decir, su ubicación y delimitación geográfica, con independencia de los elementos físicos que puedan materialmente estar ubicados en el interior de la finca así delimitada, y por supuesto, con independencia también de las titularidades jurídicas que recaigan sobre ella.”

- (18) Frente a lo que era la doctrina anterior del Centro Directivo, como razonablemente argumenta la notario recurrente en la Resolución de 6 de septiembre
- (19) En el supuesto resuelto, sin embargo, señala la DG que, “no estando debidamente fundadas las dudas que justifiquen la necesidad de previa georreferenciación de la parcela, este defecto señalado en la nota de calificación ha de ser revocado. Además, la representación gráfica georreferenciada catastral de la parcela figura incorporada en la documentación aportada al registro, lo que haría inexistente el defecto”.
- (20) Esta interpretación ya había sido asumida por la Comisión del Colegio de Registradores para la interpretación de la Ley 13/2015, según nos indica Juan María DÍAZ FRAILE en la pag. 890 del trabajo citado en nota ut supra. Para dicha Comisión, “el art. 202 de la LH establece que, cuando se deposite un Libro del Edificio, se inscribirá en el folio de cada departamento la representación gráfica del mismo contenido en el proyecto. Ahora bien, dicha representación gráfica no es georreferenciada sino el plano del piso o local confeccionado por el técnico redactor del proyecto. Por tanto, la inscripción de esta representación gráfica no quedará sujeta a los requisitos de los arts. 9, 10 y 199 de la LH, entre otras cosas, porque no existe representación gráfica catastral de dichos departamentos”. Frente a dicha opinión, DIAZ FRAILE señalaba en el trabajo citado que el hecho de que el artículo 199 establezca que “No será precisa la notificación a los titulares registrales de las fincas colindantes cuando se trate de pisos, locales u otros elementos situados en fincas divididas en régimen de propiedad horizontal” supone “que el sistema de inscripción de representaciones gráficas también se extiende a las obras nuevas y a los pisos y locales de una propiedad horizontal o complejo inmobiliario, y que por tanto no se limita a identificar porciones de suelo o territorio”, y que ello resulta confirmado por la Resolución-Circular de 3 de noviembre. En mi opinión, dicho párrafo no es sino una confirmación –ciertamente innecesaria- de lo que señala el párrafo anterior al decir que “cuando las fincas colindantes estén divididas en régimen de propiedad horizontal, la notificación se realizará al representante de la comunidad de propietarios”.
- (21) Insistiendo al mismo tiempo en la imposibilidad de publicidad de cualquier otra representación gráfica obrante en dicha aplicación informática “en virtud de simples validaciones o identificaciones geográficas de oficio”, y del valor meramente auxiliar de las mismas. Insistiendo al mismo tiempo en la imposibilidad de publicidad de cualquier otra representación gráfica obrante en dicha aplicación informática “en virtud de simples validaciones o identificaciones geográficas de oficio”, y del valor meramente auxiliar de las mismas.

Sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde febrero de 2016 a septiembre de 2017

Redacción Lefebvre-El Derecho

CONTRATO DE SWAP

Declaración de nulidad del contrato de permuta financiera ante la falta de información al cliente, ya que el error sufrido se califica de excusable

Ref. EDE: 2017/96196, STS Sala 1ª de 7 julio 2017, rec. 3053/2014. Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Contrato de swap. Nulidad por error en el consentimiento. Falta de información. El TS declara nulo el contrato de swap, por error excusable en el consentimiento, cuando la entidad financiera incumple el deber de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados. Debe retrotraerse el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y deshacer los efectos del producto desde la formalización (FJ 11 y 12).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se instaba la nulidad del contrato de permuta financiera. La Audiencia desestimó el recurso de apelación y confirmó el pronunciamiento de la anterior instancia. El TS estima el recurso de casación acordando la nulidad del contrato de permuta financiera.

Acción de nulidad de contrato de swap por error vicio causado por el incumplimiento por el banco de sus deberes de información al cliente

Ref. EDE: 2016/68569, STS Sala 1ª de 19 mayo 2016, rec. 452/2013. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Contrato de swap. Nulidad por error vicio. Deber de información. El TS declara la nulidad del contrato de swap por error

vicio cuando la entidad bancaria no oferta el producto acorde al perfil y necesidades del cliente, ni suministra información clara, imparcial y no engañosa sobre las características del contrato y los riesgos reales asociados (FJ 5).

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad del contrato sobre operaciones financieras, su anexo, y las liquidaciones que se practicaron en su virtud. El banco apeló la sentencia, y la Audiencia Provincial estimó el recurso al considerar que el error no era excusable, pues el legal representante de la empresa había firmado el contrato sin entenderlo, el contrato contenía un aviso sobre los riesgos de la operación y una referencia al pleno conocimiento por el cliente de los riesgos e información sobre los mismos. El TS estimó el recurso de casación interpuesto por la mercantil, anulando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la de primera instancia.

Nulidad del contrato de swap por la falta de información suficiente de la entidad bancaria al cliente

Ref. EDE: 2017/33905, STS Sala 1ª de 30 marzo 2017, rec. 398/2014. Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Contratos swap. Nulidad por error vicio en el consentimiento. Ausencia de información. El TS considera la nulidad de los contratos swap, por error sustancial e inexcusable que vicia el consentimiento, cuando se incumple la obligación de dar información adecuada y suficiente, sobre la naturaleza y riesgos de los productos contratados, a quien no tiene el perfil de experto en este ámbito (FJ 6).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimo en parte la demanda ya que apreció el vicio por error en el consentimiento sólo de uno de los contratos. La Audiencia estima el recurso de apelación y valora no excusable el error al apreciar falta de diligencia en su firma. El TS estima el recurso de casación y confirma la sentencia de primera instancia.

CONCURSO DE ACREEDORES

Rescisión del préstamo concedido a la entidad concursada deudora en la medida que perjudica a la masa de acreedores y se aprecia mala fe en la operación

Ref. EDE: 2016/34905, STS Sala 1ª de 5 abril 2016, rec. 2799/2013. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Concurso de acreedores. Acción de rescisión. Mala fe. El TS declara la rescisión de un préstamo cuando carece de justificación razonable, por el grave sacrificio patrimonial que conlleva, y existe mala fe del prestamista, consciente de la agravación de la situación económica del deudor concursado y la afectación negativa de los demás acreedores (FJ 11 y 13).

ITER PROCESAL: En primera instancia el Juzgado estimó la demanda y acordó la rescisión del préstamo concedido a la entidad deudora concursada. La Audiencia desestima el recurso y confirma la rescisión del préstamo por apreciar mala fe en perjuicio del conjunto de acreedores. El TS desestima el recurso de casación.

JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO

Se aprecia "cosa juzgada" cuando en el procedimiento declarativo se invocan excepciones cambiarias que pudieron ser opuestas en el anterior juicio ejecutivo

Ref. EDE: 2016/65837, STS Sala 1ª de 12 mayo 2016, rec. 2723/2013. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Juicio ejecutivo cambiario: Nulidad. Cosa juzgada. El TS declara que existe cosa juzgada negativa, cuando en un procedimiento ordinario posterior el ejecutado pretende oponer excepciones o causas de nulidad que pudieron haberse opuesto en el juicio ejecutivo cambiario en el que permaneció en rebeldía (FJ 3).

ITER PROCESAL: El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda y apreció la excepción de cosa juzgada, en su vertiente negativa, respecto del demandante ejecutado rebelde. En segunda instancia se confirma la decisión judicial. El TS desestima el recurso de casación confirmando la excepción de cosa juzgada.

REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME

Una sentencia del TJUE no entra dentro de los motivos tasados para revisar una sentencia firme de Tribunal español

Ref. EDE 2016/9653, STS Sala 1ª de 18 febrero 2016, rec. 67/2013. Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Demanda de revisión contra sentencia firme. Documentos recobrados. El TS declara que una sentencia del TJUE de fe-

cha posterior no es documento que posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español. El recurso de revisión es un remedio procesal excepcional encaminado a atacar el principio de la cosa juzgada, por lo que ha de circunscribirse a los motivos taxativamente señalados en la Ley (FJ 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda de revisión condenando a la entidad mercantil a indemnizar a la demandante por haber infringido el derecho de patente. La Audiencia estima el recurso y revoca la condena. El TS confirma la desestimación de la demanda de revisión ya que una sentencia del TJUE no es considerada como motivo tasado a efectos revisorios.

ACCIÓN RESCISORIA DE COMPRAVENTA

Suspensión del plazo de caducidad de la acción rescisoria de compraventa por fraude de acreedores, debido a la previa tramitación de un proceso penal por alzamiento de bienes

Ref. EDE: 2016/176745, STS Sala 1ª de 10 octubre 2016, rec. 969/2014. Ponente: D. Francisco Marín Castán

RESUMEN: Compraventa. Rescisión por fraude de acreedores. Caducidad. Pendencia penal. El TS determina que se debe proceder a la suspensión del plazo de caducidad por pendencia de un proceso penal que versa sobre alzamiento de bienes, cuando se solicita la rescisión de una compraventa por fraude de acreedores, puesto que durante la pendencia de un proceso penal es imposible promover un proceso civil sobre el mismo hecho. El contrato de compraventa debe rescindirse ante la existencia de fraude de acreedores (FJ 5 y 6).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda al apreciar la caducidad de la acción rescisoria de la compraventa por fraude de acreedores. La Audiencia estimó el recurso y considera suspendido el plazo por el previo proceso penal de alzamiento de bienes. El TS desestima el recurso y confirma la suspensión del plazo.

PRIVACION DE PATRIA POTESTAD

En la privación de la patria potestad del hijo la agresión puede recaer en otro sujeto pasivo diferente

Ref. EDE 2017/648, STS Sala 1ª de 13 enero 2017, rec. 1148/2016. Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Modificación de medidas sobre menores. Duración de la privación de la patria potestad. El TS considera, por aplicación del interés prioritario de los menores, que para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo directo al hijo, sino que también se puede inferir de la agresión a familiares directos (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestima la demanda de privación de la patria potestad del menor. La Audiencia estima en parte el recurso accediendo a la privación temporal de la patria potestad mientras dure la pena privativa de libertad. El TS estima el recurso accediendo a la privación sin plazo de la patria potestad.



ERROR JUDICIAL

Error judicial por no haber computado correctamente los días que restaban al apelante para presentar recurso. Necesidad de haber agotado la vía judicial previa mediante el incidente de nulidad de actuaciones

Ref. EDE: 2017/65110, STS Sala 1ª de 4 mayo 2017, rec. 5/2016. Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo

RESUMEN: Error judicial. Nulidad de actuaciones. El TS determina que el procedimiento de error judicial no consiste en una revisión de la cuestión enjuiciada por la resolución judicial a la que se imputa el error judicial. El error judicial ha de circunscribirse a las decisiones de hecho o de Derecho contrarias al ordenamiento jurídico o dictadas arbitrariamente, y la declaración de error judicial constituye un requisito para la reclamación de indemnización con cargo a las arcas públicas, constituyendo una vía de reparación excepcional de derechos, a la que se ha de acudir una vez agotada la vía judicial previa mediante el incidente de nulidad de actuaciones (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la propuesta de inventario fijada en la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso de apelación, confirmando la resolución apelada. El TS desestima la demanda sobre declaración de error judicial interpuesta.

CLÁUSULAS ABUSIVAS

Cláusula suelo, efectos retroactivos de su declaración de nulidad

Ref. EDE: 2017/149850, STS, Sala 1ª de 20 julio 2017, rec. 486/2016. Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo

RESUMEN: Cláusula suelo. Efectos retroactivos. Declarada la nulidad de la cláusula suelo por su carácter abusivo, el TS ordena restituir las cantidades que, la entidad bancaria, hubiera podido cobrar en exceso, por aplicación de dicha cláusula, más el interés legal desde la fecha de su cobro. Y ello por cuanto se opone al derecho europeo entender que sólo afectaba a lo indebidamente cobrado, en aplicación de esta cláusula, desde la sentencia que apreció la nulidad.

ITER PROCESAL: Confirma el TS la sentencia de primera instancia y estima el recurso interpuesto contra la de la Audiencia provincial, dado que confirmó la nulidad de la cláusula suelo, pero respecto de la obligación de devolución, entendió que sólo afectaba a lo indebidamente cobrado, en aplicación de esta cláusula, desde la sentencia que apreció la nulidad y no desde la fecha de su cobro.

Cláusulas abusivas en préstamo hipotecario. La falta de transparencia priva al consumidor de poder comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado

Ref. EDE: 2017/77541, STS Sala 1ª Pleno de 25 mayo 2017, rec. 2306/2014. Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo

RESUMEN: Préstamo hipotecario. Cláusulas abusivas. Falta de transparencia. El TS declara nula, por abusiva, la cláusula suelo y techo del préstamo hipotecario por falta de transparencia, impidiendo al consumidor hacerse una representación fiel del impacto econó-

mico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia (FJ 6).

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia acordó la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario, al estimarla abusiva. La AP desestima el recurso de apelación formulado por la entidad bancaria prestamista contra el prestatario y confirma la sentencia de instancia. El TS desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la entidad bancaria y el recurso de casación.

Nulidad de cláusula suelo. Condena al banco a devolver a los prestatarios las cantidades pagadas en exceso en virtud de la cláusula suelo litigiosa

Ref. EDE: 2017/149854, STS Sala 1ª de 20 julio 2017, rec. 2980/2014. Ponente: D. Francisco Marín Castán

RESUMEN: Cláusula suelo. Efectos retroactivos. Considera el TS que, tras el dictado de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, no procede la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil declaró la nulidad por abusiva de una cláusula del contrato de préstamo hipotecario. El banco interpuso recurso de apelación que la Audiencia Provincial desestimó confirmando la sentencia apelada. El TS desestimó el recurso de casación manteniendo la nulidad de la cláusula.

Cláusulas suelo. Efectos de la declaración de su ineficacia. Adaptación de la jurisprudencia del TS a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas al aplicar la cláusula suelo

Ref. EDE: 2017/124645, STS Sala 1ª de 27 junio 2017, rec. 2925/2014. Ponente: D. Francisco Javier Orduña Moreno

RESUMEN: Préstamo hipotecario. Cláusula suelo: nulidad. El TS, conforme con el criterio establecido en la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, considera que no han de limitarse en el tiempo los efectos restrictivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo al suponer una protección limitada a los consumidores y una vulneración del principio de efectividad del Derecho de la Unión (FJ 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil condena al banco a devolver al demandante la suma que ha abonado de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo dejada sin efecto. Interpuesto por la entidad bancaria recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima confirmando la sentencia recurrida. Asimismo, el TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de instancia.

Eficacia retroactiva plena en la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Modifica la jurisprudencia para adaptarla a lo dispuesto por el TJUE

Ref. EDE: 2017/9042, STS Sala 1ª de 24 febrero 2017, rec. 740/2014. Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Jurisprudencia TJUE. Cláusula suelo. Retroactividad plena de la declaración de nulidad. El Pleno del TS, modificando su jurisprudencia para adaptarla a la del TJUE, excluye cualquier límite

en los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo. Se estaría privando a todo consumidor con una hipoteca celebrada antes de la declaración de abusividad, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades abonadas indebidamente a la entidad bancaria. Sólo se garantizaría una protección limitada, lo que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de la misma (FJ 5).

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda interpuesta por un consumidor, que solicitaba se declarara nula por abusiva una cláusula de préstamo hipotecario, y absolvió a la entidad bancaria. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el consumidor y declaró la nulidad de la cláusula suelo y la obligación del banco a devolver lo cobrado de más. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria, confirmando la sentencia de la Audiencia.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO DE INVERSIÓN

Contrato de carácter especulativo y aleatorio. No procede la resolución del contrato, con restitución del dinero invertido, por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación, debido a la reestructuración de uno de los bancos

Ref. EDE: 2017/149849, STS Sala 1ª de 20 julio 2017, rec. 342/2015. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Contratos especulativos y aleatorios. Reestructuración de sociedad. Imposibilidad sobrevenida. Cláusula "rebus sic stantibus". El TS no aplica la imposibilidad sobrevenida del contrato, con la consiguiente resolución del mismo, ni la cláusula "rebus sic stantibus", en caso de modificaciones estructurales de la sociedad cuyas acciones constituyen la base de un contrato especulativo y aleatorio, pues no lo considera como una circunstancia extraordinaria y racionalmente imprevisible. La posibilidad de una rentabilidad muy elevada conlleva a cambio la asunción de riesgos significativos para el inversor como puede ser la pérdida total de la inversión (FJ 13 y 14).

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda que solicitaba se declara incumplimiento de contrato de prestación de servicio de inversión. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, declaró resuelto el contrato y condenó a las demandadas solidariamente a restituir la cantidad invertida. El TS estimó los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia casándola y dejándola sin efecto, confirmando la de primera instancia.

EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Extinción de la pensión compensatoria por alteración sustancial de las circunstancias económicas

Ref. EDE: 2017/2940, STS Sala 1ª de 27 enero 2017, rec. 55/2017. Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz

RESUMEN: Matrimonio. Divorcio. Pensión compensatoria. Extinción. Confirma el TS la extinción de la pensión compensatoria, pero

no por la desaparición del desequilibrio económico, reconocido por las partes ya desde el convenio regulador de su separación conyugal, sino porque la situación económica de las mismas ha sufrido una modificación sustancial y relevante.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia redujo la pensión compensatoria y la Audiencia Provincial la extinguió. El TS confirma el dictamen de la Audiencia, pero no por la desaparición del desequilibrio económico sino por el cambio de circunstancias económicas contempladas, por las partes, cuando pactaron el convenio regulador de la separación conyugal.

CUSTODIA COMPARTIDA

Custodia compartida. Beneficiosa en mayor medida que la individual

Ref. EDE: 2016/157695, STS Sala 1ª de 20 septiembre 2016, rec. 553/2016. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

RESUMEN: Custodia compartida. Interés superior del menor. Modificación de medidas. Alteración de la custodia de los menores. El TS requiere, de los progenitores que soliciten la adopción de una custodia compartida, la proposición de un plan de ejercicio de la misma que no sólo sea beneficioso para los menores, sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual (FJ 2)

ITER PROCESAL: Confirma la Audiencia Provincial el dictamen del Juzgado de Primera Instancia que estimó parcialmente la demanda, al entender que no había variación de circunstancias que justificaran la modificación de las medidas adoptadas en el convenio regulador, pero establecía que la custodia se ejercería de forma compartida.

CAPACIDAD PROCESAL DE GIBRALTAR

Imposibilidad de anudar la capacidad procesal de una persona jurídica extranjera a su condición de Estado

Ref. EDE: 2017/180602, STS Sala 1ª de 13 septiembre 2017, rec. 492/2017. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Informaciones periodísticas. Acción de rectificación. Capacidad procesal y personalidad jurídica del Gobierno de Gibraltar. El TS señala que no se puede anudar la capacidad para ser parte y la capacidad procesal de una persona jurídica extranjera a su condición de Estado. Lo determinante es que conforme a su legislación interna, el Gobierno de Gibraltar reúna los requisitos precisos para reconocerle personalidad jurídica, tratándose de una administración pública, esto es, una persona jurídica pública, ha de reconocérsele tanto capacidad para ser parte como capacidad procesal para litigar en España. El Gobierno de Gibraltar no está actuando en el plano del Derecho Internacional Público, sino como sujeto de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico español en materia de derecho de rectificación, sin distinguir entre personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras.

ITER PROCESAL: La primera instancia desestimó la demanda de rectificación de determinada información periodística, como lo hi-



ciera la Audiencia Provincial que consideró que el hecho de que el TJUE haya reconocido capacidad procesal y legitimación al Gobierno de Gibraltar para litigar sobre determinadas materias no supone que deba reconocerse tal capacidad procesal por los tribunales españoles, puesto que al no ser un Estado reconocido en Derecho internacional, no tiene la condición de persona jurídica ante la legislación española. El TS señala que no se puede anudar la capacidad para ser parte y la capacidad procesal de una persona jurídica extranjera a su condición de Estado reconocido en el Derecho internacional. Lo determinante es que conforme a su legislación interna, el Gobierno de Gibraltar reúna los requisitos precisos para reconocerle personalidad jurídica. En consecuencia, tratándose de una administración pública, esto es, una persona jurídica pública, constituida conforme a su Derecho nacional, ha de reconocérsele tanto capacidad para ser parte como capacidad procesal para litigar en España.

APROVECHAMIENTO POR TURNO DE INMUEBLES

Contratos sobre aprovechamiento por turno de inmuebles. Prohibición de anticipos

Ref. EDE: 2016/188979, STS Sala 1ª de 26 octubre 2016, rec. 640/2016. Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz

RESUMEN: Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Prohibición de anticipos. El TS requiere, por aplicación de la normativa legal, en los contratos sobre aprovechamiento por turno de inmuebles, la prohibición del pago de cualquier anticipo antes de que expire el plazo para poder desistir o resolver. Sin poder considerar

como pago anticipado la aplicación de cantidades correspondientes a un contrato anterior.

ITER PROCESAL: La sentencia de primera instancia concluyó que, la parte demandada, cobró todo el precio del contrato antes de que transcurriera el plazo que concedió a los actores para resolver el mismo. Estando ante una prohibición que afecta a un elemento esencial del contrato, que es el precio, declaró la nulidad del contrato. Por el contrario la Audiencia Provincial entendió que no cabe apreciar el incumplimiento de la norma, porque la cantidad no fue un anticipo a cuenta sino un acuerdo de cancelación de un contrato anterior.

CLÁUSULA PENAL

Compraventa de vivienda. Cláusula penal y resolución por incumplimiento

Ref. EDE: 2016/30599, STS Sala 1ª de 30 marzo 2016, rec. 2303/2013. Ponente: D. Francisco Marín Castán

RESUMEN: Compraventa de vivienda. Resolución por incumplimiento. Cláusula penal. El TS declara que no cabe acumular, en la reclamación del vendedor, la penalización prevista en el contrato de compraventa y la indemnización de los daños y perjuicios, ocasionados por la resolución, cuando la intención de las partes es atribuir una función no cumulativa a la pena pactada.

ITER PROCESAL: Confirma el TS y la Audiencia Provincial la desestimación, efectuada por la primera instancia, de la pretendida función cumulativa de la cláusula penal junto con los daños y perjuicios causados por incumplimiento de la parte compradora.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^(*)

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD

En caso de que ambos copropietarios soliciten la adjudicación de la totalidad del objeto común indivisible, tendrá preferencia aquel que demuestre un interés legítimo jurídicamente tutelable

SENTENCIA N.º 84/2016, de 7 de noviembre (Ponente: Enric Anglada i Fors)

RESUMEN.- Los dos copropietarios de una vivienda pretenden la disolución de comunidad sobre la misma y que les sea adjudicada. Se da la circunstancia de que habían formado una pareja estable, aunque la vivienda en cuestión no había sido su residencia común. Una de las partes alega que la necesita para vivir (y efectivamente vive en ella desde la ruptura de la convivencia y carece de otra vivienda); y la otra, pide que se sortee entre ambos, conforme al art. 552-11.5 CCCat, que dispone que se adjudicará al cotitular «que tenga interés en el mismo [el objeto de la comunidad indivisible]. Si hay más de uno, al que tenga la participación más grande. En caso de interés y participación iguales, decide la suerte». En primera instancia se atiende a la pretensión de la primera y se le adjudica el inmueble, a cambio de pagar la mitad de su valor a la otra parte; en segunda instancia se resuelve a favor del sorteo.

El TSJC entiende que la interpretación de la Audiencia «es contraria a toda lógica o razón, ya que supone equiparar interés solo a la manifestación de voluntad del cotitular o de la cotitular en adjudicarse la totalidad del bien que tiene en comunidad. Si esta interpretación fuera acertada, el legislador no hablaría de “en caso de interés y de participaciones iguales decide la suerte”, dado que el interés en adjudicarse la totalidad del bien, como simple manifestación de voluntad, no es susceptible de ser valorado o medido, ya que siempre habrá interés o no lo habrá» (FD 2º). Para el TSJC, el interés a que se refiere el precepto no es un interés meramente subjetivo, sino que se trata de un interés legítimo jurídicamente tutelable, un interés que no puede depender tan solo de motivaciones absolutamente personales y subjetivas de los comuneros y que deberá ser apreciado

por los tribunales en cada caso concreto. En el que nos ocupa, atribuye dicho interés legítimo jurídicamente tutelable a la persona que necesita la vivienda para vivir en ella por esta circunstancia y otras particulares del caso en cuestión.

COMENTARIO.- Me parece acertada la interpretación del TSJC, aunque no estoy seguro de que tal fuera la intención del legislador, pues, a primera vista, decir que el objeto indivisible se adjudicará al copropietario que tenga interés en el mismo (*que hi tingui interés*, en la versión catalana), parece significar que se adjudicará al copropietario que solicite dicha adjudicación, que es la interpretación que hace la Audiencia: siendo ambos propietarios los que manifiestan interés, se acude al sorteo. Sin embargo, el precepto está regulando una situación en la que ambas partes pretenden la adjudicación de la totalidad de la cosa, por lo que la palabra *interés* no puede equivaler a manifestación de voluntad de querer adjudicárselo, ya que ésta ya siempre existirá. De ahí que tenga plenamente sentido la interpretación de la sentencia, de exigir un interés legítimo jurídicamente tutelable a criterio de los tribunales.

PROPIEDAD HORIZONTAL

A falta de previsión estatutaria al respecto, se requiere un acuerdo de la junta de propietarios por mayoría simple para cambiar la forma de distribuir los gastos de comunidad

SENTENCIA N.º 86/2016, de 7 de noviembre (Ponente: Enric Anglada i Fors)

RESUMEN.- Desde su constitución hace más de diez años los gastos de comunidad no se habían pagado en función de la cuota de participación, sino por partes iguales entre los distintos departamentos, sin que hubiese ninguna norma estatutaria que así lo fijara. El propietario de uno de ellos pide ahora la aplicación del art. 553-3.1 CCCat, que dispone que la cuota establece la distribución de los gastos salvo pacto en contra. Sin embargo, la junta de propietarios acuerda por mayoría mantener el sistema igualitario, por entender que así se pactó, aunque fuera de forma tácita, desde el inicio. La



demandante y recurrente en casación considera que el sistema vigente es contrario a la ley, ya que no existe ningún pacto al respecto.

EL TSJC resuelve a favor de la junta: «La existencia de un acuerdo para el reparto y distribución de los gastos por mitad resulta claro y palmario en el caso enjuiciado, al haber actos concluyentes e inequívocos, dado que todas las liquidaciones correspondientes a cada ejercicio económico, mediante la distribución de los gastos por mitad, fueron siempre aprobadas por unanimidad en las correspondientes juntas anuales» (FD 3.4). Y añade que el cambio de régimen puede acordarse por mayoría, sin que sea necesaria la unanimidad.

COMENTARIO.- La cuestión ya había sido resuelta en el mismo sentido por la STSJC 83/2015, de 3 de diciembre, por lo que con la presente sentencia se sienta ya jurisprudencia sobre la materia.

Deducimos de esta doctrina que el pacto en contrario a que se refiere el art. 553-3.1 c) es vinculante aunque no figure en los estatutos, lo que puede producir la paradoja de hallarnos ante una norma de comunidad que, por su relevancia, tiene rango de norma estatutaria pero que ni figura en los estatutos ni, en casos como el presente, podrá incorporarse a ellos, ya que el acuerdo que pretenda incorporarlo implicará una modificación estatutaria que requiere la unanimidad de los 4/5 que no se va a poder alcanzar. Por otra parte, se trata de una norma de eficacia limitada ya que, al no figurar en los estatutos, tampoco consta en el Registro de la Propiedad y no debería perjudicar a terceros adquirentes. Entiendo que sería mucho más sencillo y congruente exigir que el pacto en contrario del art. 553-3.1 c) figure en los estatutos para que sea vinculante. Como dice la STS de 7 de marzo de 2013, curiosamente citada de forma literal como argumento por la que comentamos, «el hecho de que durante años se haya venido contribuyendo a los gastos comunes de forma distinta a la prevista en los estatutos de forma arbitraria, caprichosa o por simple comodidad o inercia en modo alguno significa que haya habido un acuerdo inequívoco de los copropietarios dirigido a modificar los estatutos sino que se trataría de una práctica simplemente tolerada. En estos supuestos bastaría el acuerdo mayoritario que no solo no pretende la modificación del título, sino precisamente la aplicación del mismo». La STS argumenta (y por ello la cita la del TSJC) que no es necesario el acuerdo unánime, sino que basta el mayoritario (que es el que se obtuvo en el caso que resolvió); pero, si en realidad no hay pacto en contrario sino mera práctica tolerada, tampoco debería exigirse un acuerdo de la junta de propietarios aunque sea solamente mayoritario, sino que cualquiera de los propietarios debería poder exigir el cumplimiento de la ley.

COMUNIDAD DE BIENES

El uso exclusivo del objeto común por un comunero genera a favor de los copropietarios el derecho a pedir una indemnización por el perjuicio causado; pero si dicho uso deriva de una situación anterior legítima, solo se podrá reclamar desde que conste la oposición expresa de los otros comuneros y sus pretensiones en relación con el uso del objeto

SENTENCIA N.º 91/2016, de 10 de noviembre (Ponente: Núria Bassols i Muntada)

RESUMEN.- La mitad indivisa de una vivienda ocupada por un matrimonio fue adjudicada a una sociedad tras un procedimiento

ejecutivo por una deuda de uno de los cónyuges. La adjudicataria requirió al otro cónyuge y propietario de la restante mitad para que: a) le comprase su mitad por un precio determinado (que en la sentencia es declarado excesivo en relación al justo precio) bajo apercibimiento de que en caso contrario se instarían las acciones judiciales de extinción de condominio y subasta pública; b) cesase en la ocupación exclusiva de la vivienda; c) e indemnizase a la requirente por dicha ocupación con una renta mensual determinada (también excesiva según la sentencia) desde la fecha de su adquisición.

Desatendido dicho requerimiento y emprendidas las acciones judiciales pertinentes, la sentencia de primera instancia declaró que se procediera a la venta en pública subasta por el precio que fijó (notablemente inferior al pretendido por la demandante), pero rechazó la petición del pago de una renta argumentando que la demandante no había pedido en ningún caso hacer uso de la finca en litigio. En segunda instancia, se mantuvo el mismo fallo en base a que la demandante no había pretendido usarla como vivienda.

EL TSJC condena a la demandada a pagar una renta mensual (bastante inferior a la solicitada por la demandante) desde la interpelación judicial hasta el cese de la indivisión. Se basa en primer lugar en que el concepto de uso del objeto común recogido en el art. 552-6 CCCat, que declara que ningún cotitular puede impedir a los demás usar del objeto común, es más amplio que el manifestado por la Audiencia (uso como vivienda), de modo que es legítimo que uno de los comuneros quiera obtener un rendimiento económico de su derecho de copropiedad. No obstante, ello no faculta a este comunero a impedir al otro para que pueda servirse en exclusiva de la vivienda mientras persista la indivisión. Como ha declarado el TS (SSTS Sala 1ª de 19 de febrero de 2016, 29 de julio de 2013 y 8 de mayo de 2008, que cita por la similitud entre los arts. 552-6 CCCat y 394 CC), el uso de la cosa común es solidario, por lo que el hecho de que uno de los comuneros lo use en exclusiva o más que los otros, por si solo no faculta a estos para impedir dicho uso o para legitimar una acción de resarcimiento o de enriquecimiento injusto. Ahora bien, «cuando la posesión continúa contra la oposición expresa del otro u otros comuneros, no se puede mantener que no hay perjuicio para los demás, ni posesión legítima, lo que comporta que esta posesión indebida genere indemnización por los daños causados desde que conste la expresa oposición del otro comunero y sus pretensiones en relación con el uso de la finca» (FD 5º).

COMENTARIO.- El art. 552-6 CCCat fundamenta el concepto amplio de uso recogido por la sentencia, al disponer que el uso del objeto por un cotitular no puede perjudicar los intereses de los otros cotitulares. En el caso en cuestión aún es más claro ya que, dada la naturaleza de la cosa, la posesión material no puede ser compartida por los copropietarios, lo que legitima mayormente el derecho a la indemnización económica. Por lo demás, dadas las circunstancias del caso, resulta equitativo que el derecho a la indemnización nazca en el momento de la interpelación judicial, aunque también se hubiera podido llevar al momento del requerimiento si los términos de este hubieran sido diferentes.

PRESCRIPCIÓN

Las pretensiones relativas a las ejecuciones de obras, aunque el contratista aporte los materiales, prescriben a los tres años

SENTENCIA N.º 93/2016, de 14 de noviembre (Ponente: Mª Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN.- La parte demandante pretende la aplicación del plazo general de prescripción de diez años a un contrato de ejecución de obra consistente en la rehabilitación de un edificio, en que el contratista aportó los materiales. Para ello se basa en que el TS (S. de 14 de febrero de 2011, entre otras), excluye a tales contratos del plazo trienal del art. 1967 CC, que considera aplicable solamente a la remuneración de servicios por profesionales, al mero ejercicio profesional.

El TSJC rechaza la aplicación de tal doctrina en Cataluña: «Ya no es posible la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, interpretando el decimonónico artículo 1967 del CC, cuando el legislador catalán del siglo XXI ha regulado de nuevo y de forma sistemática la prescripción, y haciéndose eco de las tendencias más modernas ha reducido los plazos de prescripción» (FD 4º). Considera, en cambio, que aunque el contratista aporte los materiales y emplee a sus trabajadores, el contrato no deja de ser de ejecución de obra si la finalidad principal es la realización de la obra comprometiendo su resultado y no la venta del material.

Por lo tanto, declara aplicable el art. 121-21.b), conforme al cual prescriben a los tres años las pretensiones relativas a las ejecuciones de obras. El TSJC basa esta interpretación: a) en el sentido propio de las palabras de dicho precepto, «que utiliza en forma genérica una actividad -la ejecución de obras- con independencia de los sujetos que la desplieguen, contraponiéndola a la prestación de los servicios» (FD 5º); b) en la realidad social actual, «en la cual la certeza de las relaciones jurídicas y la rapidez y celeridad son esenciales en el tráfico jurídico moderno, [por lo que] no cabe presuponer que el legislador quiso excluir del art. 121-21.b) CCCat precisamente los supuestos más frecuentes de ejecución de obras como son aquellos en los que el contratista suministra también el material (reparaciones, rehabilitaciones o construcción de muebles o inmuebles) y a sus trabajadores, para reducirla a los contados supuestos en los que el contratista solo pone directamente su trabajo» (FD 5º); y c) en los antecedentes históricos, ya que «cuando el legislador catalán quiso regular los términos cortos de prescripción siempre consideró incluida en la prescripción trienal el contrato de obra con suministro de materiales» (FD 5º), como en el Proyecto de Apéndice del derecho catalán de 1930 y en el Anteproyecto de Compilación catalana de 1955.

COMENTARIO.- El Código civil de Cataluña no regula todavía con carácter general el contrato de ejecución de obra o contrato de obra, pero sí la prescripción de las pretensiones derivadas del mismo. Esta regulación incompleta, que plantea la duda sobre el concepto de ejecución de obra (en particular, si abarca al caso en que el contratista suministre los materiales), sugiere la aplicación del derecho civil estatal como derecho supletorio. No obstante, el art. 1588 CC dispone que «puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o industria, o que también suministre el material», por lo que no puede haber dudas en cuanto al concepto: el contrato es de ejecución de obra no pierde dicho carácter por el hecho de que el contratista suministre el mate-

rial. No obstante, en estos casos de aportación del material, doctrina y jurisprudencia establecen la aplicación de algunas de las normas de la compraventa, especialmente cuando la relevancia del material suministrado es mayor que la del servicio prestado; y en base a ello el TS aplica el plazo general de prescripción y no el especial de la ejecución de obra. Sin embargo, el CCCat sí regula la prescripción de las pretensiones derivadas de la ejecución de obra, y lo hace de forma que no parece excluir de su aplicación la obra con aportación de materiales, según el criterio del TSJC que me parece bien argumentado, por lo que no parece adecuado acudir a la doctrina restrictiva del TS sobre el derecho estatal, máxime cuando la tendencia legislativa es el acortamiento de los plazos de prescripción.

LEGÍTIMA

En el caso en cuestión, la manifestación hecha por el heredero en la escritura de aceptación de herencia dejando a salvo la legítima de su hermana, interrumpe la prescripción de dicha pretensión

SENTENCIA N.º 100/2016, de 15 de diciembre (Ponente: D. Carlos Ramos Rubio)

RESUMEN.- En una escritura de aceptación de herencia otorgada en 1998, el heredero manifestó que dejaba a salvo los derechos legítimos de su hermana, que fijaba en una determinada cantidad. El causante había fallecido en 1996, por lo que en 2012, año de interposición de la demanda de reclamación de la legítima, esta pretensión habría prescrito, salvo que se considere que la manifestación efectuada por el heredero interrumpió la prescripción.

Así lo consideran tanto la Audiencia Provincial de Barcelona como el TSJC, en base al art. 1.973 CC en relación con el art. 378.1 CS, por los efectos interruptivos de la prescripción atribuidos al reconocimiento de deuda. Dichos preceptos son aplicables al caso en cuestión en virtud de las DDTT de las Leyes 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, que regula la prescripción, y 10/2008, de 10 de julio, que regula la sucesión por causa de muerte, dada la fecha de la apertura de la sucesión.

El TSJC declara que «en el presente caso, el tenor literal y la finalidad de la manifestación atribuida por el Notario al heredero demandado en el momento de la aceptación de herencia, que incluyó no solo el reconocimiento abstracto del derecho a legítima de su hermana (la actora), sino también la cuantificación precisa de su importe [...], más allá de una mera referencia porcentual y formularia relacionada con el valor total del causal relicto, solo pueden ser entendidos como los propios de un reconocimiento de deuda con una causa lícita y determinada» (FD 2, 5º), lo que apoya también en que, al otorgarse la escritura, la legítima estaba pendiente de pago en su totalidad y que a partir de dicho momento el heredero entregara a la legítimaria diversas cantidades en pago de la misma.

La sentencia entiende pues que estamos ante un auténtico reconocimiento de deuda, que define como un «negocio jurídico unilateral atípico, admitido por una jurisprudencia consolidada», que vincula a quien lo realiza y que, conforme al art. 1.973 CC, interrumpe la prescripción de la acción surgida de la obligación preexistente. Citando la STS, Sala 1, de 22 de octubre de 2012, el reconocimiento de deuda admite cualquier forma, «particularmente el de las conductas a través de las cuales se ponga de manifiesto que la parte se considera obligada por el derecho, conforme a la doctrina de actos



concluyentes y, en su caso, a los actos propios; sin que sea necesario un anterior negocio de fijación, ni una propia confesión del derecho, ni menos aún un negocio de novación de la relación obligatoria» (FD 2, 3º).

COMENTARIO.- La actora pretendía la aplicación literal del art. 378.1 CS, que establecía que la acción para exigir la legítima y su suplemento prescriben en todo caso al cabo de quince años de la muerte del causante. Sin embargo, está claro que dicha expresión no debe excluir la aplicación de las normas generales de la prescripción, sino que parece que responde a la reducción del plazo operado por la citada norma frente al de 30 años que se aplicaba hasta dicho momento.

Por otra parte, la dicción literal del art. 1.973 deja lugar a pocas dudas: «cualquier acto de reconocimiento de deuda» por el deudor interrumpe la prescripción. El TS ha interpretado este precepto en el sentido de que «basta cualquier conducta del sujeto pasivo, de la cual resulte, directa o indirectamente su conformidad con la existencia de la prestación» (STS 12 de septiembre de 1970), incluso el hecho de que la deuda figure en la contabilidad de la demandada (STS 26 de junio de 2001).

DESHEREDACIÓN

El maltrato psicológico puede considerarse como maltrato grave a los efectos de la desheredación. Concepto de maltrato psicológico. El legitimario por derecho de representación puede ser desheredado

SENTENCIA N.º 4/2017, de 2 de febrero (Ponente: Dª. Mª Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN.- La presente sentencia trae causa de la STSJC 41/2015, de 28 de mayo. Es esta, el TSJC, siguiendo el cambio jurisprudencial operado por el TS, ya declaró que el maltrato psicológico puede ser justa causa de desheredación, por lo que anuló la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, que mantenía la tesis contraria y ordenó la reposición de las actuaciones al momento procesal en que se denegó la práctica de la prueba del maltrato psicológico; esto es, ordenó a la Audiencia que permitiera dicha prueba y resolviese si los hechos probados constituían o no maltrato psicológico. La Audiencia dicta ahora una nueva sentencia en la que declara que de los hechos probados no se deduce la existencia de dicho maltrato.

EL TSJC casa la sentencia y declara como justa la desheredación, por considerar que en los hechos declarados probados por la sentencia casada sí se aprecia maltrato psicológico. La admisión del maltrato psicológico como causa de desheredación la recoge de la jurisprudencia del TS (SS de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015), doctrina que considera aplicable en Cataluña «sin dificultad no solo porque la redacción del precepto es, en ambos casos (CS y CC), idéntica, sino porque la legítima es una institución más frágil y endeble en la legislación catalana que en la del Código civil como antes de ha expuesto y porque la voluntad del testador resulta del todo primordial en el derecho sucesorio catalán. Ello viene reforzado por las modificaciones introducidas en el libro IV del CCCat en esta materia» (FD 3, párrafos 7º y 8º). Y añade más adelante: «Y es que, efectivamente, no puede olvidarse que el derecho a la legítima se basa en las relaciones familiares que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad. La legítima supone una limitación en el derecho a la libertad de testar para resguardar a las fami-

lias de los abusos de las actuaciones discriminatorias que fomenten desavenencias y pleitos entre los familiares. Sin embargo, cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales» (FD 3, párrafo 11º).

Por otra parte, define el maltrato emocional o psicológico como aquel que tiene lugar cuando «una persona vinculada a otra, la hace sufrir con descalificaciones, humillaciones, discriminación, ignorando o menoscabando sus sentimientos, siendo ejemplos de ese tipo de maltrato, el abandono emocional, la descalificación, la violencia verbal, las amenazas, el control excesivo, el chantaje afectivo o la presión moral, el desprestigio o las descalificaciones ante personas del entorno familiar, laboral, etc., del afectado, las burlas y cualquier tipo de castigo que no sea físico, siempre que estos actos tengan la suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que los padece» (FD 3, párrafo 5º).

En el caso presente, la abuela, fallecida en 2008, desheredó al nieto (legitimario por premoriencia del padre) por su actitud durante la larga enfermedad del abuelo, a quien ni visitó ni atendió, pese a vivir en una pequeña población «de modo que todo el pueblo conocía el abandono asistencia y emocional de la familia directa hacia los abuelos» y pese a precisar estos una ayuda que le proporcionaron los vecinos.

En cuanto a la desheredación y el derecho de representación, declara que el nieto puede ser desheredado por los abuelos, pues «las causas de desheredación afectan a todos los legitimarios, independientemente de si lo son por derecho propio o por haber premuerto el inicial legitimario ya que el fundamento de la institución es el mismo y se trata de causas de carácter eminentemente personal» (FD 5).

COMENTARIO.- Segunda sentencia del TSJC equiparando el maltrato psicológico al maltrato físico a los efectos de la desheredación, por lo que queda establecida como jurisprudencia. En este caso es aplicable el CS, pero los razonamientos del tribunal son plenamente extensibles al ámbito de aplicación del CCCat. Me remito al comentario a la STSJC 41/2015, de 28 de mayo, en esta revista (número 2/2015, págs. 133 a 135). Interesa especialmente de la presente sentencia la definición de maltrato psicológico y el requisito de tenga la suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que lo padece, al parecer sin necesidad de acreditar que dicho menoscabo se haya producido. También merece destacarse, por la escasez de pronunciamientos legales y jurisprudenciales al respecto, la referencia al fundamento de la institución de la legítima en la solidaridad intergeneracional dentro de la familia.

En relación al derecho de representación, a efectos prácticos es importante tener en cuenta que la desheredación del hijo no afecta a los hijos de este, quienes conservan el derecho a la legítima no solo en caso de premoriencia sino también cuando el progenitor ha sido desheredado (art. 451-3.2 CCCat). Es frecuente en la práctica que el causante que no tiene relación con algún hijo ni con los hijos de este, se limite a desheredar al primero, cuando posiblemente su voluntad sea la de desheredar también a dichos nietos, si estos tienen una

edad que les permita tener el discernimiento necesario para decidir no tener relación con sus abuelos.

ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

La venta de acciones integrantes del caudal hereditario, realizada por los llamados a la herencia, implica la aceptación tácita de la misma. La aceptación expresa en base a un testamento no vincula a los herederos a aceptar la herencia deferida por un testamento posterior

SENTENCIA N.º 20/2007, de 20 de abril (Ponente: D.ª. M.ª Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN.- La viuda del causante reclama a los hijos del primer matrimonio de su esposo el pago de un legado dinerario que éste había ordenado en un testamento ológrafo otorgado en 2006, que se declara debidamente protocolizado. Los hijos habían aceptado la herencia en 2008 en base a un testamento notarial otorgado en 1979, en el que no se ordenaba legado alguno, por lo que sostienen que no deben cumplir el legado. Se da la circunstancia adicional de que los hijos admiten que conocían la existencia del testamento ológrafo cuando aceptaron la herencia, pero que consideraron que era nulo por haber sido protocolizado antes de que fuera firme el auto judicial de adveración, por lo que formulan la correspondiente demanda reconvenzional solicitando su nulidad.

En primera instancia el juez estima la demanda bajo el argumento de que resulta indiferente el título por el que se ofrezca la herencia, pues «se aceptan herencias y no testamentos». El TSJC declara jurídicamente inadmisibles estas tesis ya que la aceptación de la herencia requiere el conocimiento del título por el que la herencia es deferida y los concretos términos de la misma, incluidas las cargas que comporta, de ahí que el art. 16 CS diga que la aceptación o repudiación tendrá lugar cuando el llamado tenga conocimiento de que se ha producido la delación a su favor. Por lo tanto, la aceptación expresa de la herencia realizada bajo el testamento notarial del año 1979 (que no ordenaba el legado), no puede implicar la aceptación de la herencia deferida bajo el testamento ológrafo de 2006 (que sí lo ordenaba). Por lo mismo, tampoco da significación alguna a los actos que supuestamente pudieran suponer una aceptación tácita de la herencia bajo el mismo testamento.

Ello no obsta a que, como afirma la Sala de apelación y confirma el TSJC, se hayan producido actos dispositivos que puedan conllevar una aceptación tácita de la herencia deferida en base al testamento de 2006, que deduce del art. 8 CS que hay aceptación tácita cuando el llamado como heredero realice actos que supongan necesariamente la voluntad de aceptarla, entre los que se incluyen todos aquellos que antes de la apertura de la sucesión solo podría haber realizado el causante y que, por lo tanto, después de su muerte solamente puede realizar el heredero, tales como la disposición de los bienes de la herencia. En el presente caso, los herederos destinaron ciertas acciones y títulos valores a la cancelación de un préstamo que vencía.

Ya la jurisprudencia del TS ha venido considerando que la venta de activos de la herencia supone un acto de aceptación tácita de la misma (SSTS de 6 de junio de 1920, 20 de enero de 1998, 14 de mayo

de 2008 y 2 de julio de 2014), por constituir este acto facultad exclusiva de quien es heredero. La misma doctrina la considera el TSJC aplicable en Cataluña en base al art. 8, 1º CS, en el que se describen los actos que se consideran de mera administración, y el art. 19 CS, que entiende aceptada tácitamente la herencia cuando el llamado realiza cualquier acto que no podría realizar si no fuera a título de heredero. De todo ello deduce que la venta o enajenación de bienes de la herencia no puede hacerse sino con la cualidad de heredero al tratarse de actos de riguroso dominio y considera aceptada tácitamente la herencia deferida bajo el testamento ológrafo de 2006.

En relación con la eficacia de este testamento, rebate el argumento de los herederos basándose en el art. 121, 3º CS que, al tratar de la protocolización del testamento ológrafo dispone que cualquiera que sea la resolución del juez, se cumplirá, aunque exista oposición, sin perjuicio de los derechos de los interesados, que podrán ejercerlos en el correspondiente juicio; por otra parte, por cuanto el recurso de apelación contra el Auto ordenando la protocolización sólo producía efectos devolutivos pero no suspensivos ex art. 1820 de la LEC de 1881, en vigor cuando ocurrieron los hechos.

COMENTARIO.- El criterio objetivo que sigue el CS para determinar si existe o no aceptación tácita de la herencia, confirmado en el art. 461-5 CCCat, exime al intérprete de investigar la verdadera voluntad del llamado y liga a sus actos un efecto, la aceptación de la herencia, totalmente independiente de su voluntad. Si no fuera así, probablemente no estaríamos ante una aceptación tácita sino presunta, susceptible de prueba en contrario.

Sin embargo, a la hora de determinar qué actos del llamado implican la aceptación, el CS no hace, fuera de los negocios sobre el propio derecho hereditario, una enunciación específica sino que ofrece un criterio genérico: implica aceptación la realización de cualquier acto que el llamado no podría realizar si no fuera a título de heredero. Para determinar cuáles son estos actos, la doctrina y la sentencia que nos ocupa acuden a la norma relativa a la herencia yacente que determina qué actos puede realizar el llamado que por sí solos no impliquen aceptación, esto es, el art. 8 CS, que cita los actos posesorios, de conservación, de vigilancia y administración de la herencia y la promoción de interdictos en defensa de los bienes. En algunos casos, la frontera entre los actos de administración o conservación y los de disposición puede no estar clara, como en el presente en que se venden unos activos o valores para pagar un préstamo que vencía, acto que puede interpretarse necesario para preservar el patrimonio hereditario pero, desconociendo más detalles, es difícil pronunciarse. No obstante, seguramente en la decisión del TSJC ha pesado la apreciación de cierta falta de buena fe por parte de los herederos que, conociendo la existencia de un testamento ológrafo averado y protocolizado legalmente, aceptan la herencia en base a un testamento anterior más favorable para ellos.

Naturalmente, incluso en este supuesto, la aceptación expresa de la herencia en base a un testamento no puede considerarse ni como vinculante para los herederos ni como aceptación tácita. La primera aceptación será ineficaz pues lo será también el testamento que ha servido de base a la formación de la voluntad de los herederos.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad

Publicadas en el primer semestre de 2017

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

AGREGACIÓN

R. 16 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1219)

Suspende la inscripción de una escritura de agregación, porque la georreferenciación de la finca resultante de la agregación (exigida por el artículo 9 LH, entre otros actos, para las agregaciones), se ha realizado mediante la aportación de una representación gráfica alternativa a la catastral, contenida en plano técnico topográfico incorporado a la escritura, que por tanto, no respeta la obligatoriedad del formato informático GML.

La posibilidad de aportar una representación gráfica alternativa se contempla en los artículos 9 y 10 LH; y sus requisitos se establecen en el apartado séptimo de la Resolución Conjunta de la DGRN y DGC 26 octubre 2015: debe contenerse en fichero informático, en formato GML, cuyos datos descriptivos y de superficie deben coincidir con los datos de las parcelas cuya inscripción se solicita; el fichero debe estar firmado electrónicamente por el técnico y autenticado fehacientemente por el propietario o autoridad competente; deberá estar representado sobre la cartografía catastral, respetando la delimitación de fincas que resulte de la misma; también deberá contener los datos del solicitante, metodología utilizada, identificación de las parcelas catastrales afectadas, representación gráfica de cada parcela resultante sobre la cartografía catastral, superficie obtenida, listado de coordenadas de sus vértices; declaración del técnico de que ha realizado su trabajo siguiendo las especificaciones y metodología de la resolución conjunta.

El plano topográfico incorporado a la escritura del supuesto no reúne los requisitos expuestos. Pero el defecto es fácilmente subsanable, porque el punto 4 del citado apartado séptimo prevé que, cuando

se aporte una representación gráfica derivada de la digitalización sobre la cartografía catastral, el cumplimiento de los requisitos se podrá acreditar aportando informe de validación técnica del Catastro.

ANOTACIÓN PREVENTIVA

R. 13 diciembre 2016 (BOE 4, 5-I-17: 184)

Consta inscrita una finca a favor de una sociedad, por título de declaración judicial firme de nulidad de transmisión fraudulenta. Ahora se pretende modificar la constancia registral del titular, añadiendo "en liquidación", así como cancelar dos anotaciones preventivas de embargo trabadas con posterioridad, que se hallan vigentes.

La Dirección lo deniega. Fuera de los supuestos de caducidad de la anotación preventiva (artículo 86 LH), las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial o administrativo no se cancelarán sino por resolución judicial firme (artículo 83 LH).

R. 22 diciembre 2016 (BOE 8, 10-I-16: 287)

R. 11 enero 2017 (BOE 26, 31-I-17: 997)

Deniega la cancelación de los asientos posteriores a la anotación de embargo que genera una adjudicación, porque la anotación se encontraba caducada al tiempo de presentar el decreto que ordena dicha adjudicación.

La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el mo-

mento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, ésta ya no puede ser prorrogada y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

R. 22 marzo 2017 (BOE 82, 6-IV-17: 3808)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de demanda de disolución y liquidación de una sociedad de nacionalidad venezolana en el folio abierto a una sucursal en España, en virtud de una solicitud al Registro Mercantil acompañada de copia de la demanda presentada en el extranjero.

Para practicar una anotación preventiva de demanda o de prohibición de disponer, carece de virtualidad la mera solicitud de particular, sino que hace falta providencia judicial (artículos 42 y 43 LH; y 155 RRM). Así lo contempla también el artículo 241 RRM cuando el objeto de la demanda sea la declaración judicial de disolución de la sociedad, precepto aplicable a los folios de las sucursales. Las mismas consideraciones son aplicables cuando la medida cautelar provenga de un órgano jurisdiccional extranjero, ya que los efectos de los asientos registrales se someten a las normas de Derecho español (artículo 58 Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil).

R. 4 mayo 2017 (BOE 121, 22-V-17: 5657)

En diciembre de 2012 se practicó anotación preventiva de embargo a favor de Hacienda por deudas de la sociedad titular. En julio de 2016 se inscribió una escritura de dación en pago a favor de otra sociedad. En noviembre de 2016 se practica la prórroga de la anotación. Ahora, la sociedad titular -adquirente en la dación en pago- solicita la cancelación de la anotación por caducidad y, subsidiariamente, porque su prórroga fue ordenada en procedimiento seguido contra persona distinta del titular registral, quien es tercero de buena fe.

La Dirección deniega ambas pretensiones. La anotación está vigente, pues se hallaba dentro del plazo de cuatro años al tiempo de ser prorrogada por otros cuatro, de modo que el acreedor ganó prioridad registral desde el momento inicial en que fue practicada la anotación en procedimiento seguido contra quien en ese momento era titular registral y deudora.

R. 7 junio 2017 (BOE 153, 28-VI-17: 7424)

Deniega la prórroga de una anotación preventiva de demanda, por encontrarse ésta previamente cancelada por mandamiento del Juzgado mercantil, como consecuencia de la enajenación de las fincas, que se encontraban afectadas por el procedimiento concursal de su titular registral.

ARRENDAMIENTO

R. 24 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3846)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento judicial de ejecución de hipoteca, pese a no haberse practicado las notificaciones del artículo 25 LAU. De los autos resulta

que la vivienda ejecutada está ocupada por terceras personas, pero sin que el título de la ocupación conste ni se halle inscrito.

La Ley 4/2013 modifica la LAU: el adquirente de finca inscrita arrendada como vivienda que reúna los requisitos del artículo 34 LH, sólo quedará subrogado en las obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito antes de la transmisión de la finca (artículo 14-1); si el derecho del arrendador queda resuelto -entre otras causas- por enajenación forzosa en ejecución hipotecaria, quedará extinguido el arrendamiento (13-1), salvo que se hubiese inscrito con anterioridad al derecho determinante de la resolución del derecho del arrendador (7 y 14).

En consecuencia, respecto de los contratos de arrendamiento celebrados tras la Ley 4/2013, hay que distinguir estas situaciones:

-Si el arrendamiento se inscribió antes de la hipoteca ejecutada, persistirá tras la adjudicación, de modo que el arrendatario tendrá derecho de retracto.

-Si el arrendamiento se inscribió tras la hipoteca, se extinguirá *ipso iure* y no habrá derecho de retracto, sin perjuicio de que, si el arrendamiento se inscribió antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas, el arrendatario haya debido ser notificado.

-Si el arrendamiento no se ha inscrito (como en el caso resuelto), enajenada judicialmente la finca, el derecho del arrendador queda extinguido y con él sus accesorios, como el derecho de retracto; y deviene innecesario realizar notificación alguna expresa y especial.

R. 17 abril 2017 (BOE 101, 28-IV-17: 4657)

Suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de contrato privado de arrendamiento rústico sobre dos fincas que en el Registro figuran como urbanas (una de ellas, desde la inscripción original; y la otra, desde 2005 a petición de los recurrentes) y cuya calificación urbanística -según informe técnico municipal incorporado- es la de suelo urbano no consolidado, terrenos cuya urbanización está pendiente de desarrollo, los cuales, a los efectos de la Ley del Suelo estatal, están en situación básica de suelo rural. En especial, también se deniega la inscripción del derecho de adquisición preferente de la parte arrendataria.

Para la Dirección, las fincas del expediente no son rústicas; y la definición de suelo rural contenida en la certificación administrativa no afecta a la solución de este caso, pues su artículo 7 excluye de la aplicación de la LAR el suelo urbano y urbanizable, que, si bien son categorías de suelo correspondientes a la derogada Ley 6/1998, deben entenderse hoy referidas al suelo clasificado urbanísticamente. Por otro lado, tampoco es aplicable la LAU, que sólo rige -según su artículo 1- para edificaciones. En consecuencia, el arrendamiento calificado no se rige por la legislación arrendaticia especial. Para su inscripción, deberá determinarse la naturaleza y régimen jurídico de dicho arrendamiento, que se regirá por las estipulaciones de las partes y las normas del Código Civil que sean de aplicación.

Por lo que respecta al derecho de adquisición preferente, que no puede ser el reconocido por la legislación especial, se plantea la cuestión de su inscripción como derecho de constitución voluntaria. Sobre la base de la doctrina del "numerus apertus" en la creación de derechos reales (artículos 2 LH, 7 RH y 1255 Cc), son admisibles en nuestro ordenamiento los derechos de adquisición preferente



constituidos por voluntad de las partes como verdaderos derechos reales; pero siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales. Así, la inscripción del derecho calificado requiere la determinación del concreto contenido y extensión de sus facultades, incluyendo un plazo cierto de ejercicio.

BIENES PÚBLICOS

Bienes comunales

R. 8 febrero 2017 (BOE 51, 1-III-17: 2167)

Consta inscrita una finca de 90 hectáreas y 150 casas, en cuanto al dominio directo, a nombre de vecinos concretos y determinados, pero extendiéndolo también a los ausentes e imposibilitados, de una entidad local menor. La escritura es de 1870 y la inscripción de 1932. Ahora, se solicita la inscripción en pleno dominio y por atribución legal, a favor de dicha entidad local menor, en virtud de instancia suscrita por el alcalde pedáneo de la misma. La Dirección lo deniega.

Se debate la naturaleza jurídica de esta finca que, procedente de la catedral de Tui, fue adquirida por el Estado en virtud de la legislación desamortizadora de mediados del siglo XIX, en concepto de foro pagadero por los vecinos de la localidad, quienes después redimieron el foro a su favor. La regulación de los bienes comunales y su desafectación, está reservada a la ley (artículo 132-1 Constitución) y deberá inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad (S TConst. 2 febrero 1981). Sólo pueden pertenecer a los municipios y entidades locales menores (artículo 2-4 Reglamento Bienes Entidades Locales), pero corresponde a los vecinos su aprovechamiento común (S TS 21 febrero 2007 y artículo 2-3 RBEL).

Pero en el supuesto resuelto, existen dudas sobre que se trate de un bien comunal típico y que, por tanto, haya sido adquirido por la entidad local menor por atribución legal. En efecto, la inscripción se practicó a favor de vecinos ciertos y determinados, pero también de los demás vecinos. Por otro lado, llama la atención la existencia de un censo enfiteútico redimido por los vecinos. La existencia de este tipo de cargas no resulta posible en la actual regulación de los bienes de dominio público, como los comunales típicos, y sin embargo, resulta habitual en propiedades privadas, aunque sean colectivas. En conclusión, la rectificación registral deberá hacerse por los medios del artículo 40-a LH, para el caso de no haber accedido al Registro algún título: toma de razón de éste; reanudación del tracto interrumpido (tras la Ley 13/2015, expediente notarial del artículo 208 LH); o resolución judicial.

BIENES DE ENTIDADES LOCALES

R. 12 diciembre 2016 (BOE 4, 5-I-17: 178)

Consta inscrita, en virtud de escritura pública, la cesión gratuita de dos fincas pertenecientes al patrimonio municipal del suelo, por el Ayuntamiento a favor de una mercantil, bajo la condición de ser destinadas a la promoción de viviendas de protección pública. Posteriormente se extiende anotación preventiva de la que resulta que la mercantil cesionaria ha sido declarada en concurso. Ahora el Ayuntamiento pretende unilateralmente hacer constar en el

inscripción el derecho legal de reversión a favor de la cedente, que constaba en el acuerdo administrativo de cesión, protocolizado en la escritura. La Dirección lo admite.

El artículo 53 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía dispone que si los bienes patrimoniales cedidos no se destinan en plazo al uso previsto, se considerará resuelta la cesión, debiendo constar la reversión en el acuerdo de cesión gratuita. Esta reversión automática y de pleno derecho es manifestación del privilegio de autotutela de la Administración. La rectificación pretendida se refiere a la constancia en la inscripción de cesión de un elemento modalizador del negocio ya realizado, que goza de eficacia legal directa, siempre que esté reflejada en el acuerdo de cesión aceptado por el cesionario, por lo cual debe accederse a la inscripción solicitada, siempre que se aporte nuevamente la escritura a la que se encuentre incorporado el acuerdo de cesión con la reversión.

VÍAS PECUARIAS

R. 4 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 781)

Deniega la inscripción de un auto judicial dictado en expediente de dominio para registrar un exceso de cabida, tramitado conforme a las normas anteriores a la Ley 13/2015, porque, solicitado por la registradora el informe previsto en el artículo 22 Ley Montes, la Comunidad Autónoma comunica que la parcela está afectada por una vía pecuaria no deslindada, que no consta en el título ni en el Registro.

Las vías pecuarias son bienes de dominio público y, por ello, inalienables, imprescriptibles e inembargables, propiedad de la Comunidad Autónoma (artículo 2 LVP). La protección registral del dominio público no se limita al que consta inscrito, sino que se extiende a todo aquél de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador. Por ello, las leyes de costas, montes y vías pecuarias exigen al registrador, con carácter previo a la inscripción, recabar informe o certificación administrativa que acrediten que la invasión pretendida no invade el dominio público.

Los otros defectos de la calificación se desestiman. Aunque la Comunidad Autónoma no ha sido notificada dentro del procedimiento como titular de la vía pecuaria, sí que lo ha sido como titular catastral de la autovía colindante. No resultan afectados montes públicos, según resulta de sendos informes de la Comunidad Autónoma y del Ayuntamiento. Al expedir la certificación inicial, el registrador no planteó dudas sobre la identificación de la finca o la posible invasión de colindantes, quienes además han sido citados en el procedimiento.

CANCELACIÓN

R. 12 enero 2017 (BOE 26, 31-I-17: 999)

Constando inscrito un derecho de opción de compra a favor de una sociedad, los titulares del dominio solicitan ahora su cancelación en base a que no se ha ejercitado la opción. La Dirección lo deniega pues, inscrito un derecho, sólo procede su cancelación por consentimiento del titular registral o por resolución judicial firme en que aquél sea parte (artículo 82 LH). Afirma el recurrente que no se recogió en la inscripción un título complementario por el que se pactó un plazo de caducidad convencional de tres meses. Pero lo cierto es que

el recurso gubernativo procede sólo contra calificaciones negativas, por no rectificar el contenido del Registro.

R. 24 mayo 2017 (BOE 140, 13-VI-17: 6689)

Revoca la calificación que denegaba la cancelación por caducidad de una condición resolutoria, por no acreditarse el pago, exención o no sujeción fiscal (artículo 254 LH).

Aunque el título calificado es una instancia privada y por ello el notario carece en general de legitimación para recurrir la calificación, en este caso sí que la tiene por su condición de firmante de la instancia, en la cual manifiesta que autorizó en su día una cancelación no inscrita y que está facultado por los herederos interesados para instarla ahora por caducidad.

En cuanto al fondo, la decisión del registrador carece de fundamento porque el documento no está sujeto a ningún tributo. Pese a estar suscrito por quien ostenta la condición de notario, no es una escritura pública, sino un documento privado, que por tanto, no está sujeto a la modalidad gradual del impuesto de actos jurídicos documentados. Por otro lado, no contiene ninguna operación societaria ni transmisión patrimonial -onerosa o gratuita-, por lo que tampoco está sujeto a ningún tributo autonómico ni local sobre las transmisiones.

R. 30 mayo 2017 (BOE 148, 22-VI-17: 7126)

Continúa el supuesto de hecho de la R. 31 julio 2014 (BOE 231, 23-IX-14: 9656), en cuyo supuesto constaba inscrita una hipoteca del artículo 154 LH, en garantía del tenedor inicial y de los tenedores presentes o futuros de varias letras de cambio pagaderas en fechas sucesivas entre 1995 y 2000. También constaba inscrita una dación realizada por el deudor a favor del tenedor inicial, en pago de la deuda nacida por el impago de algunas de estas letras, con vencimiento en 1996 y 1997. El título calificado era la instancia por la que los nuevos titulares de la finca solicitaban la cancelación de la hipoteca por confusión de derechos, ya que en su día el acreedor hipotecario fue titular registral de la finca hipotecada. La Dirección lo denegó. Es doctrina reiterada que los artículos 154-156 LH sobre hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador, son aplicables por analogía a las hipotecas cambiarias; y que por tanto no puede cancelarse la hipoteca sin acreditar la inutilización de los títulos, con el fin de evitar la doble ejecución de los mismos. En el caso resuelto, no constaba la inutilización de los títulos impagados, pero tampoco ni siquiera la de los títulos de vencimiento posterior. Tampoco procedía alegar prescripción, pues una cosa es la prescripción de la acción cambiaria (tres años desde el vencimiento, según el artículo 88 Ley Cambiaria) y otra la de la acción hipotecaria aplicable a la garantía real y a su inscripción (20 años, según el artículo 128 LH). Además, el hecho de la prescripción no es cuestión que pueda apreciar directamente el registrador, por carecer de medios para resolver sobre su cómputo, interrupción y efectos, cuestiones que deben plantearse judicialmente.

La R. 30 mayo 2017 vuelve a denegar la cancelación, pretendida ahora mediante la aportación de nuevos documentos. En concreto se aporta el auto judicial que pone fin -por concurrir causa de nulidad- a un procedimiento instado por el tenedor de las letras contra los actuales titulares. Este auto no es título hábil a efectos del artículo 82 LH, sino que su finalidad es sólo poner fin al procedimiento inicia-

do, de modo que será título hábil para cancelar la nota marginal del artículo 688 LEC, pero no para cancelar la inscripción de hipoteca.

CARRETERAS

R. 26 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5428)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa referida a una finca cuyo lindero oeste fue modificado, pasando de un lindero nominal a carretera nacional. Ciertamente el Ministerio de Fomento tiene derecho de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas intervenciones de fincas colindantes con el dominio público viario (artículo 30-9 Ley Carreteras 37/2015), pero sin que se establezca el cierre registral por falta de notificación, a diferencia de lo que se establece en otros supuestos (artículos 25 LAU, 22 LAR, 25 Ley Montes, 40-2 Ley Patrimonio Natural, 38 Ley Patrimonio Histórico Español).

Por otro lado, en el título se modifica el lindero en cuestión, como camino, lo cual queda justificado mediante la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada. Para modificar el lindero, el registrador exige la inscripción de la representación gráfica georreferenciada por el procedimiento del artículo 199 LH. Sin embargo, la Dirección considera también suficiente para modificar la descripción literaria de sólo un lindero, que se mantiene como fijo, la acreditación fehaciente de la rectificación mediante certificación catastral, ya que no implica la delimitación física de toda la finca, ni altera su superficie, ni resulta contradictoria por otras titularidades o georreferenciaciones inscritas, ni hay dudas de identidad.

R. 5 mayo 2017 (BOE 121, 22-V-17: 5659)

Deniega la cancelación de una inscripción de agrupación de fincas, en la que se ha inscrito la representación gráfica georreferenciada de la finca, tras la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH. La cancelación es instada por la Comunidad Autónoma, quien alega que se ha inscrito indebidamente a nombre de los titulares de la finca agrupada, una franja de tres metros de dominio público contados desde el borde de cuneta de una carretera pública.

Los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1 LH). Su rectificación o cancelación exige, bien el consentimiento del titular registral o los titulares de algún derecho, bien resolución judicial recaída en juicio entablado contra todos ellos (artículo 40-d LH).

CONCURSO

R. 22 marzo 2017 (BOE 82, 6-IV-17: 3806)

En el inventario de la masa activa del concurso se asignó a unas fincas un valor de mercado de 2.500.000 euros, en el informe previsto en los artículos 74 y siguientes Ley Concursal. En 2011 se aprueba el plan de liquidación, según el cual: las fincas debería ser enajenadas mediante sistema de puja, por valor no inferior a 1.250.000 euros; en caso de puja fallida, se procedería a la venta directa "al mejor precio posible, acorde a las difíciles circunstancias del mercado"; no obstante, en el propio plan se hizo constar que el precio de 600.000 euros, señalado por la sociedad concursada, se consideraba muy reducido. Ahora se debate si, fallida la



puja, para inscribir la venta directa de las fincas otorgada en 2016 por precio de 350.000 euros, es precisa la autorización del juez del concurso, tal y como exige el registrador por entender que existe contradicción entre la determinación de los administradores concursales de que un precio es muy reducido, y la previsión de que la venta directa deba realizarse por el mejor precio posible.

La Dirección admite la inscripción. Al igual que sucede con los contratos, las cláusulas de los planes de liquidación deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1285 Cc); y si alguna admite distintos sentidos, debe interpretarse en el más adecuado para que produzca efecto (1284). Entre la fecha de aprobación del plan de liquidación y la fecha de la venta directa ha pasado un dilatado período de tiempo, que ha podido determinar la disminución de valor de los bienes.

CONCURSO DE ACREEDORES

R. 14 diciembre 2016 (BOE 6, 7-I-17: 215)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo, ordenada en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, sobre una finca cuya titular registral es una sociedad que se encuentra en situación concursal, habiéndose concluido el concurso por insuficiencia de masa activa.

Es preciso acreditar, mediante resolución del juez concursal, si la finca se incluyó en la masa activa de la sociedad concursada y si se vio o no afectada por el plan de liquidación aprobado (artículo 179 LC). En el caso resuelto, nada consta en el Registro de la Propiedad sobre la situación concursal de la sociedad titular, pero esto no impide la posible inclusión de la finca en la masa activa del concurso y en el plan de liquidación, a cuyas determinaciones habría que estar. El reflejo registral del concurso no tiene carácter constitutivo y no es una carga sobre la finca, sino una situación subjetiva del titular, que afecta a la disposición de sus bienes y que produce efectos desde el auto que la declara.

R. 10 enero 2017 (BOE 26, 31-I-17: 995)

Deniega la inscripción de una adjudicación derivada de un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. La demanda ejecutiva se presentó al Juzgado tres días después de la fecha en que se habían emitido dos autos: el de apertura de la fase de liquidación; y el que declaraba que los bienes ejecutados no estaban afectados a la actividad profesional del deudor (que, de hecho, había cesado al tiempo de declararse el concurso, con extinción de todos los contratos de trabajo).

La apertura de la fase de liquidación de la masa activa unifica el tratamiento de todos los bienes, de modo que supone la pérdida del derecho de ejecución separada respecto de todas las acciones reales no ejercitadas, afecten o no a bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Este carácter del bien es indiferente cuando se ha iniciado la fase final del concurso. El acreedor no pierde el privilegio sustantivo: seguirá siendo acreedor con privilegio especial (artículo 90-1-1º LC), pero pierde el privilegio procesal.

R. 19 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1227)

Una vez aprobado el convenio de acreedores de una sociedad concursada, ésta constituyó una hipoteca. Posteriormente, se inició

procedimiento judicial de ejecución de esta hipoteca ante el juez territorialmente competente, quien solicitó la expedición de certificación de dominio y cargas, que el registrador denegó estimando que era imposible la ejecución separada mientras no se declarase la innecesidad del bien para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Una vez abierta ya la fase de liquidación, el juez territorial vuelve a solicitar la expedición de la certificación de dominio y cargas, expresando que en nada afecta la finca hipotecada a la actividad de la sociedad ejecutada, la cual queda disuelta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. El registrador deniega la segunda solicitud y la Dirección confirma la denegación.

La posibilidad de formalizar créditos hipotecarios durante la fase de convenio queda fuera de toda duda, pues el deudor recupera sus facultades dispositivas, que habían quedado suspendidas desde la declaración de concurso (artículo 133-2 LC). Los créditos contraídos por el concursado en fase de convenio para poder continuar el ejercicio de su actividad, se califican como créditos contra la masa (artículo 84-2-5º LC), si bien tal calificación compete en exclusiva al juez concursal; y la jurisprudencia admite su ejecución separada. La declaración sobre la no necesidad del bien para la continuidad de la actividad, procede sólo en fase de declaración de concurso y competen en exclusiva al juez concursal. Una vez aprobado el convenio con los acreedores, queda superada la paralización de ejecuciones singulares del artículo 55 LC, sin perjuicio de lo que pudiera establecer el propio convenio. En consecuencia, aprobado judicialmente el convenio de acreedores desaparece todo obstáculo para la ejecución separada de créditos, concursales o contra la masa, necesarios o innecesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Una vez aprobada la fase de liquidación ya no es viable la empresa, por lo que resulta extraño hablar de bienes necesarios o no para continuar la actividad de la misma.

En el caso resuelto, concurren los presupuestos que permiten una ejecución separada, por lo que el acreedor conserva su condición de ejecutante y no cambiaría el procedimiento. Pero la competencia para la ejecución será la del juez concursal (artículo 57-3 LC), en pieza separada dentro del concurso.

R. 10 marzo 2017 (BOE 70, 23-III-17: 3107)

R. 10 marzo 2017 (BOE 70, 23-III-17: 3108)

Una sociedad, titular de varias fincas gravadas con hipoteca, es declarada en concurso con simultánea conclusión del mismo por insuficiencia de masa activa, ordenándose a la vez la extinción de la sociedad y el cierre de su hoja en el Registro Mercantil. Las partes acreedora y deudora acuerdan un negocio jurídico complejo: la segunda se obliga a reintegrar a la primera la cantidad obtenida por la venta de las fincas a un tercero, condonando la entidad acreedora el resto de la deuda. La cancelación y la venta se instrumentan en dos escrituras con números sucesivos de protocolo, que se presentan a la vez, de las que resulta que los cheques recibidos por el acreedor que cancela son los mismos entregados por el comprador en la compraventa. El registrador inscribe la cancelación, pero deniega la inscripción de la venta, por entender que la condonación parcial ha producido un activo sobrevenido que debe ponerse a disposición de los demás acreedores, lo cual obliga a reabrir el concurso. Solicitada autorización de la venta al juez concursal, éste se declara incompetente, porque el concurso está archivado y no se ha solicitado su reapertura.



Resoluciones

La Dirección admite la inscripción. Cancelación y venta son operaciones liquidatorias vinculadas entre sí, cuya inscripción o denegación debe ser conjunta. En general, dispone el artículo 176-bis-2 que, cuando el concursado es persona jurídica, la apertura de la fase de liquidación implica la sustitución de los administradores ordinarios por los concursales. Pero existe un vacío legal en el caso de que apertura y conclusión del concurso sean simultáneas, de modo que no haya administración concursal designada. La solución que salvaguarda los intereses de los acreedores y los socios, facilitando la operatividad y representación de la sociedad hasta su extinción, es la equiparación con el caso de sociedad mercantil disuelta en que la junta no ha designado liquidador alguno; es decir, la conversión automática del último administrador inscrito en liquidador con poder de representación limitado a las operaciones liquidatorias. Eso sí, para inscribir en el Registro de la Propiedad dichas operaciones, deberá acreditarse -como en el supuesto resulta del mencionado pronunciamiento del juez concursal- que no se ha solicitado la reapertura del concurso conforme al artículo 179 LC. No cabe exigir la posterior ratificación del juez concursal, porque -salvo el caso de solicitud de reapertura- el archivo del procedimiento determina el cese de su competencia.

COSTAS

R. 18 abril 2017 (BOE 101, 28-IV-17: 4661)

Deniega la inscripción de la venta de una finca afectada por un deslinde del dominio público marítimo-terrestre.

El artículo 36 Reglamento de Costas (aprobado por RD 876/2014) ordena al registrador suspender la inscripción si la finca intersecta o colinda con el dominio público conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, quien debe suministrarla a la DGRN en soporte electrónico, previendo la existencia de una aplicación informática que permita relacionar la representación gráfica de la finca con la descripción contenida en el folio real. Esta aplicación ha sido homologada mediante R. 2 agosto 2016 (DGRN).

En el supuesto resuelto, aunque la superficie de la finca se corresponde con la que figura en el Registro, la representación gráfica catastral incorporada al título no se corresponde con la nueva descripción de la finca, por lo que no puede determinarse la ubicación de ésta en relación con el dominio público. Tampoco se ha aportado certificación del Servicio de Costas que ubique y delimite la finca (que era la solución provisionalmente admitida hasta que se ha homologado la referida aplicación).

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

R. 10 enero 2017 (BOE 26, 31-I-17: 994)

Deniega la inscripción de una segregación de finca rústica que produce una parcela inferior a la unidad mínima de cultivo, porque, si bien se incorpora licencia municipal de segregación, habiendo notificado el registrador en la vía del artículo 80 RD 1093/1997 a la Comunidad Autónoma, ésta ha declarado -dentro del plazo de 4 meses a que alude el precepto- la nulidad de la segregación, al amparo de los artículos 24 y 25 Ley 19/1995, sin que se estime la aplicación de ninguna de las excepciones del segundo de los artículos citados.

La licencia de segregación puede bastar en el aspecto urbanístico, pero en lo agrario la competencia no es local, sino de la Comunidad Autónoma.

No obstante, en este supuesto concreto, la finalidad de la segregación es constituir una explotación ganadera autorizada por el Ayuntamiento, lo cual podría constituir un supuesto de excepción a la nulidad de la segregación; si bien la Administración autonómica declara la nulidad porque no se le ha aportado la escritura ni ninguna otra documentación que acredite los requisitos de la excepción. Por ello, aunque la declaración de nulidad obliga a denegar la inscripción de la segregación, el interesado siempre podrá obtener un pronunciamiento administrativo diferente, bien mediante la presentación de alegaciones y pruebas en el procedimiento administrativo iniciado con la comunicación registral, bien mediante los recursos pertinentes, o bien mediante nueva presentación al Registro dando lugar a una nueva comunicación del artículo 80 RD 1093/1997.

R. 16 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1220)

Se refiere a la posibilidad de inscribir una sentencia firme que declara a favor de unos cónyuges el dominio de dos parcelas de terreno integradas en una finca registral.

La Dirección revoca el defecto consistente en no haberse aportado licencia de segregación o declaración de innecesariedad. En general, la segregación es un acto eminentemente registral, cuya inscripción queda sujeta a los requisitos vigentes al tiempo de la presentación, aunque su otorgamiento se haya producido bajo un régimen normativo anterior. Pero el Tribunal Constitucional y el Supremo han matizado el principio de irretroactividad, en el sentido de admitir la aplicación de las normas a actos nacidos bajo la legislación anterior pero cuyos efectos no se hayan agotado o consumado y siempre que no perjudiquen derechos consolidados de particulares. Así, la sentencia calificada considera probado que las parcelas se segregaron materialmente en 1975, por lo que puede considerarse transcurrido el plazo de que disponía la Administración para reaccionar en reposición de la legalidad, de modo que cabe el acceso registral de la segregación por la vía procedimental del artículo 28-4 LS, con la correspondiente comunicación posterior del registrador al Ayuntamiento y a la Comunidad Autónoma. A falta de una norma o pronunciamiento judicial que declare expresamente la nulidad radical de la segregación sin licencia, este tratamiento registral es compatible con la eficacia civil y situación consolidada del acto jurídico desde el punto de vista urbanístico, por razón de su antigüedad.

No obstante, la inscripción se deniega por falta de tracto. La sentencia ordena la rectificación registral por considerar probadas dos segregaciones y transmisiones en documento privado que no accedieron al Registro. Lo procedente hubiese sido la reanudación del tracto, la cual sólo se puede obtener por sentencia declarativa si hubiesen sido demandados todos los titulares registrales e intermedios, y se hubiese pedido y obtenido la declaración de validez de todos los títulos intermedios. En este caso, sin embargo: no ha sido demandado el primer titular intermedio, ni todos y cada uno de los titulares posteriores integrantes de una comunidad de propietarios, la cual carece de personalidad jurídica, por lo que no resulta suficiente que, como vendedora, hubiese sido representada por tres personas físicas.



R. 7 marzo 2017 (BOE 70, 23-III-17: 3102)
R. 13 febrero 2017 (BOE 57, 8-III-17: 2484)

La segregación es un acto eminentemente registral, cuya inscripción queda sujeta a los requisitos vigentes al tiempo de la presentación, aunque su otorgamiento se haya producido bajo un régimen normativo anterior. El Tribunal Constitucional y el Supremo han matizado el principio de irretroactividad, en el sentido de admitir la aplicación de las normas a actos nacidos bajo la legislación anterior pero cuyos efectos no se hayan agotado o consumado y siempre que no perjudiquen derechos consolidados de particulares. Para la Dirección esta retroactividad deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de parcelación conformes con la legislación vigente al tiempo de producirse. En consecuencia, por vía de analogía se admite la prescripción acreditada para inscribir, no sólo edificaciones (artículo 28-4 LS), sino también divisiones o segregaciones antiguas, pero eso sí, siempre a falta de una norma estatal o autonómica que declare expresamente la nulidad de la parcelación sin licencia, o de un pronunciamiento judicial en tal sentido.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 13 febrero 2017 deniega la inscripción de una sentencia firme actual que declara la adjudicación de parcelas constitutivas de una misma finca registral. La sentencia entiende acreditada la práctica de la segregación realizada con anterioridad a la legislación que actualmente impone la obligación de aportar licencia municipal o declaración de innecesariedad (artículos 17 LS y 143 Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid). Pero el dato relevante para la Dirección es que la declaración de innecesariedad solicitada por los interesados ha sido denegada por el Ayuntamiento, por manifestar el documento municipal que cualquier actuación que implique parcelación de terrenos queda sujeta a previa licencia.

-La R. 7 marzo 2017 deniega la inscripción de una escritura de 1989 en la que se divide materialmente una finca, sin aportar licencia de segregación (exigida por los artículos 26-2 LS y 165 Ley Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha) ni certificado de innecesariedad de la misma, sino un informe actual de la Gerencia Municipal en el que se hace constar que la finca resulta indivisible, por lo que no puede otorgarse licencia. Para inscribir escrituras de parcelación por antigüedad acreditada fehacientemente podrá estimarse suficiente la declaración administrativa del transcurso de los plazos de restablecimiento de la legalidad o su situación de fuera de ordenación (o similar), procediendo entonces la aplicación analógica del artículo 28-4 LS. Como tal declaración administrativa no resulta acreditada en este supuesto, las alegaciones sobre la antigüedad de la parcelación deberán ventilarse en el seno del procedimiento administrativo y, en su caso, contencioso-administrativo.

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

R. 20 abril 2017 (BOE 113, 12-V-17: 5235)

Admite la inscripción de las fincas de reemplazo de una concentración parcelaria, aunque hay una diferencia inferior al 10%, entre la cabida de los títulos de concentración y la resultante de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas.

La aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica es requisito propio exclusivamente de las inmatriculaciones por los ar-

tículos 203 y 205 LH. La concentración parcelaria no es propiamente una inmatriculación; y le es aplicable el artículo 204 LH: cuando las nuevas fincas no hubiesen sido previamente incorporadas al Catastro, el registrador remitirá a éste copia de la representación gráfica aportada. Por tanto, admitiéndose una representación gráfica no catastral, no es aquí exigible la plena coincidencia con el Catastro, sino que resulta de aplicación el artículo 9-b LH: se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción y las diferencias de cabida -si las hubiera- no excedan del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca respecto de las colindantes.

R. 8 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5930)

Se pretende la inscripción de las fincas de reemplazo resultantes de un proceso de concentración parcelaria en Castilla-León. La Dirección no considera necesario indicar la relación de las fincas registrales afectadas por la concentración, al efecto de extender al margen de cada una el oportuno asiento de incorporación al proceso. Los artículos 222 y 235-1 LRDA imponen la inscripción obligatoria de las nuevas fincas, sin referencia a las parcelas de procedencia, aun cuando consten inscritas a nombre de personas distintas de aquéllas con quienes se entendió el procedimiento de concentración. Por lo tanto, la calificación registral de los títulos de concentración parcelaria está legalmente limitada a los resultantes de la misma, sin que se exija -a diferencia de los procesos urbanísticos- la correlación entre fincas de origen y de resultado.

No obstante, la inscripción se deniega por otros dos defectos. En primer lugar, es preciso aportar certificación catastral descriptiva y gráfica de cada una de las fincas resultantes de la concentración, pues el artículo 9-b LH, en su redacción por Ley 13/2015, contempla expresamente la concentración parcelaria como uno de los supuestos en cuya inscripción debe constar la representación gráfica georreferenciada de la finca. En el caso resuelto, aunque el procedimiento concluyó antes del 13 de noviembre de 2015, los títulos son presentados después. Por lo tanto, sin perjuicio de que la tramitación del procedimiento se rija por la legislación anterior, la inscripción deberá contener las circunstancias exigidas por la nueva norma. En segundo lugar, debe indicarse el DNI de todos los adjudicatarios de las fincas resultantes de la concentración (artículos 9-e y 254 LH, y 51-9-a RH).

DOCUMENTOS JUDICIALES

R. 22 diciembre 2016 (BOE 8, 10-I-17: 286)

Resuelve que una sentencia firme estimatoria de una tercería de dominio interpuesta en el seno de un procedimiento de apremio, es suficiente para cancelar la anotación preventiva de embargo causada en el procedimiento, pero no para inscribir el dominio a favor del tercerista. Según la Exposición de Motivos de la LEC, la tercería de dominio no se concibe ya como un proceso ordinario definitorio del dominio, sino como un incidente de la ejecución que sólo decide si procede mantener o levantar el embargo. En el caso resuelto, la sentencia de tercería contiene una declaración de dominio, pero la jueza limita el efecto de la tercería al levantamiento del embargo, por lo cual la declaración de dominio es requisito previo del levantamiento, pero no es susceptible de inscripción.

R. 18 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1224)

Deniega la inscripción de una sentencia dictada en rebeldía procesal de varios demandados, por no constar que hayan transcurrido los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión de resoluciones dictadas en rebeldía. Para inscribir una sentencia dictada en rebeldía hace falta no sólo que sea firme, sino que haya pasado el plazo de ejercicio de la acción de rescisión de sentencias en rebeldía (arts. 501 y 502 LEC).

R. 7 febrero 2017 (BOE 50, 28-II-17: 2093); R. 25 enero 2017 (BOE 38, 14-II-17: 1493); R. 30 enero 2017 (BOE 40, 16-II-17: 1610); R. 31 enero 2017 (BOE 40, 16-II-17: 1612); R. 31 enero 2017 (BOE 40, 16-II-17: 1613); R. 31 enero 2017 (BOE 40, 16-II-17: 1614); R. 10 febrero 2017 (BOE 51, 1-III-17: 2169); R. 10 febrero 2017 (BOE 51, 1-III-17: 2170); R. 10 febrero 2017 (BOE 51, 1-III-17: 2171); R. 10 febrero 2017 (BOE 51, 1-III-17: 2172); R. 10 febrero 2017 (BOE 51, 1-III-17: 2173); R. 14 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2581); R. 14 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2582); R. 14 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2583); R. 14 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2584); R. 17 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2585); R. 17 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2586); R. 21 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2588); R. 21 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2589); R. 21 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2590); R. 28 febrero 2017 (BOE 64, 16-III-17: 2888); R. 28 febrero 2017 (BOE 64, 16-III-17: 2889); R. 28 febrero 2017 (BOE 64, 16-III-17: 2890)

Admiten la práctica de asientos ordenados por la autoridad judicial. Generado electrónicamente el correspondiente mandamiento judicial y remitido del mismo modo al procurador, éste lo traslada a papel y lo presenta en el Registro de la Propiedad. El documento presentado tiene al pie de cada una de sus hojas el código seguro de validación, así como advertencia sobre la posibilidad de verificación de la integridad de la copia en determinada dirección, la afirmación de que el documento incorpora firma electrónica reconocida en la forma legal, identidad del firmante, fecha y hora.

La registradora deniega el asiento solicitado, por entender que no resulta la autenticidad de la copia a los efectos del artículo 3 LH, la Dirección revoca la calificación. El artículo 30-5 de la Ley 11/2007 dispone que las copias en papel de los documentos administrativos emitidos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas, siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros códigos de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante acceso a los archivos electrónicos de la Administración emisora. Estas consideraciones son aplicables a los documentos judiciales (artículo 230 LOPJ).

R. 1 febrero 2017 (BOE 45, 22-II-17: 1808)

Consta practicada sobre una finca anotación preventiva de embargo ordenada en procedimiento de ejecución de títulos no judiciales, derivado del impago de un préstamo hipotecario inscrito. En virtud del correspondiente mandamiento judicial se practicó nota de expedición de certificación de dominio y cargas a los efectos del artículo 656 LEC. Ahora se presenta el mismo mandamiento, en unión de dos diligencias de adición que indican que se inicia la vía de apremio y ordenando que se expida certificación de dominio y

cargas, pero esta vez a los efectos del artículo 688 LEC. La Dirección lo admite.

Ante el impago de la deuda garantizada con hipoteca, nada impide al acreedor acudir, en lugar del procedimiento de acción directa, al general de ejecución previsto por la LEC para cualquier título ejecutivo, o incluso al procedimiento ordinario. Por ello, aunque se haya practicado la nota del artículo 656 con notificación a los titulares de cargas posteriores a la anotación ejecutada, cabe practicar después la nota del artículo 688 al margen de la hipoteca ejecutada con notificación a los titulares posteriores a la hipoteca (incluidos los intermedios, inscritos entre ésta y la anotación de embargo). Por lo demás, los mandamientos, como actos de comunicación que son, quedan bajo la competencia del letrado de la Administración de Justicia (artículo 279-3 LOPJ). El contenido de la adición debe entenderse incorporado al mandamiento original, lo que hace innecesaria la expedición de un nuevo mandamiento.

R. 7 marzo 2017 (BOE 70, 23-III-17: 3103)

Deniega la inscripción de un testimonio de sentencia firme de división de cosa común, dictada en rebeldía procesal de uno de los demandados, sin que conste el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión.

Para que una sentencia dictada en rebeldía sea inscribible, además de ser firme, deben haber transcurrido los plazos para ejercitar la rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, que se cuentan desde la notificación de la sentencia: veinte días, si la sentencia se notificó personalmente; cuatro meses, si la notificación no fue personal; dieciséis meses en caso de subsistencia de una causa de fuerza mayor. El transcurso de tales plazos de caducidad deberá constar del mismo documento judicial o de otro que lo complemente. Entre tanto no transcurran estos plazos, la sentencia sólo podrá ser anotada preventivamente (artículo 524 LEC).

R. 23 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3844)

R. 23 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3845)

Admite la práctica de asientos ordenados por la autoridad judicial. Generado electrónicamente el correspondiente mandamiento judicial y remitido del mismo modo al procurador, éste lo traslada a papel y lo presenta en el Registro de la Propiedad. El documento presentado tiene al pie de cada una de sus hojas el código seguro de validación, así como advertencia sobre la posibilidad de verificación de la integridad de la copia en determinada dirección, la afirmación de que el documento incorpora firma electrónica reconocida en la forma legal, identidad del firmante, fecha y hora.

La registradora deniega el asiento solicitado, por entender que no resulta la autenticidad de la copia a los efectos del artículo 3 LH, la Dirección revoca la calificación. El artículo 30-5 de la Ley 11/2007 dispone que las copias en papel de los documentos administrativos emitidos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas, siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros códigos de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante acceso a los archivos electrónicos de la Administración emisora. Estas consideraciones son aplicables a los documentos judiciales (artículo 230 LOPJ).



R. 3 abril 2017 (BOE 93, 19-IV-17: 4277)

R. 3 abril 2017 (BOE 93, 19-IV-17: 4278)

No exigen el nombramiento de defensor judicial para inscribir una sentencia declarativa de dominio adquirido por usucapión (extraordinaria en la 4277; y ordinaria en la 4278), contra titulares inscritos hace más de 30 años. La demanda se ha dirigido contra los herederos genéricos de los titulares y no contra personas determinadas como posibles herederos. Sin embargo, el nombramiento de defensor judicial se considera en este caso concreto una exigencia excesiva, dada la rotundidad de los hechos que la sentencia considera probados y sobre los que se fundamenta la adquisición por usucapión. Por lo demás, la Dirección interpreta los apartados segundo-tres y segundo-cuatro del artículo 208 LH, sobre reanudación del tracto, en el sentido de que: cuando la última inscripción de dominio tenga menos de 30 años de antigüedad, hay que citar personalmente al titular o sus herederos; cuando -como en este caso- tenga más de 30 años, la citación al titular debe ser nominal, pudiendo practicarse no obstante por edictos, y la citación a los herederos del titular puede ser por edictos, debiendo ser nominal sólo si consta su identidad en la documentación aportada.

No obstante, en la R. con número 4277 la inscripción se deniega por otros defectos. Habiéndose dictado la sentencia en rebeldía de los demandados, no se acredita el transcurso de los plazos de rescisión del artículo 502 LEC. No constan del título todas las circunstancias personales de adquirente exigidas por la legislación hipotecaria. No se ha ordenado la cancelación de las inscripciones contradictorias, siendo tal cancelación necesaria, en la medida en que la usucapión es una forma de adquisición originaria, al no existir relación de causalidad entre el anterior titular y el nuevo.

Por el contrario, en la R. con número 4278 se admite la inscripción al desestimarse también el otro defecto de la calificación. No es preciso demandar a todos los titulares intermedios, ya que los demandantes fundan la declaración de propiedad a su favor, no en la cadena de transmisiones, sino en la prescripción. Otra cosa es que se hayan aportado los títulos anteriores al del aportante, lo cual ha funcionado como “justo título” a los efectos de apreciar que la prescripción es ordinaria.

R. 24 mayo 2017 (BOE 140, 13-VI-17: 6687)

Los titulares de una cuarta parte indivisa de una finca, junto con los demás condueños, declararon la obra nueva y división horizontal de un edificio en tres departamentos; y se adjudicaron uno de ellos. Ahora se presenta mandamiento derivado de la sentencia firme que declara la nulidad del título de adquisición de los titulares de esa cuarta parte -quienes han sido los únicos demandados-, y ordena la cancelación del asiento causado por esa adquisición y de los posteriores.

La Dirección lo deniega. Los asientos posteriores que traen causa de otro, cuyo título ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados como consecuencia de una declaración de nulidad del primero, si en el procedimiento en que se declara dicha nulidad no han intervenido los titulares de los mismos (siendo así que la demanda del juicio en que se declaró la nulidad no fue anotada preventivamente).

DONACIÓN

R. 12 diciembre 2016 (BOE 4, 5-I-17: 181)

Admite la inscripción de una donación a dos donatarios de 14 y 17 años, en la cual el donante establece: que la donación no será colacionable; que deberá ser imputada por este orden a los tercios de libre disposición, mejora y legítima; y que, una vez fallecido el donante, los donatarios no podrán disponer sin el consentimiento de su madre.

La Dirección desestima los tres obstáculos de la calificación. Primero, entiende el registrador que existe contradicción de términos: la posibilidad de imputación a la legítima implica que la donación es colacionable. Por el contrario, entiende la Dirección que no hay contradicción, pues colación e imputación son instituciones diferentes. Imputación es colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, legatario o donatario. La colación se refiere al cálculo de la legítima y es la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado, una vez fallecido el causante. El causante puede dispensar de colación a un legitimario, pero no puede impedir que las atribuciones gratuitas realizadas en su favor se computen para calcular la legítima (artículo 813 Cc). Es la misma solución de la R. 12 diciembre 2016 (BOE 4, 5-I-17: 180), referida a la calificación de una donación, donde sólo se apreciaba este defecto.

En segundo lugar, la prohibición de disponer establecida no constituye gravamen sobre la legítima futura, ya que no hay legítima hasta que no hay fallecimiento del causante. Tampoco la aceptación de una donación en la que el donante incluya un orden de imputación implica una renuncia o transacción sobre la legítima futura (prohibida en el artículo 816 Cc), pues la determinación de ese orden es un acto unilateral del donante, sin que el donatario -presunto legitimario- esté renunciando al aceptar la donación a las acciones en defensa de la legítima que pudiera corresponderle.

El tercer defecto consiste en entender que los donatarios menores de edad carecen de capacidad para aceptar donaciones con prohibición de disponer. Ciertamente dispone el artículo 626 Cc que quienes no pueden contratar no pueden aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes; y es opinión doctrinal generalizada que este artículo utiliza el término “condición”, no en su sentido técnico, sino como “gravamen” (de forma similar al artículo 647). Sólo quedarían dentro del supuesto del artículo 626 los gravámenes que impongan una obligación al donatario menor, como ocurriría por ejemplo, si el donante se reservase el usufructo, del cual pueden nacer futuros créditos o deudas entre las partes. Respecto de la prohibición de disponer, el menor que acepta la donación de un inmueble, en ningún caso tiene la libre disponibilidad del mismo. Además, aunque la prohibición limita las facultades dispositivas del donatario y podría causarle un perjuicio en relación con los hipotéticos gastos derivados de una propiedad no disponible libremente, toda propiedad tiene gastos inherentes y no por ello toda donación es onerosa.

R. 20 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2587)

Admite la inscripción de una escritura calificada de “donación inter vivos con eficacia post mortem”, mediante la cual la esposa propietaria dona un derecho de habitación sobre la vivienda familiar a

su esposo, con carácter irrevocable, estableciendo que el derecho sólo surtirá efecto si al fallecimiento de la propietaria el habitacionista no estuviese separado ni divorciado y tuviese su domicilio en la finca descrita. El registrador deniega la inscripción por entender que se trata de una donación "mortis causa" revocable, mientras que la Dirección entiende que es una donación inter vivos irrevocable e inscribible.

Hay donación mortis causa cuando el donante no pierde el dominio ni la libre disposición de lo donado, de modo que no hay verdadera transmisión de un derecho, sino creación de una mera expectativa a favor del beneficiario, por lo que la donación no produce efecto hasta la muerte del donante (que tendría valor de "conductio iuris", como en el testamento), tiene carácter revocable (artículo 620 Cc) y no es inscribible sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria.

En cambio, hay donación inter vivos irrevocable e inscribible actualmente, cuando -como en el caso resuelto- se produce una situación de pendencia en beneficio del favorecido, de modo que la muerte del donante es sólo condición o término; es decir, cuando hay transmisión del derecho aunque su eficacia quede suspendida.

EXCESO DE CABIDA

R. 13 diciembre 2016 (BOE 4, 5-I-17: 182)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia, respecto de una finca que consta inscrita con superficie ignorada, a la cual el título le atribuye determinada cabida según reciente medición, pero sin que se aporte referencia catastral. La inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía inscrita, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, sí que tiene cierta entidad inmatriculadora, por lo que exige acreditar la ubicación y delimitación geográfica de dicha superficie, con las debidas garantías de notificación a los colindantes potencialmente afectados, utilizando para ello, bien el procedimiento del artículo 199 LH (que en el supuesto resuelto no puede entenderse solicitado ni siquiera tácitamente, al no haberse aportado certificación catastral ni georreferenciación alternativa), bien el expediente del artículo 201-1. No cabe el procedimiento excepcional del artículo 201-3, que está reservado a los casos en que el exceso no sea mayor del 5% ó el 10% de la cabida inscrita, porque en este caso no consta inscrita cabida alguna.

Sin embargo, se desestiman los demás defectos de la calificación. Respecto de otra finca, se admite la constancia de un pequeño exceso de cabida (del 0'83%), en la vía del artículo 201-3 LH, puesto que el registrador no ha expresado dudas en su calificación sobre la realidad de la modificación solicitada. También se accede a la cancelación de un usufructo vitalicio (aportándose certificado de defunción del titular) y de una anotación preventiva cuya caducidad se alega, por carecer la calificación de motivación alguna para su denegación.

R. 20 diciembre 2016 (BOE 7, 9-I-17: 247)

Se refiere a un expediente de rectificación de superficie, en el cual el registrador deniega la expedición de la certificación prevista en el artículo 201 LH, alegando que alberga dudas sobre la identidad de la finca y la realidad de las modificaciones solicitadas, al proceder de actos de modificaciones hipotecarias reiteradas, y que la finca

puede coincidir con otras ya inscritas. Para la Dirección, las dudas no están justificadas: la existencia de previas modificaciones hipotecarias sólo está prevista en el apartado 3 del artículo 201, pero no en el apartado 1, donde podría servir de indicio si concurriera con otras circunstancias. La posibilidad de doble inmatriculación no está motivada, pues no hay referencia a cuáles pueden ser las fincas afectadas ni qué circunstancias fácticas de las mismas (situación, linderos...) llevan a tal conclusión.

En lo que sí se da razón a la calificación es en que las dudas del registrador deben ya ser manifestadas al tiempo de expedir la certificación, para evitar dilaciones y trámites innecesarios. La inscripción se deniega porque en el título se atribuyen tres superficies diferentes a la finca que se pretende rectificar: la literaria, la del certificado catastral y la de un informe técnico. Debe aclararse qué descripción es la que se pretende que acceda al Registro, si bien hay que tener en cuenta que en el procedimiento del artículo 201 LH es preceptiva la aportación de una representación gráfica, por lo que ésta prevalece sobre la literaria. Lo que ocurre es que en el caso resuelto se aportan dos representaciones gráficas, la catastral y la del técnico, sin que se determine cuál es la que se quiere inscribir.

R. 26 enero 2017 (BOE 38, 14-II-17: 1495)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida declarado en acta de notoriedad complementaria de título público adquisitivo, conforme a las normas vigentes antes de la Ley 13/2015 (artículo 298-3 RH), por entender fundadas las dudas de la registradora, por concurrir las siguientes circunstancias: la finca procede de una segregación anterior; constatación previa de otro exceso de cabida, constando con exactitud la superficie anterior; alteración de linderos fijos. Todo ello lleva a la registradora a afirmar la posible invasión de dominio público o la existencia de negocios encubiertos de modificación de entidades hipotecarias.

R. 17 febrero 2017 (BOE 57, 8-III-17: 2491)

Admite la inscripción de un procedimiento declarativo ordinario por el que se declara un gran exceso de cabida (de 15 áreas a 115), al que le resulta de aplicación la Ley 13/2015. Es doctrina consolidada la que permite acordar la inscripción de un exceso de cabida en un procedimiento declarativo. El actual 204 LH permite la inmatriculación mediante procedimiento declarativo en el que hayan sido demandados todos los interesados.

Siendo la rectificación de cabida superior al 10%, la inscripción que se practique deberá contener la representación gráfica georreferenciada, que a solicitud del interesado, podrá ser obtenida directamente por el registrador en la sede electrónica de la DGC. Procedimentalmente la notificación a posibles colindantes afectados deberá haberse realizado en el procedimiento judicial, por lo que bastará, para inscribir la georreferenciación, con que el registrador notifique a los colindantes inscritos el hecho de haberse practicado la inscripción.

R. 6 marzo 2017 (BOE 70, 23-III-17: 3100)

Suspende la inscripción de un exceso de cabida declarado en acta de notoriedad complementaria de título público de adquisición, cuyo asiento de presentación es posterior a la entrada en vigor de la Ley 13/2015. El primer defecto es la falta de notificación



a titulares colindantes. En efecto, sólo ha resultado notificado uno de los colindantes del título, ya que las notificaciones se hicieron a los titulares catastrales: con uno de ellos el notario intentó infructuosamente la notificación personal, sin haber intentado después la notificación mediante correo certificado con acuse de recibo, que prevé el artículo 202 RN, aplicable a estos procedimientos (R. 5 marzo 2012); y los otros colindantes catastrales han sido notificados mediante comparecencia voluntaria en la notaría. También se consideran fundadas las dudas de la registradora sobre la identidad de la finca, al fundarse en el motivo legal de procedencia de la finca por segregación, a lo cual se añade la falta de intervención de la totalidad de los colindantes.

Para inscribir la rectificación pretendida habrá que acudir a alguno de los procedimientos introducidos por la Ley 13/2015 en los artículos 199, 200 y 201 LH. En otro caso, habría que instar procedimiento judicial declarativo de dominio, con citación de posibles perjudicados.

EXPROPIACIÓN FORZOSA

R. 9 febrero 2017 (BOE 51, 1-III-17: 2168)

Deniega la inscripción de una autodenominada “escritura de elevación a públicos de acuerdos expropiatorios”, que realmente tiene la naturaleza de un acta notarial de protocolización de determinados documentos administrativos -que como tales, ya eran públicos- relativos a una expropiación forzosa. El título está otorgado sólo por la entidad beneficiaria de la expropiación.

Uno de los documentos incorporados es el acta de ocupación, que sólo aparece firmada por uno de los seis titulares registrales, siendo requisito para la inscripción del procedimiento expropiatorio que haya sido entendido con los titulares registrales (artículo 32-2 RH).

Por el contrario, se desestima el otro defecto, consistente en la falta de acreditación del pago o consignación del justiprecio, que el citado artículo exige para la inscripción de todo procedimiento expropiatorio, aunque -como en este caso- se haya seguido el procedimiento de urgencia, que permite ocupar la finca antes de determinar y pagar el justiprecio. Sin embargo, de uno de los documentos protocolizados (“Reintegro de Depósitos en Metálico sin Interés”), resulta la especificación del importe total correspondiente a cada expropiado y el oficio dirigido al Servicio Provincial de la Consejería de Economía y Hacienda al objeto de que les sean abonadas las referidas cantidades.

GEORREFERENCIACIÓN

R. 4 abril 2017 (BOE 93, 19-IV-17: 4281)

Se refiere a una escritura de incorporación de base gráfica con actualización de cabida y linderos. La registradora deniega la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH, alegando tener dudas respecto de la correspondencia entre la representación gráfica y la finca inscrita, ya que se pretende inscribir una modificación de cabida (en este caso, una disminución) superior al 10%.

La Dirección, tras repasar los medios existentes para registrar excesos de cabida tras la Ley 13/2015, estima el recurso y entiende que no puede rechazarse la representación de una representación gráfica catastral por el motivo que alega la registradora, cuyas dudas a estos efectos sólo pueden referirse a que la representación gráfica coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias; pero sin que existan limitaciones a la utilización del procedimiento por la diferencia de cabida.

R. 6 abril 2017 (BOE 94, 20-IV-17: 4322)

Admite la inscripción de un acta resultante de expediente de rectificación de descripción de finca tramitado conforme al artículo 201-1 LH, donde se aporta una representación gráfica alternativa a la catastral. La registradora exige que la representación sea la catastral, interpretando así la remisión que el artículo 201 LH hace al procedimiento del artículo 18 Ley Catastro Inmobiliario.

En el acta calificada el notario, tras las notificaciones a los colindantes, manifiesta que informará al Catastro de las discrepancias apreciadas, a efectos de que se incoe el procedimiento oportuno. Una vez validada técnicamente por la DGC la rectificación declarada, se incorporará la alteración al Catastro (artículo 18-2-c LCI). Con ello se posibilitará que la representación gráfica alternativa pase a ser la catastral.

Pero es que además, salvo en los supuestos de inmatriculación de fincas, no es defecto que impida la inscripción la aportación de una representación gráfica alternativa, al contemplarse expresamente esta posibilidad: en particular, en el artículo 201-1-d LH; y en general, en sus artículos 9-b y 10, respecto de los procedimientos de concordancia del Título VI y las modificaciones hipotecarias.

R. 1 junio 2017 (BOE 150, 24-VI-17: 7277)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, elaborada por técnico, una vez tramitado el expediente del artículo 199 LH, por considerar fundadas las dudas del registrador, basadas en la oposición formulada por dos titulares registrales colindantes, quienes ponen de manifiesto la posible invasión de sus fincas.

Según el artículo 9-b LH, para la incorporación potestativa de la representación gráfica, se aplican los requisitos del artículo 199, cuya principal finalidad es salvaguardar los derechos de los colindantes. Las dudas del registrador, que deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados, deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias.

HIPOTECA

R. 23 enero 2017 (BOE 35, 10-II-17: 1354)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria, por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho

antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas. El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC), cuyo efecto es sólo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos.

R. 25 enero 2017 (BOE 38, 14-II-17: 1494)

Admite la inscripción de una escritura de ampliación de capital de préstamo con ampliación de la responsabilidad hipotecaria, a pesar de que se establece, a efectos hipotecarios, un tipo máximo de intereses moratorios inferior al tipo máximo de intereses ordinarios.

La calificación impugnada parte del presupuesto de que el tipo máximo de los intereses de demora a efectos hipotecarios debe coincidir necesariamente con el importe resultante de sumar dos puntos al tipo máximo fijado a efectos hipotecarios para los intereses ordinarios. En realidad, la determinación a efectos hipotecarios de los intereses remuneratorios y moratorios pactados sólo está limitada por el hecho de que no podrán garantizarse intereses que no se puedan devengar en el plano obligacional (accesoriedad de la hipoteca). Pero por lo demás, los contratantes son libres de no garantizar los intereses, o de hacerlo plena o parcialmente, de forma independiente en cuanto a ambos conceptos. La naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios, que por su propia naturaleza son superiores a los ordinarios, opera en el ámbito obligacional y no condiciona la garantía hipotecaria.

R. 9 marzo 2017 (BOE 70, 23-III-17: 3106)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, a pesar de que la parte del precio de remate que se imputa a intereses de demora excede de la cobertura hipotecaria por tal concepto. Al tiempo de expedirse la certificación de dominio y cargas no consta en el Registro ninguna carga posterior a la hipoteca; pero al tiempo de presentar el título calificado sí que consta anotado un embargo.

En el procedimiento de ejecución directa nada impide reclamar toda la deuda, aunque exceda de la responsabilidad hipotecaria, pero siempre no que no haya terceros con cargas posteriores inscritas, el propietario del bien hipotecado sea el mismo deudor y no se encuentre en situación de concurso (artículo 692-1 LEC).

Es doctrina de la Dirección que el registrador debe comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada, pues el sobrante por cada concepto debe ponerse a disposición de los titulares de asientos posteriores, pero sólo si éstos constan en el procedimiento, bien por la certificación de cargas, bien porque, advertidos por la nota de expedición de ésta, han comparecido por propia iniciativa para hacer valer sus derechos sobre el eventual sobrante. Tener en cuenta a estos efectos a otros titulares posteriores, obligaría a una actitud inquisitiva entorpecedora del procedimiento, siendo la regulación de los trámites procesales materia reservada a la ley (artículo 117 Const.).

R. 21 marzo 2017 (BOE 82, 6-IV-17: 3805)

Admite la inscripción de una responsabilidad hipotecaria por intereses de demora superior en más de dos puntos al tipo máximo de intereses remuneratorios pactado a efectos hipotecarios.

En el ámbito obligacional, la S TS 3 junio 2016 ha fijado como criterio objetivo de abusividad, para el caso de ser aplicable la normativa de protección de los consumidores, que los intereses moratorios no pueden ser superiores en más de dos puntos a los intereses ordinarios pactados; y la Dirección ha fijado la doctrina de que la cuantía del interés moratorio, dado su carácter indemnizatorio, debe ser siempre igual o superior a la cuantía de los intereses ordinarios.

En materia de responsabilidad, ciertamente la cobertura hipotecaria no puede amparar obligaciones no existentes, ni puede tener por objeto una obligación distinta de la establecida por las partes, dado el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito (artículos 104 LH y 1857 Cc). Pero por lo demás, opera la libertad de pacto: puede no garantizarse un tipo de intereses (ordinarios o de demora), fijarse un número de años de cobertura distinto para cada clase de interés, señalar un tipo máximo superior a una respecto de la otra, sin que tengan que guardar ninguna proporción, ya que nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la hipoteca garantice sólo parte de la obligación principal (artículo 1826 Cc).

R. 30 marzo 2017 (BOE 89, 14-IV-17: 4145)

Deniega la inscripción de una escritura de préstamo garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual de la deudora (consumidora) y destinado a financiar su adquisición, por no ser ajustada a la ley la cláusula de cobertura hipotecaria por intereses de demora.

La estipulación financiera obligacional sobre intereses de demora se ajusta a las exigencias legales y jurisprudenciales. El tipo de demora será el superior en dos puntos al ordinario (límite establecido por la S TS 3 junio 2016 a efectos de abusividad), de modo que en el momento de la constitución del préstamo será del 3'5%, que respeta el límite del triple del interés legal del dinero en este momento (9%), estableciéndose también dicho límite máximo del artículo 114-3 LH para períodos futuros.

Sin embargo, la estipulación sobre cobertura hipotecaria por intereses de demora establece, respecto de terceros, un tope máximo por este concepto del 13%, añadiendo que no podrá superar el triple del interés legal del dinero vigente en cada momento. Esta previsión es aparentemente correcta, si bien el defecto radica en la expresión "frente a terceros", que no es admisible atendiendo a la doctrina registral según la cual el tope máximo de intereses a efectos hipotecarios lo es a todos los efectos. Precisamente está llamado a operar, no frente a terceros, sino en las relaciones contractuales entre el acreedor y el prestatario consumidor, de modo que si en la esfera obligacional no pueden devengarse intereses moratorios por encima de este límite legal, en ningún modo podrá garantizarse con hipoteca entre partes una obligación que nunca podrá generarse.

R. 24 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5418)

En la inscripción inicial de hipoteca se hizo constar un valor de tasación para subasta, que después fue objeto de una significativa



reducción en escritura de novación, pero sin que la reducción llegara a inscribirse. Ahora se pretende inscribir una adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria directa (artículos 681 y siguientes LEC), a favor de la entidad acreedora -al haber quedado desierta la subasta-, por el 50% de la tasación no inscrita. Con este fin se presenta de nuevo la escritura de novación y se solicita ahora la inscripción del valor de tasación reducido. La Dirección lo deniega.

Ciertamente es doctrina que la modificación del valor pactado para subasta no menoscaba el rango de la hipoteca ni precisa del consentimiento de los titulares de cargas intermedias (R. 29 febrero 2016 y R. 28 octubre 2016); pero esto sólo es así durante la fase de seguridad de la hipoteca. En fase de ejecución, la reducción del tipo de subasta disminuye la posibilidad de existencia de sobrante para el pago de las cargas posteriores. Además, la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo; y el procedimiento de ejecución directa sólo podrá realizarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de los extremos del título recogidos en el asiento.

R. 18 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6546)

Antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 se inició un procedimiento de venta extrajudicial de finca hipotecada, conforme al entonces vigente artículo 129 LH. Tras haber quedado desiertas las dos primeras subastas, el acreedor solicitó voluntariamente la suspensión de la tercera subasta durante seis meses. Ya vigente la Ley 1/2013, el acreedor solicitó al notario la convocatoria de la subasta suspendida y la reanudación del procedimiento, que concluyó con la adjudicación a la entidad acreedora, como único postor, quien cedió el remate a un tercero. Ahora la Dirección deniega la inscripción de la venta extrajudicial resultante del procedimiento reanudado.

La suspensión unilateral del procedimiento a criterio y conveniencia del acreedor vicia la tramitación del mismo y violenta el alcance del poder de representación conferido para el otorgamiento de la escritura de venta (artículo 234-1-3ª RH). La suspensión podría ser perjudicial para el deudor y los terceros, al evitar la aplicación de la Ley 1/2013, la cual da nueva redacción al artículo 236-n RH, obligando al acreedor, en caso de quedar desierta la tercera subasta, a optar entre adjudicarse el bien al tipo de la segunda subasta, o dejar que el notario dé por concluido el procedimiento, de modo que si el acreedor quisiera comenzar otra ejecución, ya sería mediante una sola subasta de carácter electrónico, con los tipos y condiciones de la LEC, que reduce la cantidad a consignar por los terceros para participar en la subasta y sólo permite la participación del ejecutante cuando existan licitadores, pudiendo mejorar las posturas que se hicieren.

R. 19 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6547)

Deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario a interés variable, por faltar la expresión manuscrita del prestatario sobre su conocimiento de los riesgos derivados de la cláusula según la cual la parte deudora nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés aplicable por debajo de cero, por lo que en ningún caso podrán devengarse intereses a su favor.

La jurisprudencia relaciona la exigencia de la expresión manuscrita prevista imperativamente en el artículo 6 de la Ley 1/2013 con los criterios de transparencia e información contractual, por lo cual debe prevalecer una interpretación extensiva proconsumidor. Concurren todos los presupuestos de aplicación del artículo 6: se ha hi-

potecado una vivienda; el prestamista es profesional y el prestatario es persona física; y existe una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés. Esta interpretación se ha visto reforzada por el artículo 2 RD-Ley 1/2017, que considera cláusula suelo a cualquiera que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés.

R. 19 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6548)

En su día se denegó la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por persona física, por incumplir los requisitos de la Ley 2/2009. Ahora se presenta una segunda escritura de préstamo entre las mismas partes, que dejan sin efecto ni valor alguno la anterior, de la que resulta que los prestamistas son consumidores que hipotecan su vivienda habitual y en la cual manifiesta el prestamista dedicarse profesionalmente a la concesión de créditos y haber cumplido las prescripciones de la citada Ley (inscripción en el Registro especial, cumplimiento de los requisitos de información de la Orden EHA 2899/2011, incluyendo aportación de oferta vinculante). El registrador deniega la inscripción porque: el incumplimiento de los deberes de transparencia del primer préstamo es defecto insubsanable; la hipoteca del segundo título no garantiza un préstamo, sino un reconocimiento de una deuda anterior e ilícita, por haber surgido antes de cumplir los requisitos de información precontractual por parte del prestamista, quien manifestó falsamente su carácter no profesional.

La omisión de la entrega al consumidor de la oferta vinculante impide la inscripción de la escritura de préstamo en su conjunto, sin que proceda inscripción parcial alguna -en caso de ser ésta posible-, ya que la deficiencia informativa afecta a todas las cláusulas contractuales. El incumplimiento de los requisitos de información precontractual y transparencia, en cuanto genera la nulidad del contrato, constituiría en principio un defecto insubsanable (R. 19 octubre 2016). Pero el riguroso efecto de esta doctrina debe ser matizado atendiendo a las particularidades de la normativa sobre protección de los consumidores: el acreedor puede acreditar o el deudor reconocer, que ha existido una auténtica negociación de las cláusulas afectadas; por otro lado, el prestatario puede convalidar la nulidad consintiendo libre e informadamente la aplicación de las cláusulas abusivas, para así evitar el perjuicio que le supondría el inevitable efecto de tener que restituir todo el dinero recibido. Por otro lado, aunque ciertamente sólo hay sustitución de una obligación por otra cuando conste expresamente el carácter extintivo de la novación (artículo 1224 Cc), precisamente esto es lo que consta haber ocurrido en este supuesto: no cabe duda de que nos encontramos ante la garantía de una nueva obligación que ya no tendrá su causa en el préstamo previo, sino que se tratará de un nuevo préstamo en el que la entrega se ha sustituido por la excusa o prórroga de la obligación de restitución. Es doctrina actual de la Dirección la que obliga a justificar los medios de pago en los reconocimientos de deuda donde se invoque un préstamo previo, pero sólo cuando éste sea la causa del reconocimiento, de modo que no será necesario cuando se haya pactado el efecto extintivo de la obligación, como en el supuesto que nos ocupa.

R. 22 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6552)

Se debate la inscripción de un decreto de adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria en la que no se ha demandado ni requerido de pago a la tercera poseedora que inscribió

su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas.

La Dirección recuerda su doctrina. El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC), cuyo efecto es sólo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos.

Sin embargo, en este caso se admite la inscripción, por concurrir la circunstancia especial de haber promovido el tercer poseedor un incidente de nulidad de actuaciones solicitando la suspensión de la subasta, precisamente alegando su propia indefensión. El juez emite auto declarando expresamente que ha sido correcta la tramitación del procedimiento en lo que se refiere al llamamiento al tercer poseedor. Existiendo resolución judicial firme sobre este cuestión, no compete al registrador cuestionar su oportunidad (artículo 100 RH)

R. 24 mayo 2017 (BOE 140, 13-VI-17: 6688)

Admite la inscripción de un préstamo hipotecario concedido por entidad de crédito a consumidores, con hipoteca sobre vivienda habitual, cuya inscripción había denegado el registrador por considerar abusiva la imposición al prestatario de los impuestos devengados por esta operación (salvo en el caso de préstamos a consumidores en los que se excluirán los impuestos de los que resulte sujeto pasivo el banco).

La exención de los préstamos en el ITP (artículo 45-I-B-15 LITP) y la sujeción a IVA de los concedidos por entidades financieras (artículo 20—Uno-18-c LIVA), conducen a la sujeción al impuesto de AJD, por tratarse de escritura notarial, con objeto valorable económicamente y susceptible de inscripción (requisitos del artículo 31-2). Ciertamente, la S TS (1ª) 23 diciembre 2015 considera sujeto pasivo al banco, en aplicación del artículo 29 LITP, según el cual es sujeto pasivo del AJD al adquirente del derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquéllos en cuyo interés se expidan. Pero debe prevalecer la doctrina reiterada de la Sala Primera del TS, por la que el conocimiento de la materia tributaria no corresponde a la jurisdicción civil, sino a la contencioso-administrativa, la cual viene entendiendo constantemente que, en la constitución de hipoteca en garantía de préstamo, la tributación se hace sólo por el concepto de préstamo (artículo 15-1 LITP), que en la definición del sujeto pasivo, el artículo 68 RITP añade a la regla del artículo 29 LITP que, en la constitución de préstamo con garantía, se considerará como tal al prestatario; y que por ello, una cláusula como la debatida no vulnera el artículo 89-3-c LGDCU, el cual lo que prohíbe es el desplazamiento hacia el consumidor del tributo que debería soportar el profesional. La S TC 24 mayo 2005 entiende que el artículo 68-2 RITP es una opción de política legislativa válida constitucionalmente. Por otro lado, la propia cláusula debatida deja a salvo los préstamos a consumidores, donde se excluyen los impuestos cuyo sujeto pasivo sea legalmente la entidad.

El registrador también califica negativamente la imposición al prestatario de las costas procesales y honorarios de abogado y procurador derivados del incumplimiento del deudor. Ciertamente, la

atribución al prestatario de todas las costas procesales, infringe las normas procesales de orden público, por lo que sería nula según el artículo 86 LGDCU. Pero es que en la cláusula debatida no se hace mención a ningún gasto procesal.

R. 30 mayo 2017 (BOE 148, 22-VI-17: 7128)

Suspende la inscripción derivada de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, por haberse interpuesto querrela criminal por falsedad documental de la hipoteca inscrita. El Juzgado de Instrucción notifica la existencia de la querrela al notario, quien no suspende el procedimiento, el cual se encontraba en fase de subasta anunciada, pero sí que pone en conocimiento del adjudicatario la existencia de la querrela. Resulta patente que la validez del título del adjudicatario depende de las resultas del procedimiento criminal, por lo que no puede practicarse la inscripción solicitada hasta que resulte por su finalización, que la hipoteca carece de tacha de nulidad.

R. 5 junio 2017 (BOE 153, 28-VI-17: 7421)

Admite la inscripción de una adjudicación de finca en ejecución hipotecaria. Inicialmente se estipuló un precio de subasta, pero consta inscrito otro, resultante de un aumento posterior. Pese a ello, el Juzgado subasta el bien por el tipo inicial, de modo que el precio de adjudicación supera el 70% de éste, pero no el del tipo incrementado, que es el que debe prevalecer, por ser el que consta inscrito, el vigente al tiempo de interponer la demanda de ejecución, así como el expresado en la propia demanda y en la certificación registral de cargas.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción, aplicando su doctrina de que la calificación registral de las resoluciones judiciales no puede extenderse a su fondo. En este supuesto, el titular registral ha hecho uso de sus facultades de defensa procesal: consta como personado en el procedimiento desde su inicio; planteó el incidente de nulidad de subasta, alegando que el bien se ha subastado por un precio inferior al pactado e inscrito; y desestimada esta alegación, interpuso recurso de revisión contra el decreto que declaraba suficiente la consignación hecha por el mejor postor, recurso que fue también desestimado.

IDENTIDAD DE COMPARECIENTES

R. 15 febrero 2017 (BOE 57, 8-III-17: 2486)

Admite la inscripción de una escritura de herencia por la cual, constanding inscrita una finca por mitad a nombre de dos cónyuges irlandeses, uno de ellos hereda la mitad del otro. Ciertamente el número actual de pasaporte del heredero contenido en la escritura de herencia, es diferente del que se hizo constar en su día en la inscripción de su mitad. La Dirección recuerda su doctrina general sobre la inscripción de actos dispositivos en los cuales, los números de pasaportes de los vendedores no coinciden con los que en su día se reflejaron en la inscripción de su título de adquisición, lo cual suscita dudas sobre que los comparecientes sean las mismas personas que figuran como titulares registrales. Respecto de otorgantes nacionales de países donde no varíe el número del documento oficial de identificación, el registrador deberá comprobar su exacta correspondencia con la inscrita. Pero respecto de nacionales de países donde varíe dicho número -como ocurre en Irlanda y el Reino



Unido- debe entenderse suficiente la declaración del notario, bajo su responsabilidad, de la correspondencia del compareciente con el titular registral, salvo que el registrador, motivándolo adecuadamente, no considere suficiente dicha aseveración.

En este caso no hay declaración notarial al respecto, pero existen circunstancias que permiten la inscripción. Lo que se pretende inscribir no es un acto dispositivo, sino la adquisición hereditaria de una mitad por quien ya era dueño de la otra. El nombre y apellidos del titular registral y de su cónyuge constan en todos los documentos presentados, resultando coincidentes en el título inscrito, en la inscripción, así como en el testamento, certificados de defunción y últimas voluntades, y también en la documentación pública catastral, de la que resulta catastrada la finca a nombre del titular registral, identificándose su NIE, en términos exactamente coincidentes con los que se reflejan en todos los documentos citados.

INMATRICULACIÓN

R. 14 diciembre 2016 (BOE 6, 7-I-17: 217)

Deniega la inmatriculación de una finca en la vía del artículo 205 LH, que se pretende mediante instancia de manifestación de herencia suscrita por heredero único, complementada por acta de notoriedad tramitada antes de la Ley 13/2015.

Como excepción al principio general de titulación pública, el artículo 14 LH dispone que cuando no haya otros herederos ni comisario, el título de la sucesión acompañado por los documentos complementarios (artículo 16 LH), bastará para inscribir a nombre del heredero los bienes de los que el causante era titular en el Registro. El carácter excepcional del precepto sólo permite aplicarlo respecto de bienes previamente inscritos; y por tanto, no en inmatriculaciones. Además, la instancia no es título público, a los efectos exigidos por el artículo 205 LH.

Por último, tampoco es admisible el acta de notoriedad. Aunque está autorizada antes de la vigencia de la Ley 13/2015, la presentación se ha producido después. La transitoria única de la citada Ley dispone que la misma se aplicará a los procedimientos inmatriculadores iniciados después de la vigencia de la nueva Ley; y que el procedimiento del artículo 205 sólo se entenderá iniciado con la presentación en el Registro.

R. 24 enero 2017 (BOE 35, 10-II-17: 1355)

Suspende una inmatriculación, pretendida en la vía del artículo 205 LH mediante escritura de compraventa cuyo antetítulo es otra de herencia, por estimar fundadas las dudas de la registradora sobre la coincidencia de la finca con otra ya inscrita.

En efecto, uno de los colindantes de la finca que se pretende inmatricular aparece como titular registral de otra finca inscrita, que a su vez linda con el causante de la herencia que sirve de antetítulo a la inmatriculación. La finca inscrita procede por segregación de otra inscrita a nombre de un titular anterior, de quien procede también la finca que se quiere inmatricular.

La Dirección reitera el criterio de R. 5 mayo 2016 (infra.) y considera tácitamente derogado el Título VI RH por la Ley 13/2015, de modo que ya no rigen los artículos 300 y 306 RH, que permitían recurrir

al juez de primera instancia en casos de suspensión por dudas del registrador sobre la coincidencia con otras fincas ya inmatriculadas. A partir de ahora ya sólo cabrán los procedimientos estrictamente jurisdiccionales de carácter declarativo que corresponda en cada caso y que deberán concluir con sentencia.

R. 25 enero 2017 (BOE 38, 14-II-17: 1492)

Suspende la inscripción de un expediente judicial de dominio para la inmatriculación de fincas, tramitado conforme a las normas anteriores a la Ley 13/2015, por falta de coincidencia de la descripción del título con la de la certificación catastral descriptiva y gráfica.

Los demás defectos se desestiman. La dudas del registrador sobre la identidad de la finca no han sido planteadas al tiempo de expedir la certificación inicial. No cabe desconocer que del auto resulta que han sido citados todos los colindantes, por lo que sus alegaciones habrán sido valoradas por el juez. Del expediente resulta de quién procede la finca.

R. 1 febrero 2017 (BOE 45, 22-II-17: 1807)

Suspende una inmatriculación, pretendida en la vía del artículo 205 LH mediante escritura de aportación a la sociedad de gananciales, precedida de escritura de segregación y pacto de mejora. Ambas escrituras están autorizadas el mismo día con números consecutivos de protocolo. Se encuentra vigente la Ley 13/2015 al tiempo de la presentación (que es el momento a partir del cual se aplica la nueva norma, según su transitoria única). No ha transcurrido el plazo de un año entre los dos títulos. La inmatriculación pretendida podrá conseguirse: mediante el procedimiento del artículo 203 LH; o bien complementando el título inmatriculable con acta de notoriedad que acredite la previa adquisición y su fecha.

R. 7 abril 2017 (BOE 94, 20-IV-17: 4325)

Admite la inmatriculación de una finca en virtud de título público, aunque la titularidad catastral aparece "en investigación" en la certificación descriptiva y gráfica incorporar al título.

La derogatoria única de la Ley 13/2015 deroga cuantas normas se opongan a la misma, lo cual incluye todo el Título VI del RH y en particular, el artículo 298 el cual exige que, de la certificación catastral incorporada, resulte que la finca está catastrada a nombre de transmitente o adquirente. Por otro lado, el registrador no ha planteado dudas sobre una posible invasión del dominio público, al estar la finca incurso en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003.

El notario recurrente alega que la titularidad catastral ya era coincidente con el título inmatriculador al tiempo de emitirse la calificación y que el registrador debería haber consultado la Sede Electrónica del Catastro. En efecto, es doctrina de la Dirección que el registrador puede y debe obtener datos necesarios para la inscripción que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente.

R. 31 mayo 2017 (BOE 150, 24-VI-17: 7273)

No encuentra suficientemente fundadas las dudas del registrador sobre constar previamente inscrita la finca que se pretende inmatricular por la vía del artículo 205 LH.

Ciertamente consta inscrita otra finca en la misma calle y con el mismo número de policía. Sin embargo, la referencia catastral que consta inscrita es diferente a la de la finca que se pretende inmatricular, lo cual acredita suficientemente la diferente localización de ambas fincas, considerando que la referencia catastral es un código alfanumérico que permite situar inequívocamente al inmueble en la cartografía catastral (artículo 6-3 LCI).

R. 1 junio 2017 (BOE 150, 24-VI-17: 7276)

Deniega la inscripción de un auto judicial recaído en expediente de dominio para inmatriculación tramitado conforme a las normas anteriores a la Ley 13/2015.

La Dirección recuerda su doctrina al respecto. Las dudas del registrador en cuanto a la identidad de la finca sólo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción de un exceso de cabida, cuando éstas se documentan en escritura pública o certificación administrativa, pero no en los supuestos de expediente de dominio, donde tales dudas se despejan en el ámbito de valoración de la prueba. El registrador sólo puede plantearlas al expedir la certificación previa (art. 201-2 LH), y en el caso de que las hubiere planteado, es preciso que el auto las desvirtúe o aclare la inexistencia de doble inmatriculación. Si el registrador no planteó dudas al expedir la certificación, ya sólo podrá oponerse a la inmatriculación cuando tenga, no ya dudas, sino certeza de que la finca ya está inmatriculada; y cuando el registrador actual sea diferente del que expidió la certificación.

En el supuesto resuelto, la Dirección encuentra fundadas las dudas de la registradora sobre la identidad de la finca que se pretende inmatricular con otras ya inscritas, respecto de circunstancias descriptivas de procedencia, situación y cabida. La certificación inicial del procedimiento, donde no se manifestaron tales dudas, fue expedida por registrador diferente de quien ahora califica, sin que conste la práctica de anotación preventiva de incoación del expediente. Por otro lado, existen diferencias descriptivas entre el título y la certificación catastral, cuyos términos, según el artículo 53-7 Ley 13/1996, deberían ser "totalmente coincidentes".

R. 1 junio 2017 (BOE 150, 24-VI-17: 7278)

Suspende la inmatriculación de una finca, pretendida mediante dos títulos: escritura de extinción de comunidad otorgada en mayo de 2016; y escritura de herencia del adjudicatario, otorgada en noviembre de 2016, habiéndose producido el fallecimiento en agosto del mismo año.

La Dirección recuerda su criterio de que, en los casos de herencia, el plazo de un año del artículo 205 LH puede computarse desde el fallecimiento del causante -momento desde el cual puede entenderse adquirida por el heredero la propiedad y la posesión-, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público. Pero en el caso resuelto, es indiferente cuál de las dos fechas se tome, porque no ha transcurrido el plazo exigido por la ley, que tampoco introduce excepciones, por lo que no se tiene en cuenta la alegación del recurrente de que, cuando la herencia es el título inmatriculador, no cabe pensar que se estén creando artificiosamente los títulos para conseguir la inmatriculación.

MONTES

R. 17 abril 2017 (BOE 101, 28-IV-17: 4656)

Deniega la inscripción de una certificación administrativa solicitando la inscripción a favor de la Comunidad de Madrid, como bien de dominio público, de un determinado monte con número propio en el Catálogo autonómico de montes de utilidad pública, que según la certificación, se corresponde con determinadas fincas registrales.

Las fincas están inscritas como dominio privado a favor de particulares; si bien se acredita que fueron expropiadas en 1961 y deslindadas en 2009, siendo la descripción resultante de este deslinde administrativo la que se pretende inscribir ahora. El principio de tracto sucesivo impone la previa inscripción de la adquisición por la Administración.

Por otro lado, el número de Catálogo atribuido al monte es diferente en la Orden de aprobación del deslinde y en la nota marginal extendida en las fincas en 2009. Deberá aclararse si el procedimiento de deslinde que se pretende inscribir ahora es el mismo que el que causó la nota marginal, y si se refiere al mismo monte.

Por último, no pueden admitirse documentos remitidos por correo electrónico a la cuenta del Registro de la Propiedad, pues no se trata de ninguno de los medios de presentación contemplados en el artículo 248 LH. Aunque en sentido amplio pueda considerarse una "remisión telemática", esta concreta modalidad no es la que contempla el número 3 de dicho artículo, ya que no cumple los requisitos establecidos en dicho número y en el artículo 112-5-2ª Ley 24/2001, ni respeta el principio de titulación pública (artículo 3 LH).

OBRA NUEVA

R. 9 enero 2017 (BOE 26, 31-I-17: 993)

Suspende la inscripción de un acta de fin de obra de un edificio destinado a explotación porcina, por falta de depósito registral del libro del edificio.

Este requisito es exigido por el artículo 202 LH para todo tipo de edificación, ya sea vivienda o industrial, con el fin de tutelar el interés, no ya del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación. El depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima del depósito. La normativa aragonesa -aplicable al caso- no contiene norma que exima del depósito del libro del edificio. En cuanto a la excepción del ámbito de aplicación de la LOE prevista en su artículo 2, respecto de construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica sin carácter residencial ni público y desarrolladas en una sola planta, entiende la Dirección que su apreciación entraña un juicio de valor de carácter técnico que excede de la función calificadora, por lo que se precisaría que un técnico certificase bajo su responsabilidad tal circunstancia.

Por otro lado, se desestima el otro defecto de la calificación: el artículo 202 LH no contiene exigencias adicionales sobre la forma de acreditar las coordenadas, por lo que la Dirección realiza una interpretación amplia, que permite hacerlo en una certificación catastral descriptiva y gráfica o en un certificado técnico (en formato GML u otro), resultando intrascendente a efectos registrales la falta



de precisión del día exacto de expedición, precisión que había sido solicitada por el registrador.

R. 17 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1222)

Admite la inscripción de la declaración de dos naves industriales. Una de ellas se declara como obra recién terminada. La Dirección considera exigible el depósito registral del libro del edificio, tal y como exige el artículo 202 LH para todo tipo de edificación, ya sea vivienda o industrial, con el fin de tutelar el interés, no ya del promotor, sino el de los posteriores usuarios de la edificación. Ahora bien, el depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima del depósito; y en este supuesto resulta de aplicación la norma del artículo 2 RD 81/2007, sobre libro del edificio para edificios destinados a vivienda en Castilla-La Mancha, que limita la exigencia de depósito a edificaciones cuyo uso principal sea residencial vivienda.

En cuanto a la otra nave, se declara por antigüedad, al acreditar-se catastralmente su construcción desde 1983. El artículo 202 LH exige el depósito del libro del edificio, salvo que por la antigüedad de la edificación no fuese exigible. La Dirección lo interpreta en el sentido de que la obligación de depositar el libro del edificio procede sólo para edificaciones declaradas al amparo del apartado 1 del artículo 20 LS (obras no prescritas), pero no respecto de las del apartado 4 (obras prescritas). La exigencia de depositar el libro del edificio no procede de la LOE-1999, pues su artículo 20 no se refiere al libro del edificio, sino sólo a las garantías de su artículo 19.

R. 18 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1223)

Suspende la inscripción de un acta de fin de obra de un edificio destinado a explotación porcina. La Dirección considera exigible el depósito registral del libro del edificio, tal y como exige el artículo 202 LH para todo tipo de edificación, ya sea vivienda o industrial, con el fin de tutelar el interés, no ya del promotor, sino el de los posteriores usuarios de la edificación. El depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima del depósito. No hay norma autonómica (en el supuesto, la aragonesa) que exima del depósito del libro del edificio.

En cuanto a la excepción del ámbito de aplicación de la LOE prevista en su artículo 2, respecto de construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica sin carácter residencial ni público y desarrolladas en una sola planta, entiende la Dirección que su apreciación entraña un juicio de valor de carácter técnico que excede de la función calificadora, por lo que se precisaría que un técnico certificase bajo su responsabilidad tal circunstancia.

R. 6 febrero 2017 (BOE 50, 28-II-17: 2087)

Admite la inscripción de una escritura, titulada de rectificación de descripción, por la que se declara una planta más a un edificio que se inmatriculó en virtud de la escritura que se afirma rectificar. En la escritura se cumplen los requisitos exigidos para la inscripción de obras prescritas, por lo cual se desestiman los defectos apreciados en la calificación: se acredita la antigüedad de la edificación mediante certificación catastral descriptiva y gráfica y mediante certificación municipal; y no procede del depósito del libro del edificio respecto de las edificaciones declaradas al amparo del número 4 del artículo 28 LS. En cuanto a la georreferenciación de la porción de suelo ocu-

pada, es requisito para la inscripción de toda declaración de obra, pero en los casos de ampliación en que la superficie ocupada por la edificación no es objeto de alteración, el rigor de la norma debe atenuarse, porque la superficie ocupada ya consta inscrita bajo la salvaguardia de los tribunales (R. 23 mayo 2016).

R. 6 febrero 2017 (BOE 50, 28-II-17: 2089)

Se ocupa de la cuestión de si, para inscribir la finalización de una obra respecto de la que se georreferencia la parcela ocupada, es preciso también georreferenciar la finca sobre la que se ubica la edificación.

La obligación de georreferenciar la porción de suelo ocupada por la edificación se exige hoy para toda declaración de obra -prescrita o no- presentada durante la vigencia de la nueva norma, si bien en las obras nuevas no es necesario hacerlo en el concreto formato GML, por ser también válido aportar una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquélla. La georreferenciación de la porción edificada sólo se exige cuando la edificación se encuentre finalizada.

En cuanto a la obligatoriedad de georreferenciar la finca sobre la que se alza la obra, entiende la Dirección que la constancia de la misma permite efectuar el análisis geométrico espacial que conduzca a concluir sin dudas que la porción edificada está ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la se declara. Si la georreferenciación de la finca no consta, es posible que el registrador albergue dudas, pero las mismas deberán ser fundadas y motivadas en criterios objetivos y razonados, sin que el juicio registral de identidad pueda ser arbitrario ni discrecional.

En el caso resuelto, las obras declaradas son una nave porcina e instalaciones anexas, sobre una finca cuya superficie es mucho mayor (más de dos hectáreas y media). En la calificación se pone de manifiesto que no consta registralmente la correspondencia entre la finca registral y el Catastro. Pero no se manifiesta ninguna circunstancia adicional justificativa de las dudas aludidas, como podría ser la ubicación del edificio respecto de los linderos o la existencia de modificaciones descriptivas no manifestadas en el título, por lo que se estima el recurso y se admite la inscripción.

R. 7 febrero 2017 (BOE 50, 28-II-17: 2090)

Admite la inscripción de una obra nueva a la que se aportan las coordenadas catastrales de la porción de suelo ocupada por la edificación, a pesar de que la superficie resultante de tales coordenadas es de 70'47 metros cuadrados, y la que consta en el título y en la descripción alfanumérica de la propia certificación catastral es de 67 metros cuadrados.

La superficie construida que consta como alfanumérica en la certificación catastral puede no coincidir con la superficie gráfica, por haberse aplicado las normas técnicas del RD 1020/1993 (los patios de luces se deducen de la superficie construida; la superficie de los elementos abiertos por más de un lado se computa al 50%; en uso residencial no se computa la superficie de los espacios de altura inferior a 1'5 metros).



Resoluciones

En este caso lo que ocurre es que hay un patio de 3 metros cuadrados, que el Catastro refleja en la geometría catastral, pero no en la descripción alfanumérica. En definitiva, la Dirección entiende que hay una total identidad entre la descripción de la edificación en el título y la de la certificación catastral que contiene la geometría del edificio.

R. 22 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2592)

Admite la inscripción de una declaración de obra nueva compuesta de dos edificaciones que lindan en parte con fincas contiguas y en parte con el resto sin edificar, rechazando los dos defectos de la calificación.

Por un lado, existe correspondencia en cuanto a la identidad de la finca, tal y como se encuentra recogida en los libros del Registro, en relación con el certificado municipal aportado, del que resulta la correspondencia entre la finca registral y la parcela catastral, sobre la cual consta catastrada una edificación antigua.

Por otro lado, ciertamente es doctrina consolidada la que deniega la inscripción de actos en los que, si bien es cierto que no existe una asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, existen elementos de juicio reveladores de posible parcelación urbanística sujeta a licencia, ya que el actual concepto de parcelación trasciende de la tradicional división material de fincas, como así lo reconocen, tanto el artículo 26 LS-2015, como las normas urbanísticas de varias comunidades autónomas (aunque la normativa extremeña -aplicable al caso- carece de previsión concreta sobre actos reveladores de parcelación). No obstante todo lo anterior, la Dirección considera que las circunstancias concurrentes en el supuesto resuelto no implican necesariamente una parcelación o división, siempre que la finca se transmita en su conjunto como una unidad. Esta conclusión sería diferente si en un futuro se quisiera configurar cada una de estas edificaciones como entidades registrales independientes.

R. 2 marzo 2017 (BOE 65, 17-III-17: 2939)

Suspende la declaración de una obra nueva terminada, respecto de la cual la registradora manifiesta dudas en su identidad, para hacer constar las coordenadas de la porción ocupada y la previa de la finca, basadas en la posible existencia de una reparcelación no inscrita, considerando el cambio de rústica a urbana, de superficie y linderos, así como la constancia registral de nota marginal ya caducada de afección de la finca a expediente de equidistribución, con peligro de posible invasión de fincas colindantes o del dominio público.

La Dirección no comparte alguna de las apreciaciones de la registradora. La nota marginal caducada carece de toda virtualidad jurídica y no debió haber sido tenida en cuenta en la calificación. Por otro lado, aunque la reparcelación es título hábil para rectificar descripciones, no toda modificación descriptiva debe acceder al Registro necesariamente mediante una reparcelación, máxime cuando la nota de inicio está caducada y se trata de un procedimiento que no cierra el Registro hasta que no se produce la inscripción del título correspondiente y la cancelación de las fincas de origen. En cuanto a la posible invasión de fincas colindantes o del dominio público, se trata de una mera sospecha, pero no se concretan qué fincas podrían estar afectadas y en qué forma les afectaría la rectificación pretendida. La previa representación gráfica de la totalidad de la finca sólo

sería exigible si la registradora hubiese expresado dudas fundadas sobre la ubicación de la obra en la finca registral.

Ahora bien, la inscripción se desestima porque a juicio de la registradora no queda acreditada la correspondencia entre la certificación catastral aportada -relativa a una finca urbana- y la finca registral, que es de naturaleza rústica y tiene otra superficie y linderos. En consecuencia, la certificación catastral no es título hábil para justificar, ni las modificaciones descriptivas, ni la antigüedad de la edificación, lo cual es requisito ineludible para inscribir obras nuevas de conformidad con el artículo 28-4 LS, que es lo pretendido en este expediente.

R. 21 marzo 2017 (BOE 82, 6-IV-17: 3805)

Deniega la inscripción de una ampliación de edificación declarada por antigüedad, pretendiéndose acreditar como fecha de terminación la de 1997, mediante certificaciones catastrales de cuatro inmuebles que suman una superficie de 1670 metros cuadrados, según un informe del Ayuntamiento, se corresponden con la finca registral que tiene una superficie inscrita de 2.500 metros cuadrados. Se modifica además el número de demarcación, los linderos (incluso introduciendo uno fijo) y se declara que parte de la finca no es urbana -como consta inscrita-, sino rústica.

La Dirección encuentra que, siendo fundadas las dudas del registrador sobre que la finca registral se corresponda con la certificación catastral, ésta no es hábil para justificar las modificaciones descriptivas y la antigüedad de la edificación, lo que es requisito ineludible para la inscripción de la obra nueva (artículo 28-4 LS). Todo ello sin perjuicio de poder acreditar la antigüedad de la edificación por otros medios de prueba, y siempre que se acredite que las coordenadas de la edificación están ubicadas en la finca registral. Asimismo, las modificaciones descriptivas podrían acreditarse mediante el procedimiento del artículo 201 LH, en el que podrían practicarse las diligencias necesarias para disipar las dudas del registrador.

R. 29 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3855)

Deniega la inscripción de una declaración de obra nueva terminada sobre una participación indivisa de finca, porque al existir un proindiviso sobre la finca, deben consentir todos los titulares, no por aplicación de la doctrina de la accesión invertida en construcciones sobre suelo ajeno, sino por incumplimiento del artículo 397 Cc, que prohíbe a un comunero, sin el consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común.

Pero los demás defectos de la calificación se desestiman. Al ser la descripción de la edificación en el título coincidente con la de la certificación catastral, deben entenderse aportadas las coordenadas de la porción de suelo ocupada, que serán las resultantes de la certificación. Por otro lado, no es preciso georreferenciar la finca registral sobre la que se alza la edificación, ya que la calificación no manifiesta ninguna circunstancia adicional justificativa de la duda sobre si la edificación declarada se encuentra ubicada en ella, como podría ser la ubicación del edificio respecto de los linderos o la existencia de modificaciones descriptivas no manifestadas en el título. Por último, el hecho de que en la certificación catastral conste uno de los linderos en investigación (conforme al artículo 47 Ley 33/2003), tampoco es justificativa de tales dudas. La comunicación a la Administración en caso de duda por el



registrador de invasión del dominio público, procede realizarse en el seno del procedimiento de inscripción de representación gráfica regulado en el artículo 199 LH, que en este caso no se ha tramitado.

R. 29 mayo 2017 (BOE 148, 22-VI-17: 7123)

Suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva terminada de una vivienda unifamiliar destinada a uso propio del promotor, por no aportarse el libro del edificio, que es requisito exigible para todo tipo de edificaciones, según los artículos 2 LOE, 9-a LH y 202 LH, con el fin de tutelar el interés, no ya del promotor, sino el de los posteriores usuarios de la edificación. salvo que la norma autonómica aplicable exima del depósito.

El artículo 25 Ley 18/2007 de Derecho a la Vivienda de Cataluña -aplicable al supuesto- exige el libro sin limitaciones objetivas (por "edificio" habrá que entender cualquier edificación) ni subjetivas (se impone tanto al promotor como al propietario único, por lo que no parece que se esté excluyendo a los autopromotores).

R. 7 junio 2017 (BOE 153, 28-VI-17: 7425)

Deniega, por falta de depósito del libro del edificio, la inscripción de una obra nueva de vivienda unifamiliar declarada por autopromotor mediante escritura otorgada en 2007.

Es exigible el depósito registral del libro del edificio, tal y como exige el artículo 202 LH para todo tipo de edificación, con el fin de tutelar el interés, no ya del promotor, sino el de los posteriores usuarios de la edificación. El depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima del depósito y salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuese exigible.

En el caso resuelto, la exigencia de depósito resulta, tanto del artículo 202 LH como del Decreto 60/2012 de Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, los cuales no contemplan la excepción para los casos de autopromoción (a diferencia del criterio establecido para el seguro decenal). Ciertamente para la inscripción de obras según el número 4 del artículo 28 LS, no es exigible el libro del edificio; si bien el principio de rogación exige que, si lo que se pretende es la inscripción por esa vía, el interesado debe solicitarlo expresamente, por tener una relevancia jurídica diferente a la del número 1, que está sujeta a la LOE, siendo preceptiva la aportación del libro del edificio en los términos del artículo 202 LH, siempre que el documento -cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento- se haya presentado bajo la vigencia de este precepto.

OPCIÓN

R. 16 febrero 2017 (BOE 57, 8-III-17: 2490)

Se debate la inscripción de una escritura de elevación a público de opción de compra. La duración total de la opción no excede de cuatro años, si bien su ejercicio sólo puede tener lugar una vez transcurrido un determinado plazo desde la constitución. La opción tiene un objeto alternativo a elección del optante: o una finca determinada, o un conjunto de otras cuatro fincas.

Se desestiman varios defectos de la calificación. No hay obstáculo en el hecho de que la opción no se pueda ejercitar hasta que pase cierto plazo desde su constitución, lo cual queda dentro de la autonomía de voluntad de las partes, siempre que no se exceda del plazo total del artículo 14 RH. No hay contradicción entre el documento privado que se eleva a público (que señalaba un precio de venta de 700.000 €, de los que 50.000 € se pagaban entonces como prima de opción, debiendo pagarse los otros 650.000 € al formalizarse la escritura) y la escritura de elevación (que se limita a señalar que el precio de la opción asciende a 50.000 €). Tampoco hay obstáculo en configurar la opción como alternativa a voluntad del optante, pues no rebasa los límites impuestos a la autonomía de voluntad para crear derechos reales atípicos (respetar las normas estructurales imperativas del estatuto jurídico de los bienes y la trascendencia erga omnes de los derechos reales), de modo que el tercer adquirente de las fincas gravadas tiene conocimiento de que la opción se ejercerá exclusivamente sobre uno de sus dos objetos alternativos, quedando liberado el otro.

El único defecto por el que se rechaza la inscripción es la falta de distribución del precio entre las cuatro fincas cuya compra es una de las alternativas de la opción. La distribución es necesaria como cifra de garantía en beneficio de posibles terceros que ostenten derechos posteriores sobre la finca, cuya cancelación requiere el depósito a favor de sus titulares del precio, el cual pasará a ocupar la posición del inmueble por subrogación real.

R. 30 mayo 2017 (BOE 148, 22-VI-17: 7125)

R. 31 mayo 2017 (BOE 150, 24-VI-17: 7274)

La trascendencia real de la opción significa que, una vez ejercitada, cabe solicitar la cancelación de las cargas posteriores, pero siempre que se deposite el precio a favor de los titulares de éstas (art. 175-6 RH). El principio de consignación íntegra del precio impide pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al titular de la opción, en favor de los titulares de cargas no preferentes.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 30 mayo deniega la inscripción de una compraventa en ejercicio de un derecho de opción tras cuya inscripción constan anotados dos embargos, por falta de consignación del precio (que ha sido confesado recibido con anterioridad). Del asiento de la opción a que se refiere el supuesto, resulta además que el precio de compraventa en ejercicio del derecho del optante habría de pagarse al contado, de modo que el ejercicio del derecho en términos distintos a los pactados e inscritos no puede perjudicar la situación jurídica de los titulares de asientos posteriores.

-La R. 31 mayo, por el contrario, admite la inscripción de una escritura de compraventa en ejercicio de una opción inscrita, con cancelación de los embargos posteriores a la opción, sin necesidad de consignación a favor de los titulares de los mismos. Del precio pactado se deduce la cantidad satisfecha como precio de la opción, así como determinadas cantidades cuyas cuantías vienen especificadas; y finalmente el precio se satisface en parte mediante la retención de determinada cantidad para la subrogación en un préstamo hipotecario preferente; todo ello de conformidad con los términos de la opción inscritos en el Registro.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

R. 23 enero 2017 (BOE 35, 10-II-17: 1352)

R. 23 enero 2017 (BOE 35, 10-II-17: 1353)

El recuso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la validez o nulidad del título, la posible indefensión del afectado, o la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales. Así,

-En el supuesto de la resolución número 1352, constan practicadas la inscripción de una adjudicación en procedimiento judicial de ejecución de hipoteca y la cancelación de las cargas posteriores a la misma. La Dirección desestima el recurso planteado por el titular de una de las cargas canceladas, alegando que no ha sido demandado ni requerido de pago.

-En el supuesto de la resolución número 1353, el registrador rectifica su inicial calificación negativa y practica la inscripción de una cesión de uso de puesto de atraque en concesión administrativa, que inicialmente había denegado por falta de retención del 3% al vendedor no residente. La Dirección desestima el recurso que, no obstante, se plantea contra la práctica de nota marginal de afección del bien al pago del impuesto en caso de no justificar la retención.

R. 13 febrero 2017 (BOE 57, 8-III-17: 2483)

Se refiere a una instancia de heredero único que incluye la descripción literaria de un inmueble tomada del antetítulo, la cual comprende dos fincas registrales. La instancia pide sólo la inscripción respecto de una de las dos fincas registrales. La Dirección deniega la pretensión del recurrente, consistente en practicar la inscripción también respecto de la finca no solicitada, sobre la base de que así se hizo en el título anterior. La Dirección lo deniega, sobre la base de los principios de voluntariedad de la inscripción y rogación.

R. 6 marzo 2017 (BOE 70, 23-III-17: 3101)

Presentado telemáticamente un título de transmisión por el notario autorizante, se debate ahora si procede del desistimiento del asiento de presentación mediante instancia privada del transmitente con firma legitimada. La Dirección lo deniega.

Durante la vigencia del asiento de presentación, pueden desistir de la inscripción el presentante o los interesados (artículo 433 RH). La Dirección entiende por interesado la persona por cuya orden actúa el presentante. En el presente expediente, para que el transmitente pueda obtener el desistimiento, será preciso acreditar que el notario presentante lo representaba sólo a él y no al adquirente, pues en defecto de esta acreditación, haría falta el consentimiento de todos los interesados.

R. 31 marzo 2017 (BOE 89, 14-IV-17: 4147)

Inadmite el recurso interpuesto contra la cancelación de todos los asientos de una sociedad, derivada de la diligencia de cierre de la hoja registral por disolución del pleno derecho de la compañía.

El recuso contra calificación sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento (incluyendo cancela-

ciones), ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la validez o nulidad del título o la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 21 abril 2017 (BOE 113, 12-V-17: 5238)

Se presenta en el Registro una escritura de compraventa. Pendiente de calificación, se presenta diligencia de ordenación de la letrada de la Administración de Justicia, en ejecución de sentencia firme, que ordena dejar en suspenso la anotación de compraventa causada por el título presentado. El registrador inscribe la compraventa. La Dirección deniega la solicitud de que se deje sin efecto la inscripción practicada.

Es doctrina reiterada que el recuso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado, el asiento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 9 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5934)

Cancelada una anotación preventiva de embargo a favor de una comunidad de propietarios en propiedad horizontal, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca prioritaria, se interpone ahora recurso contra la cancelación practicada.

La Dirección desestima el recurso. Es doctrina reiterada que el recuso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado, el asiento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 8 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5929)

Admite la cancelación de una inscripción de compraventa, simplemente con la presentación del mandamiento judicial resultante de una sentencia ordinaria que se limitaba a declarar la nula la venta, ordenando la inscripción registral de sus pronunciamientos, pero sin declarar la nulidad de ningún asiento en concreto.

En general, el registrador no puede actuar de oficio (artículo 6 LH), pero la interpretación del principio de rogación que la Dirección estima correcta es que la sola presentación de un título en el Registro implica la petición de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean éstos. Lo que sí debe quedar claro es la naturaleza, extensión y condiciones del derecho cuya inscripción se solicite.

Por otro lado, al respecto de las consecuencias procesales del principio de legitimación (artículo 38 LH, párrafo segundo), la jurisprudencia ha ido consolidando la doctrina de que, siendo la cancelación en el Registro consecuencia ineludible de la decisión principal, no existe violación del principio de congruencia, debiendo entenderse su solicitud implícita en la demanda contradictoria del derecho inscrito. Las sentencias constitutivas firmes no siempre tienen que ir acompañadas de un mandamiento de ejecución de su contenido, sino que basta con que la propia sentencia contenga todos los requisitos de inscripción exigidos por las normas registrales.

R. 5 junio 2017 (BOE 153, 28-VI-17: 7420)

El registrador denegó la inscripción de una escritura de herencia en la que se declaraba un exceso de cabida sobre tres fincas y a continuación se agrupaban. El mismo día los herederos otorgaron



escritura de venta de la finca agrupada, en la que compradores y vendedores se apoderaban recíprocamente para subsanar cualquier defecto de la calificación, solicitando la inscripción parcial. Se denegó la inscripción de la venta, por falta de tracto. Al año siguiente se presenta un acta, mediante la cual los compradores solicitan la inscripción de la agrupación y venta, si bien con la descripción del Registro, manifestando actuar también en representación de los vendedores. El registrador aprecia dos defectos: deben ratificar los representados; y falta una solicitud expresa de inscripción separada de la venta de cada una de las tres fincas, consideradas como independientes y no como una finca agrupada.

La Dirección admite la inscripción. Tanto en la herencia como en la compraventa, hay una petición expresa de inscripción parcial en caso de calificación negativa de algún pacto. Además, en el escrito de recurso los interesados solicitan expresamente la inscripción separada de la venta de cada una de las fincas agrupadas para el caso de que el registrador deniegue la inscripción de la agrupación. Por otro lado, la representación invocada tiene su origen en la escritura de compraventa, que también se presenta en el Registro. Pero es que además, los compradores son interesados, tanto como adquirentes (6-a LH), como en su consideración de representantes por ser representantes del escrito de recurso (6-b LH).

R. 6 junio 2017 (BOE 153, 28-VI-17: 7422)

Inadmite el recurso contra la negativa del registrador a dejar sin efecto una certificación de dominio y cargas para ejecución hipotecaria y cancelar la nota de su expedición.

El recurso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, se halla bajo la salvaguardia de los tribunales y el recurso ya no es medio hábil para otras pretensiones, como -en este caso- determinar si es procedente cancelar una anotación preventiva de embargo como consecuencia de la ejecución de una hipoteca preferente. La circunstancia de no haber sido demandado el recurrente deberá ser alegada ante el Juzgado que tramita la ejecución hipotecaria.

PROPIEDAD HORIZONTAL

R. 20 diciembre 2016 (BOE 7, 9-I-17: 246)

Admite la inscripción de una escritura por la que se aumenta unos 8 metros cuadrados la superficie de dos locales en propiedad horizontal, aportando a tal efecto acuerdo de junta de propietarios documentado en acta notarial.

Es doctrina consolidada que las exigencias para la registración de excesos de cabida son igualmente aplicables a los elementos en propiedad horizontal cuando se trate de la rectificación de un dato registral indubitablemente erróneo, es decir, siempre que no se altere la realidad inscrita. En caso contrario, la rectificación incurrirá en una verdadera alteración del título constitutivo de la propiedad horizontal, y ya no cabrá la modificación unilateral, sino que será preciso el consentimiento de todos los demás copropietarios.

En el caso resuelto, la modificación de la superficie pretendida puede tener repercusiones en las zonas comunes, así como en la fijación de la cuota de los elementos privativos en el valor total del

inmueble (artículo 5 LPH). Por todo ello constituye una modificación del título constitutivo, lo cual es hoy confirmado por el actual artículo 201 LH.

Ahora bien, se desestiman los defectos de la calificación. La documentación presentada acredita fehacientemente: la citación a los copropietarios, la notificación del acuerdo a los no asistentes y el transcurso del plazo sin impugnación; por lo cual se cumplen las exigencias del artículo 17-8 LPH. Por último, la incorporación a un libro de actas, con sus garantías de identidad y conservación, es requisito general para la operatividad registral del acuerdo. Pero la validez del mismo no puede quedar supeditada al cumplimiento de esa formalidad legal. Su formalización en documento público notarial reúne las expresadas garantías de exactitud y veracidad, tal y como prevé la Ley para los acuerdos de junta en las sociedades de capital (artículo 203 LSC).

R. 3 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 780)

Constan inscritas a nombre de sus respectivos propietarios varias edificaciones física y jurídicamente independientes. Ahora se pretende inscribir una escritura por la que una entidad mercantil cede gratuitamente dos fincas para que constituyan los elementos comunes de la comunidad de propietarios formada -según se manifiesta- por las edificaciones y elementos comunes aludidos, incorporándose a la escritura los estatutos que han de regir la comunidad. La escritura está suscrita por el representante de la sociedad y por quien afirma ser el presidente de la comunidad de propietarios.

La situación descrita podría obedecer, bien a un régimen de propiedad horizontal de hecho (no constituido formalmente), bien a una comunidad ordinaria por cuotas. El recurrente afirma que se trata de la segunda opción; pero en tal caso sería necesario: el consentimiento de todos los que van a adquirir las cuotas de las zonas comunes cedidas, especificando la causa onerosa o gratuita de la adquisición, la cuota que cada uno adquiere y si la cuota corresponde al titular presente o al que en cada momento lo sea de la vivienda, mediante la correspondiente vinculación *ob rem*. Desde luego, es insuficiente la mera comparecencia de quien dice ser presidente de una supuesta comunidad de propietarios, cuyo régimen jurídico no está constituido ni inscrito.

R. 24 enero 2017 (BOE 35, 10-II-17: 1357)

Una comunidad de propietarios acuerda la desafectación de un pasillo común, la asignación al mismo de determinado coeficiente y su venta al dueño de otros elementos privativos (vivienda, dos buhardillas, trastero y pasillo desafectado). Impugnada dicha asignación de cuota, mediante sentencia firme se establece una nueva cuota que implica la agrupación de todos los elementos de ese propietario, creando uno nuevo con la cuota conjunta que señala la sentencia. En cumplimiento de esta resolución, se otorgan dos escrituras con números consecutivos del protocolo del mismo notario y presentadas a inscripción a la vez: la de desafectación y venta; y la de agrupación.

La registradora deniega la inscripción por entender que la sentencia impone la unidad de acto. Sin embargo, la Dirección entiende cumplida la exigencia judicial de que las referidas operaciones se hagan de forma inmediata y sin interrupción temporal.

R. 22 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2591)

Deniega la inscripción de una escritura por la que se declara la ampliación de un edificio dividido horizontalmente efectuada sobre elementos comunes y de la que resultan veintitrés nuevos elementos que se configuran como subcomunidad de elementos privativos, pero destinados a servicios comunes.

El requisito de aportar licencia de edificación no queda cumplido con la aportación de un certificado municipal acreditativo de la incoación de un expediente de caducidad de licencia. Tampoco procede entender declarada la obra por antigüedad (artículo 28-4 LS), lo cual se pretende en virtud de un certificado técnico del que, sin embargo, resulta que la ampliación se encuentra en construcción.

En cuanto a la configuración de los nuevos departamentos resultantes de la ampliación, no se cumplen los requisitos del artículo 2 LPH para la constitución de una verdadera subcomunidad o de un complejo inmobiliario (éste último requeriría además autorización administrativa). De la documentación presentada resulta que lo pretendido es crear una división de los elementos destinados a servicios comunes que se pretenden vincular *ob rem* a los elementos privativos. El supuesto se asemeja al de los elementos procomunales; es decir, comunidad indivisible sobre un piso o local para el servicio o utilidad común de todos los propietarios, lo cual requiere detallar la cuota o proporción en que el elemento procomunal es adquirido por los propietarios, así como la conexión *ob rem* de dicha cotitularidad con la respectiva propiedad del elemento privativo del que es inseparable. Ninguna de estas dos cosas resulta del título calificado.

Por último, no sólo es necesario el consentimiento de la junta para inscribir una alteración de elementos comunes, que altera el título constitutivo. Además, la vinculación *ob rem* afecta al dominio de cada uno de los propietarios, por lo que ya no es decisión de la junta (ni por ello, cabe la unanimidad presunta), sino que requiere consentimiento expreso e individualizado de quienes aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos.

R. 29 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3854)

Una parcela está formalmente inscrita a nombre del constituyente de un régimen de propiedad horizontal, pero en el cuerpo de la inscripción se dice que pertenecerá por cuotas indivisas, como anejo inseparable de los elementos privativos que se enajenen. Ahora, el recurrente alega que se trata de un error y pretende que se rectifique la inscripción para hacer constar que la parcela es elemento común; y que en cualquier caso, esta modificación ha sido objeto de acuerdo adoptado por unanimidad de los presentes en la junta de propietarios, sin oposición de los ausentes, a los efectos del artículo 17-8 LPH.

La Dirección no considera que exista error (ni material ni de concepto), porque la inscripción se realizó en la misma forma que el título. El cambio de la naturaleza de la parcela (de anejo a elemento común) supone modificar el título constitutivo y exige unanimidad de los propietarios. Pero aun cuando hubiese mediado unanimidad presunta, hace falta además consentimiento individual de todos los titulares de elementos privativos, que resultan afectados por la rectificación pretendida. Este consentimiento no es acto colectivo de la junta, que no es competente para el mismo.

R. 7 abril 2017 (BOE 94, 20-IV-17: 4324)

Consta inscrita una situación fáctica de propiedad horizontal: hay tres elementos privativos inscritos cada uno con su propio número de finca registral (dos plantas bajas y un piso alto), y con su propia cuota en los elementos comunes -corrales y pozo- del edificio al que pertenecen. Ahora se deniega la inscripción de una escritura actual por la que el dueño de una de las plantas bajas, previa declaración del derribo de ésta, declara por antigüedad una vivienda unifamiliar de planta baja y tres altas.

Para la Dirección, con independencia de la denominación empleada, lo relevante para aplicar el régimen de propiedad horizontal es que exista el supuesto del artículo 396 Cc: propiedad exclusiva de espacios susceptibles de aprovechamiento independiente; y copropiedad sobre los restantes elementos comunes, con atribución a cada elemento privativo de una cuota en centésimas referida al valor total del inmueble. Además, las disposiciones de la LPH son aplicables a situaciones ya existentes antes de su entrada en vigor (transitoria primera). En consecuencia, se confirma la calificación que exige consentimiento unánime de todos los propietarios del edificio para modificar el título constitutivo, así como expresar los negocios jurídicos en cuya virtud los titulares de la expresada planta baja se han apropiado de elementos comunes -vuelo y suelo- sin intervención de los demás copropietarios.

R. 18 abril 2017 (BOE 101, 28-IV-17: 4660)

Admite la inscripción de una escritura por la que los titulares de cuatro locales integrados en un edificio en propiedad horizontal acuerdan destinarlos a vivienda, con las oportunas licencias municipales, sin necesidad de consentimiento de los demás copropietarios.

Es doctrina de la Dirección que, si en los estatutos nada consta sobre el destino de un elemento privativo ni se limitan las modificaciones del mismo, su cambio de uso es factible sin necesidad de autorización, ni en los estatutos, ni de la junta de propietarios. Los principios informadores del derecho de propiedad no sufren alteración por las limitaciones derivadas del régimen de propiedad horizontal. La vocación expansiva del dominio permite cualquier uso del objeto sobre el que recae, siempre que sea conforme con su naturaleza y los fines generales del dominio y específicos del régimen de propiedad horizontal.

En el supuesto resuelto, no concurre ninguna de las circunstancias que harían necesaria la autorización unánime de la comunidad de propietarios. No consta que el cambio de destino afecte a elementos comunes del inmueble, modifique cuotas ni altere la seguridad, estructura, configuración o estado exterior del edificio (artículos 5, 7 y 17 LPH). No hay infracción de estatutos, los cuales permiten a los propietarios de locales agruparlos, dividirlos o destinarlos a cualquier uso permitido por las ordenanzas municipales. Ciertamente, los estatutos excluyen a los dueños de locales del uso de ciertos elementos comunes, exonerándoles de los gastos correspondientes a los mismos, pero sin prohibir el cambio de destino, de modo que el efecto de éste será que las nuevas viviendas ya no estarán excluidas del uso de tales elementos comunes, a cuyos gastos deberán contribuir en proporción a sus cuotas, que no se ven modificadas.



R. 6 junio 2017 (BOE 153, 28-VI-17: 7423)

Consta vigente asiento de diligenciación de libro de actas de comunidad de propietarios, en virtud de solicitud del administrador, en ejecución de acuerdo de junta general ordinaria de 18 de mayo de 2016, por haberse extraviado el anterior libro, aportándose también certificación de la Dirección General de la Policía, relativa a la denuncia por extravío del citado libro (en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 415 RH).

Ahora, presentada una instancia por quien dice ser presidente de la comunidad nombrado en junta de 4 de octubre de 2014, se pide la cancelación de la diligencia de expedición de libro vigente y se solicita la diligenciación de un nuevo libro de actas. La Dirección lo deniega: existe un evidente conflicto en la comunidad de propietarios y excede de las facultades del registrador valorar qué junta es la legítima representante de la misma.

PUBLICIDAD REGISTRAL

R. 19 diciembre 2016 (BOE 7, 9-I-17: 245)

Se debate si existe o no interés legítimo en la solicitud de nota simple de una finca al Registro de la Propiedad. En su día se presentó una agrupación de cinco fincas, a dos de las cuales se les asignó por error números de finca registral correspondientes a otras fincas de distinto titular. El registrador entendió que se trataba de un error material y subsanó la inscripción inicial de la agrupación, haciendo constar los números de finca correctos. Ahora, el titular registral de las dos fincas cuyos números fueron erróneamente consignados, solicita información registral de la finca agrupada, alegando que, al haberse hecho constar los números de sus fincas en el inicial asiento de agrupación, fue titular registral.

La Dirección recuerda su doctrina. El interés que da derecho a acceder al Registro, debe ser directo, conocido y legítimo. Debe probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial sólo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, pero no para la investigación privada de datos no patrimoniales, que sólo podrán ser objeto de publicidad según las normas sobre protección de datos, de modo que es el registrador quien debe calificar, no sólo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella.

En el caso resuelto, la Dirección entiende que el simple error material en la numeración de las fincas originarias no atribuye titularidad sustantiva. Sin embargo, del conjunto de los datos suministrados al requerir la información, puede entenderse que existe el interés legítimo de aclarar definitivamente la situación de las fincas controvertidas. En todo caso, corresponderá al registrador decidir qué datos deberán quedar excluidos de la información, por resultar sensibles de acuerdo con la legislación sobre protección de datos.

R. 1 marzo 2017 (BOE 65, 17-III-17: 2936)

Deniega la expedición por el Registro Mercantil de una certificación acreditativa de los cargos sociales desempeñados por determinadas personas físicas, identificadas por su nombre, apellidos y DNI, respecto de todo el territorio nacional.

La competencia del registrador mercantil viene determinada por la demarcación del Registro, extendiéndose exclusivamente a los sujetos inscribibles por razón de su domicilio, de modo que el registrador carece de competencia para certificar respecto de sujetos inscritos en otros Registros. La certificación solicitada podrá solicitarse limitada al contenido de ese Registro y a la fecha desde que los índices constan informatizados (artículo 398-a-1 RH por remisión del artículo 80 RRM). Además, para poder expedirse certificación no por sociedad, sino por persona física, deberá acreditarse al registrador el interés legítimo que lo justifique.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

R. 30 enero 2017 (BOE 40, 16-II-17: 1608)

Se presenta una escritura de protocolización de cuaderno particional donde se describe una finca de modo diferente a como consta inscrita, y también se presenta otra de rectificación, de fecha considerablemente posterior, donde se rectifica la descripción para hacerla coincidir con la que consta en el Registro. La Dirección considera inscribible el título subsanado, sin necesidad de tramitar el procedimiento del artículo 201 LH, ya que no hay que realizar ninguna rectificación.

R. 7 febrero 2017 (BOE 50, 28-II-17: 2091)

En 1989 se inscribió el pleno dominio de una finca a favor de quien adquirió por donación de sus padres, sin constancia alguna en la inscripción, ni a una casita-albergue existente en la finca, ni a la obligación impuesta por los donantes a la donataria de permitir que las otras hijas de los donantes disfruten de la casita, la cual tendrá a su alrededor un ensanche de cinco metros de ancho. En 2015 la titular inscribe la obra nueva -declarada por prescripción- de una casita-albergue rodeada por todos sus aires con terreno propio.

Ahora una de las hermanas presenta una instancia solicitando la rectificación del Registro, en virtud del título de donación, en el sentido de hacer constar el derecho real de uso y hacer desaparecer la referencia a que la obra nueva está rodeada por terreno propio.

La Dirección lo deniega y recuerda su doctrina: los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 LH); y no se puede rectificar el Registro sin el consentimiento del titular o resolución judicial firme (artículo 40 LH).

R. 13 febrero 2017 (BOE 57, 8-III-17: 2485)

Consta inscrita la venta de un departamento integrante de una propiedad horizontal desde hace treinta años. Ahora la compradora solicita que se rectifique la inscripción, en el sentido de que lo vendido en su día fue otra finca registral, que es la que corresponde con los datos descriptivos recogidos en el título.

La Dirección exige consentimiento de los titulares de derechos inscritos o anotados o, en su defecto, resolución judicial dictada en procedimiento entablado contra todos ellos. Aunque el error resulta claramente de la confrontación del asiento con el título, no cabe la rectificación de oficio por la registradora y bajo su responsabilidad (artículo 213 RH), por existir tres asientos posteriores, siendo última inscripción de dominio.

R. 23 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2593)

Consta inscrita la servidumbre que en su día constituyó una mercantil, sobre una finca suya, en favor de otras, con el fin de que éstas pudieran conectarse a la red de abastecimiento de agua potable de una futura urbanización, con un consumo máximo diario de un metro cúbico. Ahora varias personas solicitan que se modifique la inscripción de servidumbre, eliminando toda referencia a caudales concretos, sobre la base de una sentencia firme contencioso-administrativa que, a instancias del organismo de cuenca, declara caducada la concesión de aguas a nombre de la sociedad constituyente, quien por otro lado -según se alega- carece de competencia para otorgar aprovechamientos sobre aguas de naturaleza pública.

La Dirección lo deniega. La sentencia que acompaña a la instancia presentada no contiene operación inscribible en el Registro. El asiento de servidumbre está bajo la salvaguardia de los tribunales; y el recurso no es cauce adecuado para discutir sobre la validez del acto inscrito, sino sólo para determinar si una calificación es o no ajustada a Derecho.

R. 27 febrero 2017 (BOE 64, 16-III-17: 2886)

En su día se inscribió la agrupación de cinco fincas registrales, extendiéndose la inscripción extensa de agrupación en el folio de una de las fincas agrupadas, en lugar de extenderse como inscripción extensa la primera de la finca resultante de la agrupación. Ahora se pretende la rectificación del registro en virtud de instancia privada suscrita por uno de los cónyuges titulares con carácter ganancial.

La Dirección lo deniega. Uno de los supuestos de inexactitud registral es el error material o de concepto en la redacción del asiento, que se produce cuando al expresar en la inscripción el contenido del título, se altere el significado de éste. Para su rectificación hace falta acuerdo de todos los interesados, incluido el registrador (artículo 217 LH), o en su defecto, resolución judicial. En este caso el registrador se opone a la rectificación.

R. 26 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5427)

Deniega la anulación de una inscripción de usufructo vitalicio, que se pretende mediante una instancia privada suscrita por uno de los nudo propietarios, quien alega que éstos autoliquidaron del ISD la adquisición del pleno dominio, de modo que no consta la autoliquidación fiscal del usufructo. El recurso no puede prosperar, porque los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que su rectificación o cancelación exige, bien consentimiento del titular, bien resolución judicial (artículo 40-d LH).

REFERENCIA CATASTRAL

R. 2 febrero 2017 (BOE 45, 22-II-17: 1809)

Deniega la constancia registral de la referencia catastral de una finca, que se pretende mediante una escritura de herencia y su rectificación, porque hay diferencias de superficie superiores al 10% entre la finca inscrita y la parcela catastral, así como en cuanto al nombre del paraje (artículos 48-2 y 45 Ley Catastro Inmobiliario).

R. 27 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5429)

R. 27 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5430)

R. 27 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5431)

Se pretende obtener, mediante instancia privada, la constancia registral de la referencia catastral de un local integrante de una propiedad horizontal, así como la rectificación de la calle y número.

Lo que se pretende es la mera constancia de la referencia catastral (artículo 9-a LH), pero no la coordinación gráfica del artículo 10 LH, que tampoco sería posible, ya que los artículos 9-b y 199 LH sólo permiten inscribir la georreferenciación de elementos individuales en propiedad horizontal cuando se inscriba una obra nueva en la que la representación del elemento aislado se integre junto con la de todos los demás del edificio (artículo 202 "in fine" LH y R. 22 julio 2016). Para obtener la mera constancia solicitada debe haber correspondencia entre la finca registral y la certificación catastral aportada, en los términos del artículo 45 LCI. En el supuesto resuelto no puede apreciarse tal correspondencia, porque existen discrepancias en la calle y el número, que son datos de policía, para cuya modificación no basta mera declaración del interesado, sino que depende de la autoridad administrativa, cuya certificación valdría para subsanar fácilmente el defecto (artículo 437 RH).

R. 2 junio 2017 (BOE 150, 24-VI-17: 7279)

Se presenta una escritura de herencia en la que se rectifica la descripción de unas fincas. La Dirección deniega la constancia de la referencia catastral, por existir, entre las descripciones del Registro y el Catastro, una diferencia de cabida de más del 10%, así como diferencias en los linderos.

Ahora bien, se consideran cumplidas las exigencias del principio de rogación. Aunque no hay en el título una solicitud formal de rectificación, la mera presentación en el Registro lleva implícita la solicitud de inscripción, en la cual debe entenderse comprendido el conjunto de operaciones y asientos de que sea susceptible el título, salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo (artículo 425 RH).

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

R. 21 diciembre 2016 (BOE 8, 10-I-17: 284)

Admite la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre dos fincas inscritas a nombre de un titular con carácter presuntamente ganancial, a pesar de que, constando en la inscripción de otra finca que ambos cónyuges han pactado la separación de bienes en capitulaciones, el cónyuge no deudor no ha sido demandado, sino sólo notificado.

La Dirección distingue tres supuestos en materia de embargo de bienes de la sociedad ganancial en liquidación:

1) Embargo de bienes concretos de la sociedad de gananciales en liquidación: exige que las actuaciones procesales se sigan contra todos los titulares (art. 144-4º RH).

2) Embargo de la cuota global que corresponde a un cónyuge en la total masa patrimonial: las actuaciones pueden seguirse sólo contra el cónyuge deudor y se resolverán en anotación sólo sobre



los bienes que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor (166-1 "in fine" RH): si luego esos bienes no se le adjudican a él, quedaría estéril la anotación, pero no la traba, pues el embargo se proyectaría sobre los bienes adjudicados efectivamente.

3) Embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal: las actuaciones pueden dirigirse sólo contra el cónyuge deudor, pero si luego ese bien no se le adjudica a él, la traba quedaría estéril. Por ello, debe rechazarse su reflejo registral.

En el supuesto resuelto estamos en el caso primero, pero la Dirección no considera preceptivo demandar al cónyuge no deudor. Cuando la disolución de la sociedad de gananciales se produzca por capitulaciones matrimoniales, el artículo 144-4º RH debe interpretarse en el contexto de los artículos 1317 y 1331 Cc, que condicionan la eficacia de las capitulaciones frente a terceros, a la fecha de su inscripción en el Registro Civil. En el supuesto resuelto, la existencia de capitulaciones consta en la inscripción de otra finca registral, pero de la misma tampoco se deduce su inscripción en el Registro Civil.

R. 11 enero 2017 (BOE 26, 31-I-17: 996)

Deniega la inscripción de una adjudicación verificada en convenio regulador, aprobado por sentencia de divorcio, relativa a bienes que constan inscrito como privativos de ambos por mitad, al haber sido adquirido en estado de solteros, y que ahora se adjudican como parte de la liquidación del régimen económico matrimonial. No consta el carácter de vivienda habitual ni otra causa matrimonial o familiar, ni se lleva a cabo un negocio que justifique la incorporación de dichos bienes al haber ganancial.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada: el principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (art. 3 LH), que la Dirección interpreta como el tipo de título (ejecutoria o escritura pública) congruente con el acto inscribible. La efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requerirían escritura pública.

R. 24 enero 2017 (BOE 35, 10-II-17: 1356)

De dos cónyuges de vecindad civil gallega, falleció primero el esposo, quien instituyó herederos a sus tres hijos y nombró un contador-partidor, actualmente fallecido. Después murió la esposa, en cuyo testamento nombró otro contador-partidor y adjudicaba, a los efectos del artículo 206 Ley derecho civil de Galicia, una finca perteneciente a la sociedad de gananciales disuelta pero aún no liquidada. Ahora se debate si es inscribible dicha adjudicación de finca ganancial otorgada por el contador-partidor de la testadora, con la ratificación de dos de los tres hermanos y herederos. La registradora exige la previa liquidación de la sociedad de gananciales, con intervención de todos los herederos.

Podría admitirse la no necesidad de previa liquidación de los gananciales: cuando el contador-partidor hubiese sido designado por ambos causantes (artículo 293 Ley DC de Galicia; y R. 20 julio 2007); o cuando se partiesen conjuntamente las herencias de dos cónyuges, interviniendo en el acto los causahabientes de todos ellos y, sobre todo, si todos los bienes tienen naturaleza ganancial. Pero fuera de

estos casos, la regla general es la necesidad de previa liquidación de gananciales para la eficacia de la partición (criterio del TS y del TSJ-Galicia).

R. 1 febrero 2017 (BOE 45, 22-II-17: 1806)

Deniega la inscripción de una sentencia de disolución de condominio, porque habiendo sido la demanda interpuesta por un condueño cuya cuota es ganancial, es preciso el consentimiento de su cónyuge.

Ciertamente nadie está obligado a permanecer en la indivisión (artículo 400 Cc). Ahora bien, para la jurisprudencia más reciente (S TS 25 febrero 2011), de conformidad con los artículos 1375 y 1377-1 Cc, es imprescindible que se dé alguna de las siguientes circunstancias: que la demanda haya sido interpuesta por ambos cónyuges; que el cónyuge del actor haya sido demandado; o que el cónyuge que no ha intervenido en el procedimiento haya consentido en documento público el acto por el que se haya materializado la división de cosa común.

R. 2 febrero 2017 (BOE 45, 22-II-17: 1810)

No considera suficientemente acreditado el carácter privativo del precio, a los efectos del artículo 95-2 RH, en una compra hecha por un cónyuge casado en gananciales. Se aporta acta otorgada simultáneamente a la escritura, en la que ambos esposos declaran que los fondos usados eran privativos del comprador, al proceder de un depósito realizado en estado de soltero. También se aporta certificación bancaria de la cual resulta: que el cónyuge adquirente era titular antes del matrimonio de una cantidad superior al precio de compra (con lo que en principio, no habría problema para acreditar el carácter privativo); pero que esa imposición privativa pasó a formar parte de dos nuevas cuentas, abiertas ya durante el matrimonio con un saldo superior, sin que quede acreditado el carácter privativo del exceso, por lo que se presume ganancial (artículo 1361 Cc).

La Dirección sigue un criterio estricto en la aplicación del criterio de subrogación real del artículo 1346-3 Cc. Además, el artículo 95-2 RH exige justificar el carácter privativo del precio mediante prueba documental pública. En este caso, dados los reseñados movimientos bancarios, el dinero utilizado para la compra pudo haber sido ganancial, privativo o de ambas clases. La declaración del cónyuge del adquirente contenida en acta, deberá tener la consideración de confesión de privatividad del artículo 1324 Cc.

R. 16 febrero 2017 (BOE 57, 8-III-17: 2487)

R. 1 marzo 2017 (BOE 65, 17-III-17: 2937)

Suspende la inscripción de un acuerdo de liquidación de la sociedad de gananciales, obtenido por los cónyuges que han instado el procedimiento de los artículos 806 y siguientes LEC. Es precisa la protocolización notarial.

No estamos ante un convenio regulador, sino ante un procedimiento judicial de liquidación del régimen económico matrimonial. Por remisión del artículo 810-4 al artículo 788 y concordantes. El artículo 787-2 LEC determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia, pero en todo caso ordenando protocolizarlas.

R. 16 febrero 2017 (BOE 57, 8-III-17: 2488)

Deniega una anotación preventiva de embargo sobre una finca inscrita a nombre del esposo de la demandada con carácter presuntivamente ganancial, por haberse demandado únicamente al cónyuge deudor, cuando lo preceptivo es demandar a ambos, o bien, habiéndose demandado sólo al que contrajo la deuda, se le dé traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución al cónyuge no demandado (artículos 144-1 RH y 541-2 LEC).

R. 23 febrero 2017 (BOE 59, 10-III-17: 2594)

Consta inscrita una cuota indivisa de finca a nombre de un titular casado en régimen de separación de bienes, según determinada escritura de capitulaciones matrimoniales. Ahora se debate la inscripción de la escritura por la que se vende dicha cuota (junto con las de los demás cotitulares), en la cual comparecen el titular y su esposa, quienes manifiestan que están casados en régimen de separación en virtud de dichas capitulaciones matrimoniales.

El registrador exige la aportación de las capitulaciones para inscribir la venta. Pero la Dirección entiende que no es necesario, al concurrir ambos cónyuges. La subsanación de los defectos no es obstáculo para que el notario interponga recurso (S TS 3ª 22 mayo 2000).

R. 15 marzo 2017 (BOE 80, 4-IV-17: 3710)

Se refiere a una finca que en su día se inscribió a nombre de la compradora, con carácter presuntivamente ganancial. Ahora se pretende inscribir una escritura de rectificación otorgada por la esposa compradora, quien manifiesta que su marido ha fallecido, que era de nacionalidad polaca, pero que el matrimonio se regía por Derecho inglés (por residencia), por todo lo cual solicita que se rectifique la inscripción haciendo constar que la finca era privativa de la compradora.

La Dirección lo deniega. En general, la rectificación de un asiento requiere consentimiento del titular o resolución judicial (artículo 40 LH), salvo que se pretenda rectificar un hecho susceptible de prueba absoluta mediante documentos fehacientes y auténticos independientes de la voluntad de los interesados. En el Registro de la Propiedad, la destrucción de la presunción de ganancialidad (artículo 1361 Cc) y la inscripción del bien como privativo, exige la justificación del carácter privativo del precio de la adquisición mediante prueba documental pública suficiente (artículo 95 RH). El supuesto calificado no responde a ninguna de estas situaciones.

La documentación aportada sólo acredita que, al contraer matrimonio en 1959, la esposa tenía residencia en Londres y su marido era de nacionalidad polaca. El Código civil (artículos 1325 y 9-2) establecía entonces como punto de conexión en materia de régimen económico conyugal la nacionalidad del marido -con independencia de la residencia de la esposa-.

La Dirección recuerda la doctrina jurisprudencial sobre ley aplicable a los efectos del matrimonio, según la fecha de su celebración: los contraídos hasta el 29 diciembre 1978 (fecha de entrada en vigor de la Constitución) se regirán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de su celebración; para los contraídos entre la anterior fecha y la Ley 15 octubre 1990, habrá que estar a la S TC 14 febrero 2002, que se limita a derogar por inconstitucional la remisión a la ley del

marido, pero sin sustituirla por otro criterio; a los matrimonios contraídos durante la vigencia de la Ley 15 octubre 1990, se les aplicará el actual artículo 9-2 Cc.

Por lo tanto, el régimen económico del matrimonio del supuesto se regirá por la ley nacional -polaca- del marido al tiempo de su celebración, la cual no se ha acreditado.

R. 24 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3847)

R. 24 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3850)

En 1970 se inscribió la compra de una finca, como presuntivamente ganancial, a favor de una titular que manifestó estar separada de hecho, por abandono del domicilio conyugal por parte de su esposo, desde hacía más de diez años. En 2013, fallecido el esposo, una de las hijas del matrimonio obtiene una sentencia que declara como privativo de su madre el bien inscrito como ganancial. El registrador deniega la inscripción del cambio de naturaleza del bien, por entender que la demanda debería haber sido interpuesta contra algún llamado a la herencia del esposo, o bien haberse nombrado un defensor judicial de la herencia yacente.

La Dirección admite la inscripción. La privatividad, además de haber sido solicitada por una integrante de la herencia yacente, ha quedado suficientemente acreditada en el proceso, cuya sentencia considera probado que la titular adquirió la finca tras una separación de hecho de larga duración, que ella y sus hijas habían emigrado, que la adquisición se hizo con medios propios y que tenía independencia económica absoluta al tiempo de la adquisición. La sentencia viene a determinar la conclusión de la sociedad de gananciales anterior al fallecimiento de los cónyuges, de forma análoga al actual artículo 1393-3 Cc, de modo que la finca es privativa, queda fuera de la herencia yacente del marido, no existiendo por ello posible indefensión de los interesados en ella.

R. 19 abril 2017 (BOE 112, 11-V-17: 5157)

Deniega la inscripción de una escritura de pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente (artículos 214-218 Ley Derecho civil de Galicia), por la que el esposo -con el consentimiento de la esposa- mejora a sus hijos, adjudicándoles por partes iguales la totalidad de los derechos que le correspondan en determinadas fincas inscritas a nombre de la sociedad de gananciales pendiente de liquidación.

El objeto de esta mejora no es una cuota de un bien, ya que un cónyuge puede disponer con el consentimiento del otro de cuotas indivisas de bienes gananciales o postgananciales (R. 18 octubre 2005). El objeto tampoco es el bien ganancial por entero, realizando la mejora ambos cónyuges. Ambas fórmulas no hubiesen planteado dudas. Por otro lado, en el supuesto resuelto no cabe apreciar falta de facultades dispositivas, pues concurre el consentimiento de los dos cotitulares de la comunidad postganancial, quienes pueden disponer conjuntamente de los bienes de la misma sin necesidad de la previa liquidación de gananciales.

El hecho de que el bien dispuesto por uno de los cónyuges no pertenezca a la sociedad de gananciales sino a una comunidad postganancial, no impide la aplicación analógica del artículo 1380 Cc (R. 10 diciembre 2012), lo cual es extensible al ámbito del Derecho civil de Galicia, como entendió la R. 13 julio 2016, cuyo supuesto, no



obstante, se refería a una mejora sin transmisión actual de bienes. Por el contrario, en el caso ahora resuelto tal transmisión sí que se produce, lo que obliga a que los bienes deban quedar determinados en el momento de otorgamiento del negocio y su inscripción y sean por naturaleza transmisibles en el momento actual, lo que no sucede respecto de los derechos que ostenta uno solo de los cónyuges sobre bienes gananciales determinados.

R. 9 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5932)

Deniega la inscripción de una sentencia de disolución de condominio, porque habiendo sido la demanda interpuesta por un condueño cuya cuota en la comunidad pertenece al consorcio conyugal aragonés que mantiene con su cónyuge, es preciso que concurra también el consentimiento de éste.

La Dirección se remite a la doctrina de la R. 1 febrero 2017 en un caso similar, si bien referido a la sociedad de gananciales. Ciertamente nadie está obligado a permanecer en la indivisión (artículo 400 Cc). Ahora bien, para la jurisprudencia más reciente (S TS 25 febrero 2011), de conformidad con los artículos 1375 y 1377-1 Cc, es imprescindible que se dé alguna de las siguientes circunstancias: que la demanda haya sido interpuesta por ambos cónyuges; que el cónyuge del actor haya sido demandado; o que el cónyuge que no ha intervenido en el procedimiento haya consentido en documento público el acto por el que se haya materializado la división de cosa común.

En el caso concreto, el recurrente alega también que debe entenderse prestado el consentimiento del cónyuge del demandante, en tanto se la ha hecho un requerimiento notarial al efecto, sin que haya contestado. Se apoya esta pretensión en el artículo 235-2 CDFR, según el cual, el cónyuge cuyo consentimiento se omitió puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad. Sin embargo, no cabe deducir el consentimiento de la falta de contestación: la jurisprudencia considera excepcional la equiparación del silencio con el consentimiento tácito; la apreciación de esta circunstancia no corresponde al registrador, cuyos medios de calificación están limitados; en materia hipotecaria, no se admiten en general los consentimientos tácitos ni presuntos, sino que los actos inscribibles deben constar fehacientemente (artículo 3 LH).

R. 10 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5937)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa, en la que comparecen un matrimonio formado por ruso y ucraniana, que acreditan haberse casado en Ucrania, a cuyo régimen económico conyugal legal declaran estar sujetos, manifestando el esposo que el bien adquirido es privativo de la esposa, por serlo también el dinero usado en la adquisición.

Desde el 29 de enero de 2019 será aplicable el Reglamento UE 1103/2016 sobre cooperación reforzada en materia de regímenes económico-matrimoniales, que establece nuevas reglas de conflicto. Pero hasta entonces, la norma estatal de conflicto es la del artículo 9-2 Cc (sucesivamente: nacionalidad común, designación por ambos, residencia habitual común posterior al matrimonio, o lugar de celebración). En la escritura calificada no se formula juicio alguno al respecto de qué ley es la aplicable, sino que se parte sin más de la declaración de los esposos.

Con el alcance con que la Dirección interpreta el artículo 36 RH, sobre prueba del Derecho extranjero, deberá acreditarse: la aplicación del Derecho ucraniano a la economía conyugal; la existencia en dicho ordenamiento de la atribución de privatividad del bien adquirido, sin que la traducción de unos artículos del Código civil ucraniano, descontextualizados y sin conocer su alcance e interpretación, sea bastante como prueba del Derecho extranjero.

R. 11 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5938)

Deniega la inscripción de un decreto de divorcio que adjudica una finca inscrita como de la sociedad conyugal aragonesa de los divorciados, quienes no obstante, declaran en el convenio regulador estar casados en régimen catalán de separación de bienes. De la documentación presentada, resulta que el marido tenía vecindad aragonesa al tiempo de celebrar su matrimonio en 1975, por ser de aplicación el entonces vigente artículo 14-5 Cc (en caso de duda, prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento).

La Dirección recuerda la doctrina de la S TS 11 febrero 2005, sobre ley aplicable a los efectos del matrimonio según la fecha de su celebración, a raíz de la S TC 14 febrero 2002. Los matrimonios contraídos antes del 29 diciembre 1978 -fecha de entrada en vigor de la Constitución- se registrarán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de su celebración.

En consecuencia, el régimen económico de este matrimonio es el aragonés. Además, los bienes están inscritos para la sociedad conyugal tácita aragonesa, por lo que no puede ahora, mediante documento privado (aunque esté homologado judicialmente), rectificarse el Registro sin la oportuna escritura pública o resolución judicial, puesto que el convenio regulador del divorcio no es título formal suficiente para ello. No habría problema para la rectificación si el juez la hubiera ordenado expresamente.

R. 11 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5940)

Deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de las estipulaciones de un convenio regulador de divorcio referidas a la vivienda habitual adquirida durante el matrimonio. Ambos cónyuges eran extranjeros al tiempo de contraer matrimonio fuera de España, si bien el marido adquirió la nacionalidad española después.

Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la condición de tales, son inscribibles en el Registro Civil español (artículos 15 LRC y 68-2 RRC). Para obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad, es necesario acreditar la previa inscripción del matrimonio y de la sentencia de divorcio en el Registro Civil Central, a cuyo encargado corresponde determinar la validez de este matrimonio. Una vez inscrito éste, se inscribirá la sentencia de divorcio (artículo 263 RRC).

R. 17 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6541)

Deniega una anotación preventiva de embargo, porque la demanda se ha dirigido únicamente contra el cónyuge deudor, que es titular con carácter ganancial, cuando lo preceptivo es demandar a ambos, o bien, habiéndose demandado sólo al que contrajo la deuda, dar traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución al cónyuge no demandado (artículos 144-1 RH y 541-2 LEC).

R. 17 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6542)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa, en la que comparecen un matrimonio formado por ruso y ucraniana, que acreditan haberse casado en Ucrania, a cuyo régimen económico conyugal legal declaran estar sujetos, manifestando uno de los cónyuges que el bien adquirido es privativo del otro, por serlo también el dinero usado en la adquisición.

Desde el 29 de enero de 2019 será aplicable el Reglamento UE 1103/2016 sobre cooperación reforzada en materia de regímenes económico-matrimoniales, que establece nuevas reglas de conflicto. Pero hasta entonces, la norma estatal de conflicto es la del artículo 9-2 Cc (sucesivamente: nacionalidad común, designación por ambos, residencia habitual común posterior al matrimonio, o lugar de celebración). En la escritura calificada no se formula juicio alguno al respecto de qué ley es la aplicable, sino que se parte sin más de la declaración de los esposos.

Con el alcance con que la Dirección interpreta el artículo 36 RH, sobre prueba del Derecho extranjero, deberá acreditarse: la aplicación del Derecho ucraniano a la economía conyugal; la existencia en dicho ordenamiento de la atribución de privatividad del bien adquirido, sin que la traducción de unos artículos del Código civil ucraniano, descontextualizados y sin conocer su alcance e interpretación, sea bastante como prueba del Derecho extranjero.

R. 18 mayo 2012 (BOE 137, 9-VI-17: 6545)

Deniega la inscripción de un convenio regulador de divorcio que contiene la donación de una vivienda cotitularidad de los cónyuges -que no es vivienda familiar- a favor de una hija mayor de edad con vida independiente.

La Dirección recuerda su doctrina. La donación de inmuebles exige escritura pública (artículo 633 Cc), pero este rigor formalista se dulcifica en caso de donaciones o negocios complejos de carácter familiar contenidos en convenios reguladores, que tiene causa matrimonial concreta. Sin embargo, en el supuesto resuelto no consta la causa familiar o matrimonial de la donación; y la aprobación del convenio no es suficiente para cambiar su carácter de acto de naturaleza privada. Por otro lado, debe constar la aceptación de la donataria mayor de edad, ya al tiempo de la donación, ya con posterioridad.

R. 25 mayo 2017 (BOE 140, 13-VI-17: 6691)

Declara inscribible una escritura de pacto sucesorio (conforme a los artículos 209 y siguientes Ley 2/2006 de derecho civil de Galicia) por el que dos cónyuges adjudican a uno de sus hijos la nuda propiedad de un bien ganancial: el esposo adjudica la nuda propiedad que le corresponde en la finca, en concepto de apartación a su hijo, quien queda excluido de la legítima y del llamamiento intestado; y la esposa adjudica la nuda propiedad que le corresponde, en concepto de mejora con entrega de presente. El registrador exige la previa liquidación de la sociedad de gananciales, para que los cónyuges puedan disponer de sus respectivas adjudicaciones.

En el título calificado se realiza un acto dispositivo sobre un bien ganancial conjuntamente por ambos cónyuges, lo cual no exige previa liquidación alguna. La presencia de una causa sucesoria particular para cada cónyuge no altera el efecto traslativo reflejado en la inscripción ni compromete los derechos de terceros, por lo que puede

considerarse un acto de disposición conjunto y único englobado en el genérico concepto de pacto sucesorio, sin perjuicio de los efectos particulares y distintos en la futura sucesión de cada transmitente, lo cual puede haber sido lícitamente buscado así.

R. 25 mayo 2017 (BOE 140, 13-VI-17)

Deniega la inscripción de un documento privado aprobado judicialmente en procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, al amparo del artículo 806 LEC, por el que los cónyuges acuerdan inventariar como ganancial un bien privativo de la esposa -adquirido en estado de soltera-, que se adjudica por mitad a ambos cónyuges. No se acredita la existencia de crisis matrimonial, ni la existencia de causa que pudiera justificar la inclusión de un bien privativo en las operaciones de liquidación.

Ciertamente se manifiesta que se trata de la vivienda familiar y consta que está hipotecada, lo cual podría haber producido un pro indiviso entre los patrimonios privativo y ganancial (artículos 1357-2 y 1354 Cc), siempre que la hipoteca su hubiese constituido para financiar la adquisición de la vivienda y los pagos se hubiesen hecho constante la sociedad de gananciales. Pero nada de esto se hace constar en el documento calificado.

REGISTRO DE BIENES MUEBLES

R. 20 diciembre 2016 (BOE 7, 9-I-17: 248)

R. 20 diciembre 2016 (BOE 7, 9-I-17: 249)

R. 20 diciembre 2016 (BOE 7, 9-I-17: 250)

Deniega la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de un contrato de arrendamiento financiero de aeronave no inscrita. El registrador se había opuesto a la inscripción por no coincidir la titularidad administrativa con la resultante del título (la nave constaba administrativamente inscrita a nombre de arrendatario).

Las únicas normas que en la actualidad se refieren a la inscripción de aeronaves en el Registro de Bienes Muebles, como sucesor de los antiguos libros especiales llevados en el Registro Mercantil, son los artículos 145 a 190 RRM-1956. El artículo 180 establece que la primera inscripción será de dominio y se practicará en virtud de contrato de entrega o venta de la entidad constructora junto con el certificado administrativo de su matrícula. En consecuencia, un contrato de arrendamiento no sirve como título inmatriculador. Para poder inscribirlo, en primer lugar, el titular civil de la aeronave deberá registrarla a su nombre en el Registro de Matrícula de Aeronaves y, a continuación, en la sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles.

R. 16 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1218)

Deniega la cancelación, pretendida por caducidad, de unas hipotecas navales constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima. La Ley de Hipoteca Naval de 1893 establecía un plazo de prescripción para la acción hipotecaria de 10 años desde que pudo ser ejercitada. La vigente Ley de Navegación Marítima de 2014 establece un plazo de prescripción de la acción de 3 años (artículo 142-1); y permite al titular registral del buque solicitar la cancelación por caducidad de la inscripción de hipoteca transcurridos 6 años desde el vencimiento, si no consta que ha sido novada, interrumpida la prescripción o ejercitada la acción hipote-



caria (artículo 142-2). La Ley de 2014 carece de disposiciones transitorias, por lo que la Dirección aplica el criterio de las disposiciones 1ª y 4ª del Código civil, en el sentido de que las nuevas normas que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo. En consecuencia, la caducidad prevista en el vigente artículo 142-2 sólo se aplicará a las hipotecas constituidas conforme a la legislación anterior, una vez que hayan transcurrido 6 años desde la entrada en vigor de la Ley (25 septiembre 2020), sin perjuicio de poder obtener la cancelación según la normativa anterior.

El otro defecto de la calificación se desestima: no es obstáculo el hecho de que el deudor esté declarado en concurso. El acreedor con hipoteca naval puede ejercitar su derecho cuando el deudor fuese declarado en concurso (artículo 140-b), para lo cual podrá separar el buque de la masa activa del concurso mediante el ejercicio de las acciones que tengan reconocidas (artículo 76-3 Ley Concursal); todo lo cual constituye una excepción a la regla general de que el vencimiento anticipado de las obligaciones no se produce por la apertura del concurso, sino por la apertura de la fase de liquidación (artículo 146 LC).

R. 28 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3853)

Declara inscribible una escritura de prenda sin desplazamiento de licencia de oficina de farmacia ubicada en el País Vasco.

El artículo 54 LHMYPDS (introducido por la Ley 41/2007) permite pignorar los derechos derivados de licencias, siempre que sean enajenables. En consecuencia, cabe constituir e inscribir en el Registro de Bienes Muebles la prenda sin desplazamiento sobre una licencia de farmacia como objeto jurídicamente autónomo (y no necesariamente como extensión del derecho de hipoteca sobre establecimiento mercantil de oficina de farmacia), siempre que se acredite su titularidad y sea transmisible, para lo cual hay que tener en cuenta la normativa autonómica aplicable, que en el supuesto resuelto es la del País Vasco.

De la Ley vasca 11/1994 de Ordenación Farmacéutica y del Decreto 166/1999 que la desarrolla, resulta que esta normativa autonómica no confunde la titularidad de la oficina de farmacia con la del local en la que se desarrolla. Siendo un principio general de nuestro ordenamiento la libre transmisibilidad de los derechos, sólo podrá considerarse excepcionado cuando resulte de la regulación sectorial con absoluta claridad su intransmisibilidad.

R. 27 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5433)

Admite la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de una compraventa de vehículo con precio aplazado entre particulares, formalizada en el modelo oficial, aunque de la consulta efectuada por el registrador al Registro Administrativo de la DGT, resulta que el bien está inscrito todavía a nombre del vendedor, de modo que, inscrita la venta en el Registro de Bienes Muebles antes que en el Administrativo, se produciría una inexactitud en el primero y una discordancia entre ambos.

La consulta del registrador se enmarca en el ámbito del Convenio entre la DGT y la DGRN, de 10 mayo 2000 sobre interconexión informática entre ambos registros, cuyo principal objetivo es evitar

dobles inmatriculaciones y la constitución de cargas sobre bienes no pertenecientes al demandado o al constituyente del gravamen.

Pero lo cierto es que la documentación presentada cumple con la normativa sobre cambio de titularidad y expedición de permisos de circulación, la cual prevé: que el cambio de titularidad se haga a instancia del transmitente (artículo 32-1 Reglamento Vehículos), del adquirente (32-3), o de ambos (32-5), en la forma determinada por los citados artículos, pero sin que de ellos se derive la obligación de que el cambio de titularidad deba ser previo a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

R. 8 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5931)

Suspende la cancelación de una reserva de dominio y prohibición de disponer que gravan un vehículo inscrito en el Registro de Bienes Muebles, por falta de legitimación notarial o diligencia de conocimiento de las firmas de los dos apoderados del establecimiento financiero de crédito puestas en el modelo oficial de cancelación.

Tanto la R. DGRN 18 febrero 2000, como la de 21 febrero 2017 (que sustituirá a la anterior y entrará en vigor el 14 de junio de 2017), limitan la exigencia de legitimación de las firmas de los contratantes a los modelos oficiales de contratos de compraventa no financiera de muebles (A-V.1), cancelación de contrato de venta a plazos (C-3) y cancelación de financiación a comprador (C-4). Por lo tanto, es necesaria la legitimación de firmas en este supuesto de cancelación de reserva de dominio y prohibición de disponer.

REPRESENTACIÓN

R. 5 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 782)

Admite la inscripción de una escritura de cancelación de hipoteca constituida a favor de una sociedad luxemburguesa, que interviene representada mediante poder otorgado ante notario español. El notario autorizante de la cancelación emite bajo su responsabilidad, reseña identificativa y juicio de suficiencia de facultades representativas. El registrador exige acreditar la inscripción del poder en el Registro Mercantil, o su innecesidad conforme a las leyes de Luxemburgo.

En su dimensión interna o sustantiva, el poder se rige por la ley luxemburguesa (artículo 9-11 Cc). La ley española resulta aplicable a: las formalidades del otorgamiento (artículo 11-1 Cc), la relación externa con los terceros (artículo 10-11 Cc) y a la cancelación -incluyendo su inscripción- realizada en ejercicio del poder (artículo 4-1-c Reglamento Roma I).

Es doctrina de la Dirección que la inscripción de los administradores y apoderados de las sociedades mercantiles es obligatoria, pero no constitutiva, de modo que su falta no impide la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos otorgados por aquéllos, siempre que en el título inscribible se reseñen los datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante, por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarios por el órgano social competente debidamente convocado, incluyendo la aceptación del nombramiento y en su caso, la notificación a los titulares de los anteriores cargos inscritos.

En el caso resuelto, el otorgamiento del poder ante notario español supone que éste, bajo su responsabilidad, ha tenido que verificar

con arreglo a las leyes de Luxemburgo la existencia y capacidad de la sociedad extranjera y la regularidad de la actuación de quien interviene en su nombre confiriendo el poder. La nacionalidad extranjera de la sociedad determina que el poder no resulte inscribible en el Registro Mercantil español. En cuanto a la acreditación de no ser necesaria la inscripción según la ley luxemburguesa, hay que tener en cuenta que una de las formas de acreditar el Derecho extranjero es la aseveración o informe de notario (artículo 36 RH), de modo que, si el registrador entiende que del juicio notarial de suficiencia no se deduce correctamente el sentido, alcance e interpretación de la norma extranjera, debe motivar las razones de su rechazo, sin que sea suficiente una referencia genérica a la falta de prueba del Derecho extranjero.

R. 25 mayo 2017 (BOE 140, 13-VI-17: 6692)

Deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de venta otorgada por el apoderado de una sociedad, porque la reseña notarial se refiere sólo al documento de apoderamiento, pero omite toda referencia a la inscripción en el Registro Mercantil y a los demás datos de los que resulte la válida designación del representante.

La Dirección recuerda su doctrina. La inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de administradores y apoderados es obligatoria, pero no constitutiva. Ahora bien, si la representación consta inscrita, goza de presunción de validez y exactitud, el registrador mercantil habrá calificado favorablemente su regularidad, y por ello, bastará completar la reseña identificativa del documento representativo con los datos de su inscripción. Por el contrario, si el título no recoge los datos de inscripción de la representación, deberá reseñar los datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante, por haber sido nombrado con los requisitos legales y estatutarios por el órgano social competente, debidamente convocado y vigente en el momento del nombramiento, incluyendo la aceptación del nombrado y en su caso, la notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos.

R. 17 abril 2017 (BOE 101, 28-IV-17: 4658)

Declara inscribible una escritura de compraventa otorgada ante notaria española, cuyos otorgantes actúan representados en virtud de sendos poderes otorgados ante notarios ingleses, respecto de los cuales la notaria española reseña el lugar de otorgamiento, la autoridad que lo expide, el hecho de estar redactados a doble columna en español e inglés y el hecho de estar dotados de apostilla, emitiendo a continuación juicio notarial de suficiencia para el concreto negocio que se lleva a cabo. Para el registrador no se acredita la equivalencia del poder extranjero.

La Dirección recuerda su doctrina. La representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, se regirá por la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas (artículo 10-11 Cc), que será la española, la cual exige que conste en documento público el poder para actos que deban redactarse en escritura pública o que hayan de perjudicar a tercero (artículo 1280-5 Cc). El documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español (S TJUE 9 marzo 2017, artículo 60 Ley 29/2015): que esté autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia para dar fe pública, y que éste efectivamente

dé fe de la identidad del otorgante, así como sobre su capacidad para el acto. Así, es preciso que el documento extranjero supere un análisis de idoneidad o equivalencia con los documentos públicos españoles, juicio que deberá realizarse de acuerdo con ordenamiento extranjero aplicable, que debe acreditarse en cuanto a su contenido y vigencia. La acreditación se rige por el artículo 36 RH, que prevé entre los medios de prueba, el informe o aseveración de notario español. El juicio notarial de suficiencia debe incluir también los requisitos que acrediten la equivalencia del poder extranjero con el español.

Sin embargo, la Dirección entiende que, si bien los juicios de suficiencia y equivalencia son diferentes (de hecho, el segundo no compete en exclusiva al notario español, quien no está obligado a conocer el Derecho extranjero), cuando hay una expresa declaración notarial de suficiencia del poder para el negocio concreto, tal declaración debe implicar necesariamente la de equivalencia, aunque no se usen para ello palabras sacramentales.

SOCIEDADES MERCANTILES

Administradores

R. 16 diciembre 2016 (BOE 6, 7-I-17: 221)

Admite la inscripción de una renuncia al cargo de administrador único, en la cual el renunciante acredita haber convocado junta general para determinado día. Al día siguiente del señalado para el junta en su convocatoria, se presenta en el Registro un documento suscrito por el socio mayoritario que acompaña acreditación de haberse solicitado por él la presencia de notario en la junta. El registrador deniega la práctica del asiento de presentación de ese documento, por entender que no es susceptible de provocar operación registral alguna (artículo 50 RRM); y suspende la inscripción de la renuncia de administrador, porque una vez solicitada la presencia de notario en una junta, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial (artículo 203-1 LSC).

La Dirección recuerda su doctrina consolidada, sobre la base del actual artículo 171 LSC. La renuncia de todos los administradores aboca a la convocatoria judicial de la junta a solicitud de los socios, situación en la cual el conocimiento de la renuncia por los socios y su remedio pueden dilatarse. Por ello, no procede la inscripción de la renuncia sin acreditar que el renunciante ha llevado a cabo la oportuna convocatoria de junta con tal finalidad; pero no siendo preciso acreditar su celebración.

Para la Dirección las circunstancias expuestas por el socio mayoritario no empañan el hecho de que la junta ha quedado debidamente convocada por el administrador renunciante. Si un documento no puede causar asiento de presentación por no poder provocar operación registral alguna, mal puede ser tenido en cuenta para calificar otro documento. El registrador no puede tener en cuenta al calificar informaciones extrarregistrales, sea por conocimiento directo, por documentos presentados pero con asiento de presentación caducado, o por documentos presentados con un fin distinto al de su inscripción, supuestos asimilables al ahora contemplado. El procedimiento para hacer constar en el Registro que el acta de junta se debe levantar por notario, es el previsto en el artículo 104 RRM.



R. 30 enero 2017 (BOE 40, 16-II-17: 1609)

Consta presentada una escritura en la que se nombra un nuevo presidente del consejo de administración, cuya certificación está suscrita por el secretario con el visto nuevo del nuevo presidente. Ahora se presenta un documento de oposición del anterior presidente, cuyo cargo aún está inscrito y que ha sido cesado en el acuerdo cuya inscripción se pretende, en el cual denuncia la falta de autenticidad del acuerdo en base a un acta notarial que recoge los particulares del consejo de administración celebrado. El registrador mercantil deniega la práctica del asiento de presentación de este último documento, por entender que no es acto inscribible (en particular, que no es asimilable al caso de cese del anterior órgano certificante, ex artículo 111 RRM).

Sin embargo, la Dirección estima el recurso. Ciertamente este documento no es susceptible de asiento de presentación independiente, por cuanto no puede motivar ningún asiento registral. Pero puede presentarse como complementaria de la escritura de cese y nombramiento, en cuya calificación el registrador deberá valorar el documento complementario. Si el registrador inscribe la escritura, el asiento quedará bajo la salvaguardia de los tribunales y el presidente destituido podrá instar judicialmente la rectificación del Registro. Y si el registrador no inscribe el cese y nombramiento, el interesado en mantener la validez del acuerdo, podrá recurrir contra la calificación negativa.

R. 8 febrero 2017 (BOE 51, 1-III-17: 2166)

Deniega la inscripción del nombramiento de un consejero de sociedad anónima por cooptación, habiéndose celebrado dos juntas generales después de la fecha de la vacante.

La facultad del consejo de cubrir sus vacantes por el sistema de cooptación se funda en la necesidad de garantizar la estabilidad y perfecto funcionamiento del consejo. Es excepcional; se extiende sólo hasta que se reúna la primera junta general (artículos 244 LSC; 139 y 145-2 RRM); y las normas que la regulan deben ser objeto de interpretación restrictiva. A falta de prohibición estatutaria, debe admitirse el nombramiento por cooptación para cubrir vacantes sobrevenidas cuando la junta se haya reunido después de haberse producido éstas y, aunque la cuestión figurase en el orden del día, no las haya cubierto voluntariamente. Sin embargo, debe rechazarse la auto integración del consejo por cooptación si la junta no ha tenido ocasión de tratar la cuestión por no figurar en el orden del día (salvo el caso excepcional, regulado en el artículo 529 decies LSC, de producción de la vacante, una vez convocada la junta y antes de su celebración).

En el caso resuelto se han celebrado dos juntas tras la vacante: no resulta acreditado que la primera junta hubiese tenido oportunidad de pronunciarse sobre la provisión de la vacante; pero en la segunda, resulta claro que esta cuestión no figuraba en el orden del día.

Apoderados

R. 14 diciembre 2016 (BOE 6, 7-I-17: 216)

Consta inscrito en la hoja de una sociedad un poder que incluye, además de la cláusula que habilita al apoderado para sustituir, diversas facultades que, en conjunto, incluyen toda clase de actos y operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o

tráfico normales de la empresa, aunque no se haya hecho una enumeración particularizada de cada uno de ellos, ni se haya calificado expresamente como poder general. No obstante, la Dirección recuerda su doctrina: un poder no puede ser objeto de interpretación extensiva, pero tampoco restrictiva, sino estricta, es decir, atendiendo a los que propiamente y sin extralimitaciones constituye su verdadero contenido (R. 4 marzo 2009). Un poder como el del supuesto es un poder mercantil general.

Por ello, la Dirección admite ahora la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura por la que el apoderado inscrito subapodera en otra persona determinadas facultades, aunque las mismas no estaban literalmente enumeradas en el poder inicial. También se considera correctamente realizado el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas.

Apoderados sociales

R. 16 marzo 2017 (BOE 80, 4-IV-17: 3712)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos del consejo de administración de una limitada, por los que se confiere poder a la persona que en cada momento ostente la condición de presidente del consejo de administración.

Es doctrina de la Dirección que se infringe el artículo 1280-5 Cc cuando la individualización del apoderado se realiza por un mero documento privado, cual es la certificación de la sociedad poderdante. Por otro lado, el poder del supuesto se confiere a quien ostente la condición de presidente del consejo, condición que deriva de la aceptación y no de la inscripción, de modo que si el cargo no está inscrito, no es posible conocer nominativamente quién es el apoderado. En tal caso, sería aplicable la doctrina sobre el administrador con cargo no inscrito: para ejercer el poder, deberá acreditarse la legalidad y existencia de dicho nombramiento mediante la reseña identificativa de los documentos y circunstancias que acrediten la validez del nombramiento por el órgano social, debidamente convocado, así como su aceptación; todo ellos para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de exactitud registral.

En consecuencia, para que el poder otorgado en favor de quien ostente el cargo de presidente del consejo de administración pueda acceder al Registro, es necesario que en el mismo poder se especifique que deberá acreditarse el nombramiento para dicho cargo mediante inscripción en el Registro Mercantil, o mediante escritura pública (para cumplir con el artículo 1280-5 Cc).

R. 21 marzo 2017 (BOE 82, 6-IV-17: 3804)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de sustitución de poder de una sociedad anónima. Aunque el poder inicial permitía la sustitución respecto de varias facultades conferidas, no se preveía así respecto de las concretas facultades sustituidas en la escritura calificada. En los apoderamientos mercantiles hay que estar a las reglas del Código de Comercio sobre comisión mercantil, entre las que se incluye la prohibición del artículo 261 de delegar sin previo consentimiento del comitente los encargos recibidos.

R. 23 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3843)

Admite la inscripción en el Registro Mercantil de un poder otorgado el 25 de octubre de 2016 por los administradores mancomunados

nados de una sociedad anónima, que se concede “por plazo de dos años a contar desde el día de hoy, es decir hasta el 26 de octubre de 2018”.

Aunque la regla del artículo 5 Cc es la del cómputo de fecha a fecha, por lo cual el día de vencimiento de un plazo de dos años debería ser el 25 y no el 26, en este caso no hay una contradicción patente e insalvable entre dos afirmaciones que no son incompatibles con la intención del poderdante, la cual debe entenderse claramente revelada si se interpreta el poder atendiendo no sólo al sentido literal de las expresiones empleadas -que no puede estimarse contrario a esa intención evidente del poderdante-, sino también a la necesidad de entenderse en el sentido más adecuado para que produzca efecto (artículos 1281 y 1284 Cc).

R. 19 abril 2017 (BOE 112, 11-V-17: 5158)

R. 20 abril 2017 (BOE 113, 12-V-17: 5236)

Deniega la inscripción de una revocación de poder inscrito en el Registro Mercantil, otorgada por otro apoderado social cuyo poder no consta inscrito.

Ciertamente es doctrina de la Dirección que, en un Registro de personas como el Mercantil, la aplicación de algunos principios registrales como el de tracto sucesivo ha de interpretarse restrictivamente y no puede tener el mismo alcance que en un registro de bienes. Pero de ahí tampoco se sigue que se pueda prescindir totalmente del mismo, dada la contundente literalidad del artículo 11-3 RRM, que para inscribir actos otorgados por apoderados o administradores, exige la previa inscripción de éstos.

Baja en el índice de entidades de la Agencia Tributaria

R. 27 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3852)

Deniega la inscripción de una escritura de disolución y liquidación social, con el consiguiente cese de administrador y nombramiento de liquidador, porque la sociedad ha causado baja provisional en el Índice de Sociedades de la Agencia Tributaria. Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no las operaciones contenidas en la escritura calificada.

Capital social

R. 12 diciembre 2016 (BOE 4, 5-I-17: 179)

Deniega la inscripción de una reducción de capital de sociedad limitada para la devolución de aportaciones a los socios con amortización de determinadas participaciones.

Se desestima el primer defecto, consistente en que no ha firmado el acta de la junta uno de los tres administradores mancomunados de la herencia de un socio fallecido, quien los había designado así en su testamento. Ese tercer administrador compareció también a la junta, pero votó en contra del acuerdo y se negó a firmar el acta, según hace constar el secretario en su certificación. Corresponde al presidente de la junta la competencia para la declaración de su válida constitución, del número de socios que concurren presentes o

representados y de su participación en el capital social. En cuanto a la firma de acta por todos los asistentes a la junta, ciertamente es una de las circunstancias previstas en los artículos 97 y 112 RRM, pero la jurisprudencia ha flexibilizado este requisito, de modo que su falta es un mero defecto formal que no impide la inscripción (Sentencias TS 16 julio 1994, 29 diciembre 1999, 18 marzo 2002).

La inscripción se deniega por el segundo defecto, consistente en que la identificación de las participaciones amortizadas y sus titulares es incorrecta, según los artículos 201 y 201 RRM. En primer lugar, porque lo correcto no es amortizar las últimas participaciones del total en que se divide el capital, sino las últimas correspondientes a cada socio, para después reenumerar las restantes y conseguir que la numeración sea correlativa. En segundo lugar, porque en el título calificado consta sólo el nombre y apellidos de los socios a quienes se restituye el valor de algunas de sus participaciones, así como el número de DNI de tres de tales socios, pero no el de los restantes, ni las demás circunstancias del artículo 38 RRM. La garantía para salvaguardar las expectativas de cobro de los acreedores, en caso de devolución de aportaciones a los socios, consiste en una responsabilidad temporal y solidaria de los socios, lo que exige una perfecta identificación de los mismos y la concreción de las cantidades percibidas por cada uno.

R. 19 diciembre 2016 (BOE 7, 9-I-17: 244)

Se debate la inscripción de una constitución de sociedad limitada, cuyo capital es de 30.000 euros dividido en participaciones de 1 euro, de las cuales: un socio suscribe 10 con aportación dineraria; y el otro socio suscribe 1.990 participaciones con aportación dineraria y las restantes 28.000 mediante la aportación de unas aves, haciendo una descripción particular de cada ave, especie y sexo, con su número de anilla y su respectivo valor.

El registrador exige detallar qué participaciones corresponden a la aportación de cada ave. La Dirección recuerda su doctrina. En las limitadas, la identificación de las participaciones adjudicadas en pago de una aportación no dineraria se debe realizar por cada bien aportado y no en globo por el conjunto de ellos, ya que en este tipo social se ha sustituido el sistema de valoración de experto independiente, por un régimen de especial responsabilidad para cada aportante y para los ulteriores adquirentes de las participaciones asignadas a cambio. Las únicas excepciones a la obligación de individualizar las participaciones correspondientes a cada bien aportado, son: la aportación de empresa, que es contemplada como una unidad (artículos 66 LSC y 190-1 RRM); y la aportación alzada o en globo de la totalidad de ciertos bienes, donde se responde de la legitimidad del todo, pero no del saneamiento de cada una de las partes, salvo evicción del todo o de la mayor parte (artículo 1532 Cc).

En el supuesto resuelto, la Dirección entiende que estamos en este último caso, de modo que lo aportado es un conjunto o global. No obstante, como además de la aportación en especie el socio también ha realizado una aportación dineraria, la inscripción se deniega porque es necesario diferenciar qué participaciones se asignan por la aportación del conjunto de aves y cuáles por la aportación en dinero.

Por otro lado, se desestiman los otros dos defectos de la calificación. Primero, hay un error material en la expresión en guarismos del número de participaciones asignadas a un socio; pero del conjunto de la escritura, resulta que la expresión correcta es la que resulta en



letra, que es lo más conforme con el artículo 151 RN. En segundo lugar, la certificación bancaria dice que el dinero ha sido ingresado en una cuenta de acreedores para la sociedad, no que haya sido ingresado en una cuenta a nombre de la sociedad en constitución; pero lo cierto es que también se dice emitida a efectos del artículo 62 LSC, por lo que debe entenderse cumplido el requisito legal.

R. 3 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 779)

Deniega la inscripción del aumento de capital de una limitada mediante la aportación de un conjunto de bienes que forman una unidad económica; concretamente, un “stock” de sociedades que han sido preconstituidas con la finalidad específica de la posterior transmisión a terceros de sus participaciones sociales (de acuerdo con determinadas normas sobre el Registro Censal de Hacienda y sobre blanqueo de capitales). Mediante una subsanación posterior se aclara que lo realmente aportado son sociedades ya constituidas.

Las sociedades son sujetos de Derecho, por lo que no pueden ser objeto de aportación a otra sociedad. Cuestión distinta sería que se aportasen sus participaciones o que se efectuase una modificación estructural de fusión o de escisión con aportación de lo escindido a un aumento de capital. Por otro lado, si lo pretendido era aportar una unidad económica constituida por una empresa cuyo objeto fuese la creación de las sociedades relacionadas y la posterior transmisión a terceros de sus participaciones (actividad mencionada por las aludidas normas fiscales y de prevención del blanqueo), es evidente que el objeto de la aportación no ha sido correctamente determinado, pues en el título se dice que se aportan las propias sociedades constituidas.

R. 18 abril 2017 (BOE 101, 28-IV-17: 4662)

Deniega la inscripción de una escritura de subsanación por la que se pretende disminuir la cifra de capital inscrito de una sociedad limitada, alegando la existencia de un error en la valoración inicial de una aportación no dineraria.

La Dirección confirma la calificación negativa que, al no haber restitución de aportaciones a los socios con la consiguiente responsabilidad, exige en garantía de los acreedores la constitución de la reserva prevista en el artículo 141-1 LSC por la cuantía de la reducción del capital.

Si como consecuencia de una revisión posterior de la valoración de una aportación no dineraria, resultase un valor actual inferior, habrá que proceder a la rectificación contable y, desde una perspectiva societaria, existirá una situación irregular de falta de desembolso total del capital social, en la cual, sin perjuicio de la posibilidad de realizar nuevas aportaciones y de la responsabilidad solidaria por la realidad de las aportaciones (artículo 77 LSC), la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social en perjuicio de terceros, sin respetar los requisitos legales de una reducción de capital.

R. 24 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5420)

Suspende la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de aumento de capital con aportación de inmuebles, por falta de previa inscripción en el Registro Mercantil.

Ciertamente, las inscripciones de constitución social y las de aumento o reducción de capital no son constitutivas; y desde su cons-

titución, la sociedad adquiere cierto grado de personalidad, puede adquirir bienes y obligaciones y ejercitar acciones (artículo 38-1 Cc). Ahora bien, para que una sociedad en formación o irregular pueda inscribir bienes a su nombre, debe cumplir con toda la normativa aplicable y no sólo con la civil. Así, el artículo 383 RH prohíbe practicar cualquier inscripción de adquisición de inmuebles a favor de sociedad, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil. El fundamento de esta regla no es que tal inscripción previa sea constitutiva, sino que, mediante la misma, constará la comprobación por el registrador mercantil de que el acuerdo social ha sido regularmente adoptado, de modo que sólo entonces el título del que deriva la modificación de naturaleza real gozará de la presunción de validez derivada del artículo 20 Ccom. Estas consideraciones se ven confirmadas por la doctrina que permite inscribir en el Registro de la Propiedad una adquisición inmobiliaria realizada por administrador o apoderado no inscrito en el Registro Mercantil (con la diferencia de que en esta última materia no hay un precepto como el 383 RH).

En el supuesto resuelto, no puede hacerse la previa inscripción en el Registro Mercantil, porque la hoja social está cerrada, por aplicación de los artículos 119-2 Ley Impuesto Sociedades y 96 RRM. La inscripción en el Registro de la Propiedad produciría una profunda discrepancia en los pronunciamientos derivados de ambos Registros.

R. 10 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5935)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de la decisión del socio único de una limitada, por la que se reduce el capital social para devolver al socio el valor de aportaciones, con amortización de determinadas participaciones. La Dirección desestima la exigencia del registrador de que se declare expresamente que la sociedad y el socio único responden solidariamente de las deudas previas durante cinco años, o que se ha optado por dotar la reserva indisponible de los artículos 331 y 332 LSC.

El sistema legal de responsabilidad referido tiene carácter dispositivo: los estatutos pueden conceder un derecho de oposición a los acreedores sociales (333); y además, cabe excluir la responsabilidad de los socios beneficiarios dotando la reserva indisponible con cargo a beneficios o reservas libres que establece la LSC (332). En las reducciones de capital con devolución de aportaciones a los socios: no es necesario expresar la identidad de los socios beneficiarios si se ha constituido la reserva (artículos 201-3-2º y 202-3º RRM); es innecesaria manifestación alguna del administrador sobre la responsabilidad legal de los socios beneficiarios; y, constando la identidad de tales socios, no cabe condicionar la inscripción a la constitución de la reserva especial, toda vez que tal dotación no sólo es puramente voluntaria, sino que además depende de la existencia de beneficios o reservas libres.

R. 11 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5939)

Una sociedad anónima adquirió acciones propias, totalmente desembolsadas, mediante escritura pública de permuta, otorgada sobre la base de una previa autorización de la junta de accionistas. Ahora se pretende inscribir una escritura de elevación a público de nuevos acuerdos sociales por los cuales se reduce el capital social mediante la amortización de las acciones propias de la sociedad. El registrador exige la aportación de la escritura de permuta, por enten-

derla enmarcada dentro de la operación de reducción de capital, de modo que la reducción es la causa subyacente de la permuta. Pero la Dirección no lo considera necesario y admite la inscripción.

La reducción de capital mediante amortización de acciones en autocartera puede hacerse: primero tomando el acuerdo de reducción y después ejecutándolo mediante la adquisición de las acciones a amortizar; o bien al revés, adquiriendo primero las acciones propias y acordando después la reducción de capital y su amortización. En el supuesto resuelto se ha seguido la segunda vía, de modo que el control registral de la reducción de capital sólo puede extenderse al proceso final, a la validez del acuerdo en sí, pero sin poder entrar a valorar el proceso previo de formación de la autocartera.

Por otro lado, en la reducción de capital por amortización de acciones propias no hay devolución de aportaciones en un sentido civil (ya que las acciones en autocartera ya no son del socio, sino de la sociedad), pero sí que la hay en el sentido en que la LSC usa esta expresión al regular la reducción del capital (artículos 317 y 329 y siguientes). Por ello es preciso que el acuerdo social -y el anuncio del mismo- expresen si la amortización de autocartera comporta devolución y derecho de oposición, o si no las comporta por estar ante una causa de exclusión legal ex artículo 335-b LSC. El acuerdo calificado dice que la reducción no entraña devolución por ser la sociedad propietaria de las acciones, pero al mismo tiempo deja a salvo el derecho de oposición de los acreedores.

Cierre registral por baja en el Índice de Sociedades

R. 18 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1225)

Deniega la inscripción de escrituras de cese de administradores, porque la sociedad ha causado baja provisional en el Índice de Sociedades de la Agencia Tributaria. Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no el cese o dimisión de administradores (a diferencia de lo que ocurre con el cierre derivado de la falta de depósito de las cuentas anuales).

Denominación social

R. 29 mayo 2017 (BOE 148, 22-VI-17: 7124)

Admite la expedición de certificación negativa de reserva de denominación social, por entender que no hay identidad sustancial entre las denominaciones inscritas "Jemfil SA" y "Genfil SA", con la que ahora se solicita: "Kenfil SL".

En el ámbito de las denominaciones sociales, la identidad entre ellas no sólo se puede producir por absoluta coincidencia gramatical, sino también cuando las diferencias, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúen la impresión de tratarse de la misma denominación ("cuasi-identidad"). Esta cuestión eminentemente fáctica y su resolución depende de las circunstancias de cada caso. Su desarrollo normativo se contiene en el artículo 408 RRM. El fin último de la prohibición es identificar con seguridad a la sociedad.

En el caso resuelto no hay identidad sustancial con las denominaciones ya inscritas. Gramaticalmente, la denominación solicitada tiene letras que la diferencian de las inscritas (teniendo éstas últimas por cierto, mucha más semejanza gramatical entre sí). Fonéticamente, las letras inicial y final de la nueva denominación solicitada, tienen sonidos diferentes a las ya inscritas.

Depósito de cuentas

R. 15 diciembre 2016 (BOE 6, 7-I-17: 218)

Admite el depósito de cuentas de una sociedad, sin necesidad de verificación contable. La sociedad no está obligada legalmente a dicha verificación, pero en su hoja consta vigente una inscripción de nombramiento de auditor -por nueve años- para aquellos ejercicios en que la auditoría resulte obligatoria por ley. Para la Dirección, esto significa que si en un ejercicio contable comprendido en ese plazo, la auditoría fuese exigida legalmente, para practicar el depósito de cuentas deberá acompañarse el informe del auditor inscrito; y no de otro. Pero respecto del ejercicio cuyas cuentas se presentan ahora, en el que no hay obligación legal de auditar, procede estimar el recurso.

R. 15 diciembre 2016 (BOE 6, 7-I-17: 219)

En la casilla correspondiente ("Código ROAC del Auditor firmante") del modelo oficial para la presentación de cuentas anuales, debe hacerse constar el código del Registro Oficial de Auditores de Cuentas del auditor nombrado e inscrito en el Registro Mercantil, sea persona física o jurídica; pero no el de la persona física que firma en representación de la sociedad auditada (apartados 2 y 3, y adicional 9ª Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas; e Instrucción DGRN 9 febrero 2016).

R. 21 diciembre 2016 (BOE 8, 10-I-17: 285)

Rechaza, por falta de aportación del informe contable, el depósito de cuentas de una sociedad anónima que designó voluntariamente auditor para tres ejercicios, constando inscrita dicha designación. Si bien es cierto que la sociedad no está, en principio, obligada a presentar sus cuentas junta con un informe de auditoría, ese ámbito de voluntariedad terminó con el acuerdo de junta por el que se nombró auditor y su inscripción en el Registro Mercantil.

El artículo 279 LSC consagra esta doctrina al obligar a los administradores a presentar el informe de gestión, si fuese obligatorio, y el informe del auditor cuando la sociedad esté obligada a auditoría por disposición legal o ésta se hubiese acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento en el Registro Mercantil.

El hecho de que el nombramiento de auditor no lo haya efectuado la junta, sino el órgano de administración, resulta irrelevante, porque en todo caso el fundamento en que se basa la doctrina de la Dirección es el mismo: la defensa de los intereses del socio minoritario.

R. 2 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 774)

R. 2 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 775)

R. 2 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 776)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad obligada a verificación contable, porque el auditor manifiesta que no ha podido



obtener evidencia de la razonabilidad de los saldos reflejados en las cuentas, debido a que la instalación de un nuevo programa informático en la sociedad auditada ha generado debilidades de control interno, gestión y registro contable de las operaciones.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. Según el artículo 3 de la Ley de Auditoría, cabe distinguir estos tipos de opiniones del auditor: favorable, desfavorable y denegada. La favorable implica que las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio social, por lo que cabe su depósito. La desfavorable supone lo contrario.

Ahora bien, no toda opinión denegada implica rechazo al depósito. El baremo debe ser la finalidad de la norma, que es la protección del interés de los socios, los terceros o del socio minoritario. Por lo tanto, si del informe del auditor puede deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, no debe rechazarse el depósito aun cuando el auditor, por cuestiones técnicas, no emita opinión, ya que la denegación del depósito de las cuentas, no sólo desvirtuaría la finalidad de éste, sino que sustraería a los socios y terceros una información mercantil relevante. Pero por el contrario, si el informe se limita a expresar la ausencia de opinión sin que pueda deducirse racionalmente ninguna información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, el depósito debe denegarse. Es lo que ocurre en el supuesto resuelto: la razón alegada por el auditor para fundamentar su denegación es asimilable a la no aportación de información o documentación por la propia sociedad.

R. 17 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1221)

Consta cerrada en el Registro Mercantil de Barcelona la hoja de una sociedad que ha trasladado su domicilio a Almería, habiéndose cumplido lo prescrito en el artículo 19 RRM: el registrador de origen remitió al de destino certificación de las inscripciones de la sociedad; y el registrador de destino comunicó al de origen el traslado de dichas inscripciones, dentro del plazo de seis meses. Ahora, la Dirección deniega del depósito de las cuentas sociales presentadas el Registro de origen, el cual ya no resulta competente.

R. 7 febrero 2017 (BOE 50, 28-II-17: 2092)

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales, cuando la hoja registral de la sociedad se encuentra cerrada por falta del depósito de las cuentas del ejercicio anterior (art. 378-7 RRM).

R. 24 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3849)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad, habida cuenta de que ni en la convocatoria ni en la celebración de la junta que debía aprobarlas estaba terminado -ni por tanto, a disposición de los socios- el informe del auditor exigido por la Ley al figurar inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento de auditor.

El derecho de información del socio es instrumental al derecho de voto, imperativo, irrenunciable y unitario, por lo cual su infracción vicia la convocatoria de la junta e invalida sus acuerdos. Ciertamente, tan rigurosa doctrina debe mitigarse, debido a los devastadores efectos de la nulidad, entendiéndose que los defectos meramente formales de escasa relevancia pueden orillarse en casos concretos, siempre que no se comprometan los derechos individuales del accionista o socio, en la línea del artículo 204-3 LSC, que declara im-

procedente la impugnación de acuerdos sociales por la infracción de requisitos meramente procedimentales. Sin embargo, en el caso resuelto la ausencia total y absoluta de la puesta a disposición de los socios del informe del auditor implica una contravención frontal del artículo 272 LSC.

R. 30 marzo 2017 (BOE 89, 14-IV-17: 4146)

Admite el depósito de cuentas de una sociedad obligada a verificación contable, a pesar de que, si bien el auditor se abstiene de emitir opinión en su informe, del mismo no resulta que las limitaciones al alcance que señala puedan llegar a tener la trascendencia de cerrar el Registro.

Del informe no resulta que la sociedad haya incumplido su deber de colaboración con el auditor (artículo 6 Ley Auditoría). Las limitaciones se refieren a cuestiones ajenas al comportamiento de la sociedad: variación de las existencias entre el cierre del ejercicio y la fecha de verificación; incertidumbre derivada de la declaración -posterior al cierre del ejercicio- en concurso de otra sociedad que mantiene importantes relaciones comerciales con la auditada; y dudas sobre la valoración de las participaciones que la sociedad auditada tiene en otra sociedad, cuyas cuentas obviamente no puede proporcionar.

R. 17 abril 2017 (BOE 101, 28-IV-17: 4659)

El depósito de las cuentas de 2014 de una sociedad fue denegado, porque el informe de verificación aportado no había sido redactado por el auditor inscrito a solicitud de la minoría, de modo que, transcurrido un año desde el cierre del ejercicio, la hoja social quedó cerrada (artículo 378-1 RRM). Posteriormente se pretendió la reapertura por haber transcurrido un año desde el cierre del ejercicio, sobre la base del 378-5. La Dirección (R. 19 septiembre 2016) lo denegó, porque la presentación de cuentas a depósito sólo enerva el cierre registral si se produce antes de que haya tenido lugar el cierre, es decir, antes de que haya transcurrido un año desde el final del ejercicio de que se trate (artículo 378-2 RRM).

Ahora la sociedad vuelve a solicitar la reapertura del folio registral, también sobre la base del artículo 378-5, certificando el administrador que el acuerdo inicial de aprobación de las cuentas ha sido dejado sin efecto por otro posterior. La Dirección lo deniega, porque tampoco concurre el supuesto de aplicación de dicha norma, la cual establece que, si las cuentas anuales no se hubieran depositado por no estar aprobadas por la Junta, no habrá cierre registral cuando se acredite esta circunstancia mediante certificación del administrador o acta notarial de junta que expresen la causa de la falta de aprobación, pero siempre que se presenten antes de que finalice el plazo del siguiente al cierre del ejercicio (lo cual no ha ocurrido en el supuesto).

Disolución y liquidación

R. 3 mayo 2017 (BOE 121, 22-V-17: 5655)

Deniega la inscripción de una disolución y liquidación de sociedad limitada, en la que se adjudican a los socios, en proporción a su participación, las dos partidas del activo del balance: "inmovilizado material" e "inversiones financieras a corto plazo", cuyos respectivos importes se expresan.

La descripción de los bienes adjudicados a los socios es insuficiente por ser demasiado genérica. Cuando se satisfaga la cuota de liquidación con bienes que no sean metálico, se deben describir en la escritura con indicación de sus datos registrales, si los tuvieran, y el valor de cada uno (artículo 247-3 RRM), de modo análogo a cómo se regula la descripción de la aportación no dineraria en la constitución o aumento de capital sociales (artículos 133-1 y 190-1 RRM). La obligación de hacer constar en la escritura de disolución y en su inscripción el valor de la cuota de liquidación de cada socio, así como la identidad de éstos (artículos 395-2 y 396-2 LSC), es una medida de tutela de los acreedores sociales, toda vez que los socios responderán solidariamente de las deudas sociales hasta el límite del valor de los bienes percibidos como cuota de liquidación (artículo 399-1 LSC).

Domicilio social

R. 4 mayo 2017 (BOE 121, 22-V-17: 5658)

Consta cerrada en el Registro Mercantil de origen la hoja de una sociedad que ha trasladado su domicilio a otra provincia, habiendo el registrador de origen remitido al de destino certificación de las inscripciones de la sociedad, a los efectos del artículo 19 RRM. Ahora, la Dirección deniega del depósito de las cuentas sociales presentadas el Registro de origen, el cual ya no resulta competente.

Junta General

R. 29 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3856)

Deniega la depósito de cuentas anuales de una sociedad limitada, aprobadas por unanimidad en junta general donde se halla presente sólo el 10% del capital social, habiendo sido debidamente convocado el otros socio, titular del 90% del capital, que no compareció.

En la sociedad limitada los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos, pero siempre que representen al menos un tercio del capital social (artículo 198 LSC); todo ello sin perjuicio de que estatutariamente se pueda reforzar esa mayoría (artículo 200 LSC). Esta conclusión no puede verse afectada por la situación fáctica en que pueda verse la sociedad por el juego de las mayorías según los socios que en cada momento sean titulares del capital social y que pueda conducir a la imposibilidad de adoptar acuerdos, sin perjuicio de que dicha situación de bloqueo esté configurada como causa de disolución (artículo 363-d LSC).

R. 3 abril 2017 (BOE 93: 19-IV-17: 4279)

Admite la inscripción de los acuerdos de una junta cuya acta notarial recoge la declaración de la mesa de quedar válidamente constituida con asistencia de todos los socios titulares del capital social, a pesar de la protesta y oposición de un socio que afirma que es otra la composición del capital social, de modo que es nula la convocatoria, la junta y sus acuerdos.

Corresponde a la mesa de la junta la formación de la lista de asistentes, según los artículos 191 a 193 LSC. Corresponde al presidente emitir la declaración sobre la válida constitución de la junta, determinando qué socios asisten presentes o representados y cuál es su participación en el capital, lo cual implica que previamente ha tomado una decisión sobre las posibles reclamaciones (R. 29 noviembre 2012). También le corresponde la declaración sobre el resultado de las votaciones. Las manifestaciones u observaciones

de los demás asistentes no pueden tener el mismo valor registral que las del presidente; pero eso tampoco significa que el registrador quede vinculado de modo absoluto por las mismas, hasta el punto de que deba desconocer la realidad de la junta amparada bajo fe notarial. El registrador no estará vinculado por las declaraciones del presidente cuando la declaración de éste resulte contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil. Para ello haría falta que de los hechos resultase una situación de conflicto que patentice la falta de legalidad y acierto de la declaración, lo que ocurrirá en casos como los de juntas contradictorias (R. 20 diciembre 2012), existencia de dos listas de asistentes diferentes (R. 29 octubre 1999), o de dos Libros-Registros diferentes (R. 13 febrero 1998), o cuando del acta notarial de junta resulte patentemente la arbitrariedad de la privación del derecho de voto (R. 24 octubre 2016). Fuera de estos casos, u otros semejantes, habrá que estar a la declaración del presidente.

Para la Dirección, la oposición de uno o varios socios a las decisiones de la mesa no desvirtúan las consideraciones anteriores, sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento.

R. 25 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5421)

R. 26 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5426)

Se debate la inscripción de una escritura de constitución de sociedad limitada. Para la Dirección es admisible la regla estatutaria que permite formular el voto, tanto en la junta como en el consejo, bien por escrito, bien telemáticamente, pero admitiendo incluso que no exista legitimación de firma en el primer caso, ni firma electrónica en el segundo, si bien en tales supuestos el voto habrá de recibirse por la sociedad al menos 24 horas antes de la reunión. Esta última previsión es la que permitiría a los órganos sociales desplegar medidas de prudente control con antelación suficiente, de modo que resultaría excesivo limitar “ex ante” su ámbito de actuación prefijando de forma inexorable la manera de realizar tal control.

No obstante, la inscripción se deniega por otros dos defectos. Primero, por falta de especificación del objeto de una aportación no dineraria, la cual queda referida al “derecho por las obras de instalación” realizadas en determinadas fincas. Segundo, porque los estatutos fijan el comienzo de las actividades sociales el día del otorgamiento de la escritura fundacional, “salvo que en ella se disponga otra cosa”. Lo cierto es que deben ser los estatutos los que determinen una posible fecha diferente (artículo 24-1 LSC).

R. 22 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6551)

El administrador único de una sociedad limitada, que es también socio con el 39% del capital, envió por correo electrónico convocatoria de junta general al socio titular del restante 61% del capital, a quien se da por notificado, puesto que pidió por burofax al convocante la solicitud de levantamiento de acta notarial de la junta. En la convocatoria remitida se señalaban dos horas sucesivas del mismo día, para una primera y una segunda convocatorias. Una semana antes de la fecha prevista para la junta, el administrador, mediante burofax dirigido al otro socio, desconvoca la junta. Pero el socio mayoritario, con ausencia del otro socio y administrador, se constituye por sí solo en junta en segunda convocatoria y acuerda destituir al administrador, cambiar el sistema de administración y nombrar dos administradores mancomunados. Se debate la inscripción de la elevación a público de los acuerdos de la junta, en cuya escritura



reconoce el socio no administrador haber recibido el burofax desconvocando la misma.

La Dirección deniega la inscripción. Aun cuando la convocatoria y desconvocatoria no se ha hecho en la forma dispuesta en los estatutos (acta notarial de remisión por correo), deben admitirse al haber sido confirmadas por el destinatario. No cabe celebrar una junta que estaba desconvocada. A falta de normas expresas, debe estimarse que el órgano competente para convocar una junta puede desconvocarla; y como la junta no puede suplir al órgano que tiene la facultad de convocar, la junta celebrada a pesar de la desconvocatoria será inválida (a salvo el caso de junta universal). La dudas sobre la antelación de la comunicación de la desconvocatoria o el carácter obstaculizador de ésta última, es una circunstancia fáctica que no se puede dilucidar en este procedimiento. Por otro lado, en sede de sociedades limitadas, no es admisible la celebración de junta en segunda convocatoria.

Junta General, sus acuerdos y certificación de los mismos

R. 2 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 777)

Deniega un depósito de cuentas anuales, porque la certificación del acuerdo de junta que las aprueba, ha sido expedida sólo por uno de los dos administradores mancomunados. Los administradores mancomunados deben ejercer la representación social en forma conjunta (artículo 210 LSC); y la facultad de certificar corresponde en este caso a los administradores que tengan el poder de representación (artículo 109 RRM, del cual resulta también que la facultad de certificar es indelegable).

R. 19 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1228)

Deniega la depósito de cuentas anuales de una sociedad limitada, porque el acuerdo de su aprobación se adoptó con el voto favorable de dos de los tres socios, que representan dos tercios del capital social, cuando los estatutos establecen que los acuerdos se adoptarán por mayoría del 70% del capital social. El recurrente alega que exigir esta mayoría implicaría el voto favorable de los tres socios, lo que supondría exigir la unanimidad, prohibida en el artículo 200 LSC.

El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad no se ven afectados por la situación fáctica en que pueda verse la sociedad por el juego de las mayorías según los socios que en cada momento sean titulares del capital social y que pueda conducir a la imposibilidad de adoptar acuerdos, sin perjuicio de que dicha situación de bloqueo esté configurada como causa de disolución (artículo 363-d LSC). La apreciación de posible abuso de derecho por parte del socio minoritario al no votar a favor del acuerdo, debe ser apreciada por los tribunales.

R. 16 febrero 2017 (BOE 57, 8-III-17: 2489)

Deniega la inscripción de una escritura de transformación de sociedad civil en sociedad de responsabilidad limitada, porque la fecha de publicación del acuerdo de transformación es anterior a la fecha de adopción del acuerdo.

Pero se desestima el otro defecto de la calificación, consistente en entender que el diario en que se ha publicado el anuncio de transformación carece de gran circulación en la provincia donde la so-

ciudad tiene su domicilio, tal y como exige el artículo 14 Ley 3/2009 Modificaciones Estructurales. La finalidad de la norma es asegurar la difusión del hecho objeto de publicidad. Una calificación registral negativa sobre este extremo debe motivarse adecuadamente según criterios objetivos, debiendo ser los tribunales quienes se pronuncien, en caso de impugnación, a la vista de las pruebas aportadas. La S TS 19 septiembre 2006, en relación con la publicidad de la convocatoria de la junta, estableció que debe hacerse en un medio de información impreso con periodicidad diaria; siendo más flexible con la circunstancia de la "mayor circulación", que sólo podría saberse mediante controles oficiales, de modo que permite la publicación en un periódico diario presente notoriamente en la práctica totalidad de todos los puntos de distribución de tales medios de comunicación social, atendiendo además al hecho de haberse utilizado el mismo medio de publicación en ocasiones anteriores, de tal forma que no se evidencie un ánimo de ocultación de la convocatoria.

Modificaciones estructurales

R. 23 mayo 2017 (BOE 140, 13-VI-17: 6686)

Admite la inscripción de una fusión por absorción entre dos sociedades limitadas, que tienen el mismo socio único -según consta también en el Registro Mercantil-. No se aumenta el capital de la sociedad absorbente. Se trata por tanto, de un supuesto asimilable a la fusión de sociedad íntegramente participada (artículo 52-1 Ley 3/2009), de suerte que resulta aplicable el artículo 49-1. Al no tratarse de absorción de una sociedad indirectamente participada por la absorbente, no es necesario que el administrador manifieste que la sociedad absorbida está participada por la absorbente.

Objeto Social

R. 6 febrero 2017 (BOE 50, 28-II-17: 2088)

Admite la inscripción de la constitución de una limitada, en cuyo objeto se añade, junto con la actividad principal que es la compraventa de vehículos, cualquier otra actividad preparatoria, complementaria, derivada o auxiliar de la misma. Ciertamente en la determinación del objeto social no pueden incluirse los actos jurídicos necesarios para su realización, ni el desarrollo de las actividades indicadas en él, ni puede incluirse la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni expresiones genéricas de análogo significado (artículos 23-b LSC y 178 RRM). Pero la cláusula debatida no infringe ninguno de estos límites.

También se rechaza el otro defecto. En la escritura se dice que el único otorgante de la misma interviene en nombre y representación de la sociedad que pasa a ser única socia; si bien en el mismo título el compareciente es nombrado administrador a título personal. Ciertamente debería haberse dicho que también interviene en nombre propio. Pero es un defecto meramente formal: del conjunto del documento se desprende evidentemente que su intervención comprende ambas actuaciones.

Sociedades profesionales

R. 16 diciembre 2016 (BOE 6, 7-I-17: 220)

Deniega la inscripción de acuerdos sociales (nombramiento de administrador) de una sociedad anónima, que pervive como sociedad ordinaria, si bien su objeto está integrado por actividades

comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007; en concreto, la asesoría jurídica de empresas.

La sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho y su hoja registral está cerrada, por efecto de la transitoria primera de la Ley 2/2007. Con ocasión de la obligación de adaptar las sociedades anónimas a las nuevas normas promulgadas en 1989, la Dirección elaboró una doctrina según la cual, pese a la sanción de disolución de pleno derecho impuesta literalmente a las sociedades que no se adaptasen en plazo, cabía la reactivación de las mismas (actual artículo 370 LSC). Así, para poder inscribir el título calificado, es preciso reactivar la sociedad previamente y adecuarla al ordenamiento jurídico; y sólo después podrá realizar las modificaciones que su junta general estime oportunas.

R. 2 marzo 2017 (BOE 65, 17-III-17: 2938)

Deniega la inscripción de un apoderamiento otorgado por el administrador de una mercantil, que pervive como sociedad ordinaria, si bien su objeto está integrado por actividades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007 (concretamente, actividades propias del urbanismo).

La sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho y su hoja registral está cerrada, por efecto de la transitoria primera de la Ley 2/2007. Con ocasión de la obligación de adaptar las sociedades anónimas a las nuevas normas promulgadas en 1989, la Dirección elaboró una doctrina según la cual, pese a la sanción de disolución de pleno derecho impuesta literalmente a las sociedades que no se adaptasen en plazo, cabía la reactivación de las mismas (actual artículo 370 LSC). Así, para poder inscribir el título calificado, es preciso reactivar la sociedad previamente y adecuarla al ordenamiento jurídico.

R. 5 abril 2017 (BOE 93, 19-IV-17: 4282)

Deniega la inscripción de acuerdos sobre cese y nombramiento de administrador de una sociedad, que pervive como sociedad ordinaria, si bien su objeto está integrado por actividades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007 (en concreto, servicios de asesoría, administración y gestión financiera, contable y fiscal).

La sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho y su hoja registral está cerrada, por efecto de la transitoria primera de la Ley 2/2007. Con ocasión de la obligación de adaptar las sociedades anónimas a las nuevas normas promulgadas en 1989, la Dirección elaboró una doctrina según la cual, pese a la sanción de disolución de pleno derecho impuesta literalmente a las sociedades que no se adaptasen en plazo, cabía la reactivación de las mismas (actual artículo 370 LSC). Así, para poder inscribir el título calificado, es preciso reactivar la sociedad previamente y adecuarla al ordenamiento jurídico; y sólo después podrá realizar las modificaciones que su junta general estime oportunas.

R. 24 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5417)

Admite la inscripción de una escritura de sustitución del objeto social de una entidad, que pasa a comprender las actividades de entrenamiento personal, gimnasio de rehabilitación y gestión de instalaciones deportivas, clubes deportivos y gimnasios. El registrador mercantil considera tales actividades competencia de licenciados en

Educación Física inscritos en el correspondiente Colegio Oficial, de modo que considera el nuevo objeto como propio de una sociedad profesional y exige cumplir los requisitos del artículo 1 Ley 2/2007.

El objeto profesional es aquél cuyo desempeño exige titulación universitaria oficial -o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial- e inscripción en el correspondiente colegio profesional. Pero lo cierto es que hoy no existe una ley que precise con claridad qué actividades estén reservadas a determinada titulación universitaria. La sociedad del supuesto no tiene por objeto la enseñanza de educación física; y las actividades estatutarias no están atribuidas en exclusiva a licenciados de Educación Física. Si para la realización de tales actividades no se requiere titulación universitaria oficial, no puede exigirse el cumplimiento de los requisitos de la LSP. En este sentido, la Ley 2/2011 del Deporte de la Comunidad Valenciana exige a los técnicos, entrenadores y gerentes deportivos únicamente titulación adecuada y seguro de responsabilidad civil.

SUCESIONES

R. 11 enero 2017 (BOE 26, 31-I-17: 998)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia, autorizada por notario español, referida a una causante nacional de Bélgica, a la cual se incorporan: un certificado de defunción belga apostillado; y un documento notarial belga, también apostillado y que el notario español traduce parcialmente, cuyo carácter de título sucesorio no es cuestionado, en el cual se determinan nominativamente los derechos sucesorios derivados del fallecimiento de la causante, sobre la base del testamento ológrafo de la misma.

Se confirman dos defectos. Primero, la doctrina de la Dirección que exige la integridad del título sucesorio impide admitir una traducción parcial del mismo a los efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad. En segundo lugar, es también doctrina consolidada (desde la R. 18 enero 2005, sistema notarial) la que considera oportuno y prudente -casi obligado, si lo exigiere la "lex causae"- aportar certificado de últimas voluntades del estado de la nacionalidad del causante, o bien justificación de la inexistencia de dicho registro.

Los otros dos defectos se rechazan. No es preciso aportar el testamento ológrafo de la causante que sirve de base al certificado notarial belga de declaración de derechos. No es admisible aceptar este documento (del que sólo se cuestiona su falta de traducción total) y al mismo tiempo exigir la aportación del testamento ológrafo sobre el que se basa la asignación de derechos. Y por la misma razón, tampoco hace falta acreditar el previo fallecimiento del hijo de la causante. Por ser anterior a su vigencia la fecha de fallecimiento de la causante, no es de aplicación el Reglamento UE 650/2012, por lo que el documento notarial belga no es un certificado sucesorio europeo, sino que se trata de un certificado sucesorio realizado conforme a la ley material belga. Pero ambos documentos tienen la misma identidad legitimadora.

R. 19 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1226)

Constan inscrita escritura de protocolización de operaciones particionales otorgada sólo por el contador-partidor. Ahora se debate la posibilidad de inscribir otra escritura, por la que el contador-partidor rectifica la descripción de las fincas de la herencia, sin intervención de los herederos,



que ya son titulares registrales, pero cuya aceptación aún no se ha producido.

La Dirección confirma que la partición del contador-partidor es inscribible sin el concurso de los herederos; y que se considera en tal caso inscrita bajo la condición suspensiva de la aceptación de éstos. Antes de la constancia registral de la aceptación de herencia, es posible la rectificación de descripciones por el contador-partidor. Como no se ha producido tal aceptación, que hubiese cancelado la condición suspensiva, debe estimarse el recurso y admitirse la inscripción. Por el contrario, si se hubiese inscrito ya la aceptación, la condición ya no estaría pendiente de cumplimiento y ya no cabría rectificación sino con el consentimiento de los herederos cuya aceptación constase inscrita.

R. 20 enero 2017 (BOE 32, 7-II-17: 1229)

La madre falleció intestada y fueron declarados herederos suyos los cinco hijos que dejó, si bien una de las hijas falleció antes de aceptar o repudiar, bajo un testamento en que instituía heredero a su esposo sustituido por otra persona en los casos de premoriencia, incapacidad o renuncia. El citado esposo otorgó escritura renunciando a cuantos derechos le correspondieran en la herencia de su suegra, en favor de los demás hermanos de su esposa por partes iguales. Ahora se debate si el derecho del renunciante va a parar al sustituto nombrado en el testamento de su esposa, o a los hermanos de ésta; y de proceder lo segundo, si es por cesión gratuita de un derecho hereditario tácitamente aceptado.

Al haber fallecido la hija heredera antes de aceptar o repudiar la herencia de su madre, resulta aplicable el artículo 1006 Cc. El derecho a aceptar o repudiar la herencia, le llega al yerno-transmisorio a través de la herencia de su propia esposa transmitente, de modo que sólo aceptando esta segunda herencia, podrá aceptar o repudiar la primera. Se deduce claramente que el renunciante ha aceptado la herencia de su esposa; y que, en ejercicio del derecho de aceptar o repudiar la herencia de su suegra, otorga la renuncia a favor de sus cuñados por partes iguales. Sólo si el objeto de renuncia hubiese sido la herencia de su esposa, habría tenido lugar la sustitución a favor de esa otra persona prevista en su testamento.

Por otro lado, el artículo 1000 Cc contempla, como un supuesto de aceptación de herencia, la renuncia traslativa a favor de uno o varios herederos determinados. Ahora bien, el propio artículo citado entiende no aceptada la herencia cuando la renuncia es gratuita y a favor de todos los coherederos a quienes haya de acrecer la porción renunciada. Los términos literales de la cláusula debatida son los de una renuncia traslativa, pero, dado que los nombrados por el renunciante son también los herederos legales, los efectos de su renuncia son los mismos que los de una renuncia pura y simple.

R. 2 febrero 2017 (BOE 45, 22-II-17: 1811)

Admite la inscripción de una escritura de herencia, autorizada por notario español, referida a una causante nacional de Bélgica, a la cual se incorporan: acta de declaración de herederos realizada por notario belga; certificado de defunción de la causante; certificado de últimas voluntades español. Se debate si es necesario además aportar certificado de últimas voluntades belga, o de la inexistencia de tal registro.

Ciertamente es doctrina consolidada (desde la R. 18 enero 2005, sistema notarial) la que considera oportuno y prudente -casi obligado, si lo exigiere la "lex causae"- aportar certificado de últimas voluntades del estado de la nacionalidad del causante, o bien justificación de la inexistencia de dicho registro. Lo que ocurre es que en este supuesto, el notario belga afirma en el acta de declaración de herederos autorizada por él, y bajo su responsabilidad, que ha realizado una búsqueda en el Registro Central de Testamentos, cuyo resultado es que no se conoce disposición por causa de muerte de la difunta.

R. 9 marzo 2017 (BOE 70, 23-III-17: 3105)

El testador, que carecía de legitimarios: ordenó varios legados de bienes determinados, sin facultar a los legatarios para posesionarse del legado; e instituyó herederos a otras personas diferentes de los legatarios con sustitución vulgar a favor de sus descendientes. Ahora se deniega la inscripción de una escritura por la cual: renuncian a la herencia, tanto los herederos -algunos de ellos mediante apoderado- como quienes manifiestan ser los dos hijos de los herederos y, por tanto, sustitutos de los mismos en virtud de la sustitución vulgar ordenada en el testamento; además se hace constar que, como consecuencia de la renuncia de los herederos, toda la herencia está distribuida en legados y, por ello, los legatarios se adjudican por sí mismos los bienes legados. Una de estas legatarias interviene también como apoderada de dos de los herederos renunciantes, en virtud de poderes que no contienen previsión de autocontratación, pero que has sido declarados suficientes por el notario autorizante del título calificado.

No se ha acreditado de forma indubitada que no queden más bienes en la herencia, que es el presupuesto para entender que toda ella está distribuida en legados y que, por tanto, los legatarios pueden posesionarse del legado por su propia autoridad. De hecho, el testador instituyó herederos en el remanente, de modo que si hubiese otros bienes, habría que llamar a los herederos abintestato para hacer la entrega de los legados.

Además, hay que acreditar que no hay más sustitutos que quienes han renunciado, lo cual puede hacerse mediante acta de notoriedad (artículo 82 RH), pero caben otros medios, como la declaración de herederos abintestato del propio sustituto, o también la acreditación mediante albaceas, según las circunstancias de cada caso (R. 30 septiembre 2013). No debe confundirse esto con la doctrina de la Dirección de que, compareciendo sustitutos descendientes, no hay que acreditar la inexistencia de otros, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento no acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados.

La autocontratación con conflicto de intereses excluye la representación y contradice el juicio que afirma su existencia. Por ello, el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas debe incluir la existencia de autorización o ratificación del representado.

Tampoco se estima la alegación de que el documento haya sido inscrito en otro Registro, puesto que el registrador es independiente en el ejercicio de su función y no está vinculado por las calificaciones de otros registradores ni por las propias anteriores.

R. 16 marzo 2017 (BOE 80, 4-IV-17: 3711)

Suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de prelegado, otorgada sólo por la prelegataria, quien no

está autorizada para ocupar por su propia autoridad la cosa legada, y sin que conste la aceptación de la herencia por ella ni por la otra co-heredera.

Aunque la ley aplicable a la sucesión es la catalana, la Dirección se considera competente para conocer del recurso, porque la materia discutida no es sólo de Derecho catalán, sino también de Derecho registral (aplicación del artículo 81 RH). En el Código Civil de Cataluña, el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada sin el consentimiento del heredero o sin estar facultado para la entrega (427-22-3), si bien se exceptúa -entre otros casos- el supuesto de prelegado (427-22-4). Para la Dirección la excepción del prelegado sólo puede ser apreciada si el legatario acepta previa o simultáneamente la herencia, pues sólo por dicha aceptación adquiere la condición de heredero, que es presupuesto necesario para que exista prelegado (427-5). De no aceptar la herencia, sería un legatario ordinario sin posibilidad de posesionarse por sí mismo de la cosa legada.

Por todo ello, en tanto no se acredite la aceptación de la herencia por la legataria o el consentimiento de la otra coheredera, no podrá inscribirse el legado, sino sólo pedir la anotación preventiva de los artículos 42-7 y 47 LH.

R. 17 marzo 2017 (BOE 80, 4-IV-17: 3713)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre los derechos que pudieran corresponder al ejecutado en la herencia de sus padres, respecto de una finca inscrita a nombre de ambos. Es imprescindible la aportación del certificado de últimas voluntades y del testamento o la declaración de herederos de los causantes (art. 166-1-2º RH).

R. 17 marzo 2017 (BOE 80, 4-IV-17: 3714)

Deniega la inscripción de una herencia donde se inventarían unas fincas, haciendo constar que habían sido vendidas en documento privado -y cobrado su precio- por el causante hace muchos años; y que se inventarían sólo para cumplimentar tales transmisiones anteriores. La Dirección confirma la calificación: el causante y sus herederos carecen de poder de disposición; y lo procedente es elevar a público los contratos privados de compraventa.

Las adjudicaciones a favor de un heredero con la única finalidad de que el adjudicatario eleve a público anteriores transmisiones privadas del causante ("adjudicaciones en vacío"), pero sin ostentar titularidad dominical, no son inscribibles en una recta interpretación del artículo 20 LH. No son supuestos de tracto abreviado, sino de gestión y disposición de derecho ajeno, como ocurre en la dación para pago de deudas, cuya naturaleza y efectos, según la doctrina mayoritaria, es transmitir a los acreedores la posesión y administración de los bienes con el mandato de liquidarlos y cobrarse; es decir, una adjudicación puramente formal, en la que el bien no entra en el patrimonio del adjudicatario.

Además, en supuestos como el resuelto no es necesaria adjudicación alguna a favor del heredero, toda vez que el párrafo quinto del artículo 20 LH exceptúa de la necesidad de inscripción previa a favor del mismo, el documento que otorgue ratificando el contrato privado suscrito por el causante; y si no existe documento privado, es inscribible la escritura de formalización del contrato privado si es

otorgada por todos los herederos del vendedor (R. 21 noviembre 2014).

R. 27 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3851)

Se refiere a un supuesto en que los tres hijos donaron a su padre viudo unas fincas que después quedaron sujetas a reserva viudal como consecuencia de sus segundas nupcias, constanding la cualidad de bienes reservables mediante nota marginal en virtud de sentencia judicial. En su testamento, el reservista deshereda a los tres hijos y sus descendientes -con expresa referencia a la existencia de nietos del testador- por la causa del número 2 del artículo 853 Cc (maltrato de obra o injuria grave). Ahora se pretende inscribir una escritura de adjudicación de bienes reservables otorgada sólo por los tres hijos reservatarios desheredados. La Dirección lo deniega.

Ciertamente es doctrina sobre la reserva viudal, que el llamamiento al reservatario nace "ex lege", por la concurrencia de los requisitos propios de esta sucesión especial, tanto subjetivos (haber sobrevivido al reservista, siendo hijo o descendiente del premuerto en orden de sucesión intestada respecto de éste) como objetivos (bienes adquiridos gratuitamente por el reservista de su primer cónyuge o sus parientes señalados en el Código, cuyo carácter reservable puede quedar determinado ya en vida del reservista mediante nota marginal). Tal llamamiento no procede del primer causante, ni tampoco del reservista, aunque formalmente los bienes se encuentran en la herencia de éste, pero eso sí, como patrimonio separado del resto de los bienes hereditarios, que adquieren en bloque los reservatarios con exclusión de los herederos del reservista.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la desheredación. La regla del artículo 973 Cc es que el hijo desheredado justamente por el padre o la madre perderá todo derecho a las reservas, pero si tuviese hijos o descendientes, se estará a lo dispuesto en el artículo 857 (sobre conservación del derecho a la legítima por los descendientes del desheredado). La doctrina está dividida en la interpretación del artículo 973. Unos autores afirman que la facultad de desheredar en los bienes reservables corresponde sólo al cónyuge premuerto, ya que: es la herencia de éste -y no a la del bínubo- a la que corresponden los bienes reservables; es anómalo poner en manos del obligado a reservar el derecho de privar a los reservatarios de un derecho perfecto aunque no consumado; pudiendo mejorar a cualquiera de los reservatarios, el reservista no necesita desheredar. Otros admiten la desheredación por el reservista, ya que: este artículo autoriza literalmente al "padre o la madre" (sic); los reservatarios suceden al reservista; si el reservista bínubo puede mejorar, tanto más podrá desheredar. Para la Dirección, la desheredación ordenada por el reservista en este supuesto, no puede afectar a todos los reservatarios, pues existen nietos del reservista a quienes también se deshereda, pero sin expresar los motivos de desheredación, ni su edad y aptitud para ser desheredados; y todo ello sin prejuzgar el carácter justo o injusto de la desheredación.

R. 4 abril 2017 (BOE 93, 19-IV-17: 4280)

El testador dispuso que a la viuda se le pagase la cuota viudal usufructuaria en efectivo metálico. Ahora la Dirección suspende la inscripción de una escritura de herencia en la cual el contador-partidor testamentario se la paga con acciones y participaciones sociales, sin consentimiento de la viuda.



Ciertamente el contador-partidor tiene facultades para interpretar el testamento, pero debe hacerlo según el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador (artículo 675 Cc). En el supuesto resuelto, la voluntad del testador aparece clara y no establece ninguna previsión para el caso de no haber metálico.

Lo que se ha producido es una conmutación del usufructo, que el artículo 839 permite, pero sólo a cambio de una renta vitalicia, el producto de determinados bienes o un capital en efectivo, y siempre “procediendo de muto acuerdo” y en su defecto, mandato judicial. La jurisprudencia entiende que la facultad de conmutar corresponde a los herederos o al testador. Menos pacífica es la cuestión de si en el acuerdo para la conmutación debe incluirse al viudo. La S TS 13 julio 2009 entiende que corresponde a los herederos decidir la conmutación y la modalidad de la misma, debiendo participar el viudo sólo en la valoración de su derecho. Por otro lado, el contador-partidor no puede decidir por sí solo la conmutación, sino sólo hacerla si el causante le faculta o se limita a ordenar la conmutación sin especificar la prestación. En el caso resuelto, los bienes entregados a la viuda no son los previstos en el artículo 839; y sólo por ello ya haría falta su consentimiento y el de los herederos. Tampoco procede la alegación de que el artículo 842 Cc permite pagar la legítima en otros bienes hereditarios cuando se haya ordenado el pago en metálico y no haya suficiente en la herencia, ya que este artículo no es aplicable a la legítima del viudo.

En este supuesto, habiendo metálico en la herencia (a los herederos se les adjudica metálico) el contador-partidor debe cumplir el testamento pagando con él la legítima del viudo; y no habiéndolo en cantidad suficiente, debe pagarse el resto con metálico extra hereditario o en otros bienes de la herencia, si bien en este último caso, con consentimiento del viudo, sin que resulten aplicables los artículos 841 y siguientes Cc, sino el 886.

R. 6 abril 2017 (BOE 94, 20-IV-17: 4323)

Deniega la extensión de una anotación preventiva de embargo sobre los derechos hereditarios que pudieran corresponder a la deudora en la herencia de su madre, respecto de una concreta finca inscrita a nombre de ésta, porque, además de sus certificados de defunción y últimas voluntades (que en este caso es negativo), es preciso aportar el título sucesorio previsto en el artículo 14-1º LH. El artículo 166-1-2 RH permite la práctica de la anotación, pero exige hacer constar en ella las circunstancias del testamento o de la declaración de herederos.

R. 10 abril 2017 (BOE 99, 26-IV-17: 4556)

El causante, viudo alemán residente en la Comunidad Valenciana, otorgó testamento en septiembre de 2014 ante notario español, en el que manifestó haber entregado en vida a su única hija varias propiedades en Nueva York, e instituyó heredera a otra persona. Fallecido el causante en octubre de 2015, se pretende la inscripción de la escritura de adjudicación de toda su herencia a favor sólo de la heredera.

La registradora considera que su testamento fue el vehículo por el que el causante ejerció la “*professio iuris*” a favor de su ley nacional; y deniega la inscripción por falta de prueba de la misma (artículo 36 RH). Sin embargo, la Dirección entiende que, para que

exista “*professio iuris*”, la elección de ley debe ser expresa o resultar de los términos de la disposición “*mortis causa*” (artículo 22 RUE 650/2012 y R. 15 junio 2016). El testamento del supuesto se otorgó, estando en vigor el RUE 650/2012 (artículo 84), si bien aún no en aplicación (artículo 82-1); y en él no se hace “*professio iuris*”. Resulta aplicable la ley española, como propia de la residencia habitual del causante; y, en particular el Derecho común. Por todo ello, la hija del testador resulta legitimaria según el Código civil, con derecho a una “*pars bonorum*”. La inscripción se deniega, por ser necesaria la intervención de la legitimaria en todas las operaciones particionales.

Por otro lado, la Dirección no considera obligatorio en este caso aportar el certificado de últimas voluntades alemán. Ciertamente, la R. 18 enero 2005 (sistema notarial), además de la obligación de aportar el certificado español de últimas voluntades, considera oportuno y prudente -casi obligado, si lo exigiere la “*lex causae*”- aportar certificado de algún registro equivalente del país de la nacionalidad del causante, siempre que exista. Sin embargo, la plena aplicación del RUE 650/2012 aconseja matizar esta doctrina. En cuanto no se complete la interconexión de los Registros de disposiciones sucesorias y de certificados sucesorios europeos de los Estados miembros, sólo será exigible acreditar la obtención de certificación diferente a la de nuestro Registro de Últimas Voluntades, cuando resulte aplicable a la sucesión una ley distinta a la española, sea o no la de la nacionalidad.

R. 19 abril 2017 (BOE 112, 11-V-17: 5156)

Se refiere a una escritura de adjudicación de herencia en la que uno de los herederos está representado por un defensor judicial, habida cuenta de la oposición de intereses entre el tutelado y el tutor, quien ostenta además la condición de heredero. La inscripción se suspende por falta de la aprobación judicial exigida por el artículo 1060-2 Cc: el defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del juez, si el letrado de la administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

R. 21 abril 2017 (BOE 113, 12-V-17: 5237)

Admite la inscripción de una diligencia de subsanación en cuya virtud, una renuncia de herencia que en el otorgamiento inicial -realizado el mismo día- aparece como pura y simple, se rectifica de manera que la renuncia se hace a favor de otro heredero. Esta subsanación no supone una alteración del carácter irrevocable de la renuncia.

Siempre y cuando no se encubra una revocación de la renuncia, no hay incompatibilidad entre el principio de irrevocabilidad de la misma (artículo 997 Cc), y la posibilidad de subsanar una manifestación en tal sentido (artículo 153 RN que, previendo la subsanación hecha sólo por el notario, con mayor razón es aplicable a una subsanación hecha por el otorgante). En el supuesto resuelto, una interpretación unitaria del documento (impuesta por el artículo 1285 Cc) permite apreciar que se trata de un error en el consentimiento (artículo 1266 Cc), puesto que el motivo esencial de la renuncia fue trasladar la herencia al otro heredero, y no desentenderse de ella. Además, la primera copia autorizada de la escritura de renuncia se ha expedido tras el otorgamiento de la diligencia de subsanación, la cual se ha extendido en el mismo día que el primer otorgamiento, sin que se hayan expedido en

ese intervalo otras copias que puedan perjudicar o crear expectativas a los llamados como sustitutos.

R. 25 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5422)

R. 25 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5424)

Admite la práctica de una anotación preventiva de embargo decretado en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, seguido por una comunidad de propietarios frente a la herencia yacente del titular registral. Habiendo sido acreditada la renuncia de todas las personas llamadas a la herencia, el Juzgado dio traslado abogado del Estado para que manifestase lo que a su derecho convenga, ante la posibilidad de que el Estado pudiera resultar heredero abintestato (artículo 956 Cc).

En este caso no es exigible el nombramiento de defensor judicial de la herencia yacente, trámite que según doctrina consolidada, no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a herederos desconocidos sea puramente genérico. En este caso, habiéndose dado traslado del procedimiento al Estado, no existe indefensión.

R. 26 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5425)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación en ejecución judicial de hipoteca, habiéndose interpuesto el procedimiento contra la herencia yacente de los titulares registrales, cónyuges de nacionalidad danesa y domicilio en Dinamarca. Tras un intento infructuoso de notificación en la propia finca hipotecada -como domicilio inscrito- y haber manifestado las partes que desconocían otro posible domicilio de los herederos, se acordó la comunicación edictal.

La Dirección recuerda su doctrina. Para realizar inscripciones contra la herencia yacente por deudas del titular registral fallecido, hay que acreditar, o bien el nombramiento y demanda al administrador judicial de la herencia yacente, o bien -para que la exigencia de este nombramiento no resulte excesivamente gravosa- que el llamamiento no ha sido puramente genérico, sino que se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

En el caso resuelto, teniendo en cuenta las formas en que se ha intentado la notificación, no cabe apreciar una situación de indefensión que justifique la suspensión del asiento.

R. 18 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6543)

Habiendo renunciado uno de los herederos pura y simplemente, se otorga escritura de herencia otorgada sólo por los restantes, sin intervención de los sustitutos del renunciante. En un momento posterior, el renunciante declara haber padecido error en la renuncia inicial y la subsana, atribuyendo a su renuncia carácter traslativo en favor de otro heredero. Se debate si es admisible la subsanación de la renuncia y la inscripción de la herencia en atención a la misma.

Para la Dirección siempre y cuando no se esté encubriendo una revocación de la renuncia, no hay incompatibilidad entre el principio de irrevocabilidad de la misma (artículo 997 Cc), y la posibilidad de subsanar una manifestación en tal sentido. Si el artículo 153 RN prevé la subsanación hecha sólo por el notario, con mayor razón se-

rá aplicable a una subsanación hecha por el otorgante. Es preciso realizar una interpretación unitaria del documento, como impone el artículo 1285 Cc, para apreciar la existencia de un error en el consentimiento (artículo 1266 Cc). Y también hay que valorar las expectativas creadas a los llamados como sustitutos.

En consecuencia, se rechaza la inscripción pretendida, No es clara la existencia del error de consentimiento alegado. La subsanación de la renuncia se ha producido después de la presentación al Registro y de una calificación negativa inicial (que exigía la intervención de los sustitutos del renunciante); en concreto, han pasado veinte meses después del otorgamiento inicial, tiempo más que suficiente para producir expectativas a los sustitutos del renunciante, que no pueden resultar desprotegidos, por lo que sólo su concurrencia en la escritura complementaria habilitaría la subsanación de la renuncia.

R. 19 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6550)

Admite la inscripción de una sentencia que reconoce a los actores el dominio, adquirido por usucapión, de una finca inscrita a nombre de varios titulares, algunos de los cuales han fallecido.

Es doctrina de la Dirección en aplicación del principio de tracto sucesivo, que la inscripción de sentencias dictadas contra la herencia yacente exige acreditar, o bien el nombramiento y la demanda al administrador judicial de la herencia yacente; o bien -para que la exigencia de este nombramiento no resulte excesivamente gravosa- que el llamamiento a herederos indeterminados no ha sido puramente genérico, sino que la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos.

Del expediente calificado resulta: que han sido demandados quienes según la sentencia tienen la condición de herederos legales de los titulares registrales; y que todos ellos se han allanado a la pretensión de los demandantes. Por lo tanto, no existe indefensión, ya que han intervenido todos los interesados en la herencia, cuya legitimación pasiva ha sido aceptada como suficiente.

R. 22 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6553)

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento judicial de ejecución de hipoteca, seguido contra el deudor no hipotecante y contra los ignorados herederos de su hermana, como hipotecante no deudora.

Es doctrina de la Dirección en aplicación del principio de tracto sucesivo, que la inscripción de sentencias dictadas contra la herencia yacente exige acreditar, o bien el nombramiento y la demanda al administrador judicial de la herencia yacente; o bien -para que la exigencia de este nombramiento no resulte excesivamente gravosa- que el llamamiento a herederos indeterminados no ha sido puramente genérico, sino que la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos.

Del expediente calificado resulta que el llamamiento a los herederos ha sido genérico y no consta la forma en que se les ha notificado, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos que excluyan al hermano. La Dirección no comparte la apreciación del tribunal de que no hay indefensión, por ser el deudor hermano de la fallecida y haber podido por tanto defender la herencia; primero, porque no consta que desde el principio



la posición procesal del deudor haya tenido el doble carácter de demandado y representante de la herencia; y segundo, porque este parentesco no implica por sí solo la condición de heredero. Salvo que se acreditase que el deudor era heredero de su hermana, los intereses de ambos tampoco son confluyentes, ya que el deudor podría quedar liberado del pago de la deuda por la ejecución de la finca. En conclusión, o se acredita la condición del deudor como heredero de la hipotecante, o en su defecto, hay que nombrar defensor judicial.

R. 25 mayo 2017 (BOE 140, 13-VI-17: 6690)

El causante desheredó nominativamente a las cuatro hijas que tuvo de su primer matrimonio “y a todos los descendientes de éstas”, por la causa del artículo 853-2 Cc; e instituyó heredera a su nueva esposa. Ahora se pretende inscribir la escritura de su herencia, otorgada sólo por la heredera. La Dirección lo deniega y exige el consentimiento de los nietos, quienes conservan el derecho a la legítima, según el artículo 857 Cc.

No se cuestiona la validez de la desheredación, ni la eficacia general de las particiones ajustadas al testamento mientras no se impugne judicialmente aquella. Pero la desheredación requiere, además de la expresión de causa legal -por referencia a la norma o por imputación de la conducta tipificada-, la identificación del desheredado, al menos con el mismo rigor que se exige para la institución de heredero, “por su nombre y apellidos” (artículo 772 Cc). Además, hará falta que el desheredado sea susceptible de imputación; es decir, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación, lo que también obliga a identificar a los desheredados para determinar que efectivamente son imputables por lo que se refiere a la causa de desheredación alegada; todo lo cual no se cumple en este caso respecto de los nietos.

R. 7 junio 2017 (BOE 153, 28-VI-17: 7426)

No considera necesario el nombramiento de defensor judicial de la herencia yacente, para inscribir una sentencia declarativa de dominio, dictada en procedimiento ordinario, seguido contra los ignorados herederos de la titular registral, en el cual se personaron como herederas dos personas, siendo una de ellas declarada en rebeldía procesal y oponiéndose a la demanda la otra mediante escrito.

Es doctrina consolidada en materia de tracto sucesivo que, para inscribir actos contra la herencia yacente, hay que acreditar, o bien el nombramiento y la demanda al administrador judicial de la herencia yacente; o bien -para que la exigencia de este nombramiento no resulte excesivamente gravosa- que el llamamiento a herederos indeterminados no ha sido puramente genérico, sino que la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, que es lo que ocurre precisamente en el supuesto resuelto, donde sin embargo, la inscripción se deniega por no acreditarse el transcurso de los plazos del artículo 502 LEC para la rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía.

TRACTO SUCESIVO

R. 13 diciembre 2016 (BOE 4, 5-I-17: 185)

Consta inscrita una finca a nombre de una persona, por adjudicación en procedimiento de ejecución de títulos judiciales. Ahora la

entidad ejecutada, anterior titular, alegando que la sociedad estaba en liquidación y que por ello la inscripción actual es ilegal, pues la finca formaba parte de la masa en liquidación, solicita que se anule el asiento vigente, se reinscriba la finca a nombre de la sociedad y se haga constar que la misma se hallaba en liquidación.

La Dirección lo deniega, pues aunque la documentación mercantil aportada sería en principio idónea para hacer constar la situación de liquidación, la sociedad ya no ostenta derecho alguno sobre la finca. La constancia de la situación liquidatoria de la sociedad que en su momento fue propietaria, en nada afecta a la situación tabular actual. Los asientos practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales y, para su rectificación, es necesario consentimiento de todos aquéllos a quienes el asiento conceda algún derecho o, en su defecto, resolución judicial en juicio entablado contra todos ellos (artículo 40 LH).

R. 21 diciembre 2016 (BOE 8, 10-I-17: 282)

Deniega la inscripción de un auto recaído en expediente de dominio, instado por los herederos de quien adquirió del titular registral, quienes actúan como herederos de éste y en su propio nombre.

Es doctrina consolidada que no hay verdadera interrupción del tracto -entre otros supuestos- cuando el promotor es heredero de quien adquirió del titular registral. Este criterio es hoy confirmado por el artículo 208 LH (redactado por la Ley 13/2015): no se entenderá producida la interrupción del tracto cuando la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción haya adquirido directamente su derecho del titular registral o sus herederos.

Además, el auto declara justificado el dominio a favor del causante de los promotores, quienes actúan como herederos, pero sin que se haya justificado que sean los únicos. Es necesario conocer si la adquisición del causante fue por usucapión o compraventa y si se produjo como ganancial o privativa, de lo que dependerá la existencia de derechos a favor del cónyuge. Así mismo, como el auto también afirma que actualmente la finca pertenece a los herederos del causante, deberá acreditarse quiénes son éstos, lo cual no resulta del título.

R. 3 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 778)

Declara improcedente la tramitación del procedimiento notarial para la reanudación del tracto del artículo 208 LH, toda vez que, al solicitar la preceptiva certificación registral, el registrador deniega su expedición por considerar que no hay verdadera interrupción del tracto, ya que la sociedad titular registral vendió en documento privado a dos personas físicas, quienes a su vez, aportaron la finca en escritura pública a la mercantil promotora del expediente.

No hay verdadera interrupción, puesto que sólo existe pendiente de formalización pública el documento por el que transmitió el titular registral. Ahora bien, hay que tener en cuenta: que la sociedad titular registral estaba en situación de quiebra al vender y actualmente se encuentra liquidada; que los integrantes de la comisión liquidadora han fallecido o no se encuentran en condiciones de elevar a público la compraventa; y que también es doctrina consolidada la que tiene en cuenta, a efectos de valorar la efectiva interrupción del tracto, la existencia de una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación pendiente. La constancia de estas circunstancias

complementando en el acta notarial servirían para subsanar el defecto.

R. 6 febrero 2017 (BOE 50, 28-II-17: 2086)

Admite la inscripción de un auto dictado en procedimiento judicial de reanudación de tracto, calificado según la redacción del artículo 201 LH anterior a la vigencia de la Ley 13/2015, ya que, aunque la presentación es posterior, el procedimiento se inició antes (transitoria única). Se desestiman los dos defectos de la calificación. En primer lugar, no es exigible expresar la persona que transmitió al transmitente del promotor, ni en general justificar las transmisiones operadas desde la última inscripción, siendo el auto de reanudación título hábil para la inscripción de la titularidad actual de la finca. En segundo lugar, no es necesario citar a los herederos del titular registral cuya inscripción es de más de 30 años, pues a éstos no se refiere el artículo 202-1 LH, ya que no pueden pretender la protección registral quienes no se han acogido a ella inscribiendo su título, de modo que su protección debe entenderse incluida en la citación genérica a las personas ignoradas a las que se cita por edictos.

R. 8 marzo 2017 (BOE 70, 23-III-17: 3104)

Deniega la inscripción de un auto judicial dictado en procedimiento de reanudación de tracto interrumpido, presentado una vez vigente la Ley 13/2015, pero habiéndose iniciado el procedimiento antes, por lo que es de aplicación la normativa anterior. La finca está inscrita a nombre de un esposo, con carácter presuntivamente ganancial. Los promotores del expediente adquirieron en documento privado de la esposa, quien según el auto, es única heredera de su marido.

Es doctrina reiterada que este expediente de dominio es un medio excepcional, que sólo procede cuando hay verdadera interrupción del tracto; es decir, cuando la inscripción de una adquisición no se puede basar inmediatamente en el derecho del titular registral, de modo que no hay propiamente interrupción y no procede el expediente, entre otros casos, cuando el promotor del expediente es heredero del titular y con más razón en un caso como el presente, donde es también cotitular con carácter presuntivamente ganancial.

R. 13 marzo 2017 (BOE 80, 4-IV-17: 3708)

Deniega una anotación de embargo sobre fincas inscritas a nombre de sociedades mercantiles, pues el procedimiento de ejecución no se ha dirigido contra las mismas, sino contra la persona física que es socio único y administrador de las mismas.

El último párrafo del artículo 20 LH prohíbe la anotación cuando el titular registral es persona distinta de aquella contra la que se ha dirigido el procedimiento. Excepcionalmente, se permite la anotación como medida cautelar, cuando existan a juicio del Tribunal indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado. Pero esta excepción sólo procede en la jurisdicción penal. Por otro lado, la aplicación de la teoría jurisprudencial y doctrinal del levantamiento del velo sólo puede tomarla el juez en un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad.

R. 24 marzo 2017 (BOE 83, 7-IV-17: 3848)

Deniega, por falta de tracto, la inscripción de una sentencia que declara la nulidad de una partición hereditaria y ordena la cancelación

de la inscripción que provocó. La finca no figura inscrita a nombre de la demandada, sino de una tercera persona que no ha intervenido en el procedimiento y respecto de la cual, la determinación de si se halla o no protegido por la fe pública registral no puede ser dilucidada en el marco del recurso gubernativo. El demandante pudo haber evitado esta situación si hubiese solicitado la anotación preventiva de su demanda.

R. 10 abril 2017 (BOE 99, 26-IV-17: 4557)

Deniega la inscripción de una compraventa otorgada por el anterior titular registral, presentada en el Registro después de que se inscribiera sentencia que declaraba la nulidad de la compraventa previa a la adquisición por parte de la recurrente. Inscrito un título traslativo, no puede inscribirse otro que se le oponga o sea incompatible (artículo 17 LH); y es indiferente que el título que primero accedió al Registro sea de peor condición que el incompatible y que, en definitiva, haya de ceder ante él, pues mientras subsista la inscripción de aquél, está bajo la salvaguardia de los tribunales y este otro tendrá cerrado el Registro. Al titular incompatible corresponderá la carga de impugnar judicialmente la inscripción.

R. 20 abril 2017 (BOE 113, 12-V-17: 5234)

Se refiere al mismo supuesto que fue resuelto en la R. 28 julio 2016 (BOE 228, 21-IX-16: 8660), la cual denegó la inscripción de una venta realizada por un órgano de una congregación religiosa, que tenía la misma denominación que la titular registral, pero diferente domicilio, CIF y número de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas; todo ello como consecuencia de un proceso de reestructuración por fusión entre varias congregaciones. La Dirección exigió entonces acreditar las sucesivas transmisiones desde el titular registral hasta la transmitente, admitiendo para ello, bien aportación de la escritura de reestructuración inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, bien certificación de éste acreditativa de las fusiones o reestructuraciones.

El título ahora calificado es una escritura de subsanación de la anterior venta, en la que se hace constar que el compareciente representaba a la congregación religiosa -con sede en Sevilla- que había absorbido a la que figura como titular registral, todo lo cual se acredita mediante la incorporación de certificaciones del Registro de Entidades Religiosas y de testimonio de la escritura notarial de absorción. No obstante, la inscripción se vuelve a denegar; pero en esta segunda ocasión, por falta de presentación fiscal de la escritura de subsanación, a los efectos de los artículos 254-1 LH y 110-6-b LRHL.

R. 27 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5432)

Suspende la inscripción de un acta notarial de notoriedad para reanudación de tracto, sometido a la normativa anterior a la Ley 13/2015. Cuatro quintas partes indivisas de la finca están inscritas a nombre del promotor por título de ejecución forzosa; y ahora se pretende reanudar el tracto respecto de la otra quinta parte, cuya última inscripción de dominio tiene más de 30 años. La inscripción pretendida se deniega, por falta de expresión del título de adquisición de la quinta parte pendiente y por no haberse practicado la notificación personal al titular de la inscripción contradictoria o a sus causahabientes (artículos 204 LH y 295 RH, entonces vigentes). El hecho de que se haya aprobado judicialmente la tramitación no altera la calificación.



R. 3 mayo 2017 (BOE 121, 22-V-17: 5656)

Suspende la inscripción de una sentencia recaída en procedimiento ordinario, mediante la cual se estima reanudado el tracto sobre participaciones indivisas de un local, concretadas en varias plazas de garaje, a favor de quien compró en documento privado a una sociedad que afirmó haber adquirido de otra, que a su vez manifestó haber adquirido de la actual titular de otras participaciones indivisas.

La Dirección recuerda su doctrina. La sentencia declarativa sólo valdrá para reanudar el tracto cuando hayan sido demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron, y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante; y se declare la realidad, validez y eficacia de todos los títulos traslativos intermedios.

En el supuesto resuelto, han sido demandados -y condenados en rebeldía- todos los titulares registrales, pero no las sociedades que han sido parte en las transmisiones intermedias no inscritas. Por otro lado, aunque la sentencia es firme, no es inscribible hasta que haya transcurrido el plazo para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía (artículos 502 y 524 LEC).

R. 9 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5933)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia, porque el causante, que fue titular registral de la finca, ya no figura como tal, por haberla transmitido en vida.

No cabe inscribir actos que no hayan sido otorgados por el titular registral (artículo 20 LH). Los asientos actuales están bajo la salvaguarda de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1 LH).

R. 1 junio 2017 (BOE 150, 24-VI-17: 7275)

Solicitada certificación registral al iniciar el procedimiento notarial de reanudación de tracto interrumpido, el registrador expide la misma pero hace constar en ella tres defectos que impiden la tramitación y que la Dirección confirma, entendiéndose además que estamos ante una verdadera calificación susceptible de recurso (entender que, por el hecho de no haber denegado la expedición ya no procede el recurso, generaría indefensión al interesado).

Los defectos son los siguientes. No hay verdadera interrupción del tracto, ya que consta la formalización pública de las sucesivas adquisiciones, de modo que, existiendo defectos, lo pertinente es subsanarlos y volver a presentar los títulos. Siendo uno de los títulos previos de división de finca, debe aportarse licencia o declaración municipal de su innecesariedad, lo cual es exigible cualquiera que sea la forma en que la segregación tenga acceso al Registro. No está correctamente formulado el juicio notarial de suficiencia que considera a los comparecientes con facultades bastantes "para el otorgamiento de la presente acta", pues no se reseñan ni identifican las facultades que se pretenden ejercitar.

TRANSACCIÓN

R. 21 diciembre 2016 (BOE 8, 10-I-17: 283)

R. 27 febrero 2017 (BOE 64, 16-III-17: 2887)

Deniegan la inscripción de un auto judicial que homologa un acuerdo transaccional en el que se adjudican fincas. El acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente, en cuyo caso será título que lleva aparejada ejecución, de modo que, si las partes no otorgan voluntariamente escritura, lo procedente será que cualquiera de ellas solicite la ejecución según los artículos 705 y siguientes LEC.

R. 5 abril 2017 (BOE 93, 19-IV-17: 4283)

Deniega la inscripción de un certificado, expedido en 2015 por la letrada de la Administración de Justicia, comprensivo de la sentencia aprobatoria de un convenio privado entre dos cónyuges por el que se liquida el haber y el pasivo ganancial. En 2007 se había dictado previa sentencia de separación entre ellos, en la que se aprobaba el convenio regulador, con excepción de la cláusula relativa a la liquidación de la sociedad conyugal.

Es exigible escritura pública (artículo 3 LH). La evidente falta de conexión entre la acción ahora entablada -que conlleva la liquidación de la sociedad conyugal- y la situación de crisis matrimonial, despojan al nuevo documento de su excepcional habilitación para ser inscrito, al no poder ser considerado como parte del convenio regulador inicialmente propuesto, pero no realizado. La verdadera naturaleza del título presentado no es la de un convenio regulador, sino la de un acuerdo transaccional. Es doctrina de la Dirección que la transacción tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente (si bien en este caso llevará aparejada ejecución).

R. 6 abril 2017 (BOE 94, 20-IV-17: 4321)

Deniega la inscripción de un auto judicial que homologan un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento de disolución de condominio.

El acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente, en cuyo caso será título que lleva aparejada ejecución, de modo que, si las partes no otorgan voluntariamente escritura, lo procedente será que cualquiera de ellas solicite la ejecución según los artículos 705 y siguientes LEC.

R. 17 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6540)

R. 18 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6544)

R. 19 mayo 2017 (BOE 137, 9-VI-17: 6549)

R. 30 mayo 2017 (BOE 148, 22-VI-17: 7127)

Deniega la inscripción de un auto judicial que homologa un acuerdo transaccional en el que se adjudican fincas.

Es doctrina consolidada que el acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente, en cuyo caso será título que lleva aparejada ejecución, de modo que, si las partes no otorgan voluntaria-

mente escritura, lo procedente será que cualquiera de ellas solicite la ejecución según los artículos 705 y siguientes LEC.

UNIÓN DE HECHO

R. 10 mayo 2017 (BOE 127, 29-V-17: 5936)

Admite la inscripción de una venta, otorgada en España por una británica que declara estar soltera, cuyo objeto es una finca ubicada en España que la vendedora manifiesta ser su “vivienda familiar”. No es necesaria.

URBANISMO

R. 13 diciembre 2016 (BOE 4, 5-I-17: 183)

Deniega la inscripción de una rectificación que afecta a fincas resultantes de una agrupación inscrita, que posteriormente fueron aportadas a una reparcelación, también inscrita, de modo que los historiales de las fincas apartadas están hoy cancelados.

La inscripción pretendida daría lugar a una situación contradictoria e incompatible con la actual configuración de las fincas resultantes de la reparcelación inscrita, vulnerando los principios de prioridad, legitimación y tracto sucesivo. Para lograr la rectificación pretendida sería necesario rectificar igualmente el proyecto de reparcelación inscrito, cumpliendo con el procedimiento y requisitos correspondientes.

R. 17 marzo 2017 (BOE 80, 4-IV-17: 3715)

Deniega la inscripción de una escritura por la cual la titular registral de dos fincas, elevando a público un contrato privado anterior, concede a una mercantil un derecho de opción de compra sobre una parte del aprovechamiento urbanístico no materializado de las mismas. En efecto, se acredita la concesión de licencia de edificación para una edificabilidad de 3.475 metros cuadrados sobre un solar de 622, con destino a un edificio de quince viviendas, garajes, trasteros y locales, con la condición de la previa regularización registral de la agrupación de las dos fincas contempladas en el proyecto y la demolición del edificio existente. Se manifiesta que ambas fincas registrales constituyen un complejo inmobiliario, por formar parte de un edificio considerado unitariamente a efectos urbanísticos. Las dos fincas están gravadas con una prohibición de enajenar durante cincuenta años desde el fallecimiento de un causante anterior. Una de ellas está además gravada con una servidumbre de luces y vistas.

La Dirección recapitula su doctrina sobre los requisitos para la inscripción de transferencias de aprovechamiento urbanístico: la legislación urbanística debe admitirlas y, cuando exija licencia administrativa, la misma debe ser previa. Debe identificarse el número de unidades de aprovechamiento correspondiente a la finca afectada antes de la transmisión o distribución, la cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido, la proporción que se le atribuya en relación a la finca de destino, cuantía del aprovechamiento a que queda reducida la finca de origen, identificación de la finca destino.

En el caso resuelto, aun cuando el aprovechamiento total correspondiente a las fincas pueda coincidir con el amparado con la licencia, hace falta certificación administrativa que concrete el aprovechamiento urbanístico correspondiente a las fincas registrales

afectadas, así como en su caso, la circunstancia de estar o no materializado.

Fuera de los casos tasados en que la legislación hipotecaria admite la apertura de folio independiente para el aprovechamiento llamado a materializarse en finca de futura determinación, no puede admitirse el tratamiento como finca registral independiente del aprovechamiento llamado a materializarse en la misma unidad de suelo o edificación propiedad del transmitente. En el caso resuelto, la transmisión del aprovechamiento está permitida por la legislación autonómica (la aragonesa) y deriva en la formación de una comunidad de derechos sobre una unidad perimetral de terreno, que se configurará jurídicamente como una copropiedad por cuotas o un derecho real de sobre o subedificación, sin perjuicio de su definitiva configuración por subrogación real como fincas de atribución privativa en forma de propiedad horizontal o complejo inmobiliario.

El aprovechamiento urbanístico, aun cuando pueda ser objeto autónomo de derechos, no queda libre del condicionamiento jurídico de la finca de la que procede, por lo cual su inscripción separada -si es que pudiera practicarse- sólo podría hacerse arrastrando la prohibición de enajenar y la servidumbre de luces y vistas que gravan las fincas de origen. La Dirección desestima la alegación del recurrente de que el aprovechamiento cedido está exento de la prohibición de enajenar, por constituir un derecho atribuido por el planeamiento con posterioridad. La prohibición de enajenar no limita las demás facultades del dominio, como lo son el aprovechamiento urbanístico y la facultad de edificar. Se limitará sin embargo, la transmisión puramente voluntaria del aprovechamiento como facultad independiente, con independencia de la fecha de aprobación del planeamiento que lo determine, pues no estamos ante un nuevo objeto de derecho atribuido o agregado por la ordenación, sino ante una facultad jurídica susceptible de valoración económica. Varía el contenido económico de la propiedad, pero no su objeto. Por último, la disposición testamentaria que impone la prohibición de enajenar, que debe ser interpretada según la voluntad del causante (artículo 675 Cc), incluye también la constitución de un derecho de opción de compra, el cual sólo será compatible con la prohibición si ambas partes acuerdan demorar su ejercicio hasta que el dominio quede libre de la prohibición, la cual de otra forma, resultaría burlada.

R. 25 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5423)

Suspende la inscripción de una modificación de cantidades en la cuenta de liquidación provisional de un proyecto de parcelación, porque en la certificación de los acuerdos municipales sobre los que se basa consta expresamente que cabe interponer recurso de reposición.

Para practicar un asiento en el Registro en virtud de una resolución administrativa, es necesario que ésta sea firme en vía administrativa; es decir, que contra ella ya no quepa recurso ordinario ante la Administración (en su caso, podrá haber el extraordinario de revisión). En tal caso será inscribible, porque sólo entonces será susceptible de recurso contencioso ante los tribunales, en cuyo procedimiento se podrá pedir anotación preventiva de la demanda en garantía de los derechos de los titulares registrales.

La necesidad de que los acuerdos urbanísticos hayan puesto fin a la vía administrativa como requisito de inscripción, resulta además expresamente de los artículos 1-1 y 2-2 RD 1093/1997 y 65-1-a Ley Suelo 2015.



R. 29 mayo 2017 (BOE 148, 22-VI-17: 7122)

El titular registral de una finca la vendió en documento privado a unos compradores, que la volvieron a vender en otro documento privado. Después fue agrupada con otras, formando en el Registro una nueva finca que se fue vendiendo por participaciones indivisas, y que posteriormente fue incluida en un proyecto de compensación. Unos años más tarde, se inscribe a nombre de los herederos del titular que vendió privadamente. Por último, se dicta una sentencia declarativa firme que condena a elevar a público la primera venta privada, en cuya ejecución se otorga el título cuya inscripción se debate: escritura de elevación a público otorgada, en nombre de los causahabientes del vendedor, por el Juez; y, en nombre de los primeros compradores, por los adquirentes en el segundo documento privado, a quienes el tribunal considera procesalmente legitimados para reclamar la elevación.

La Dirección deniega la inscripción pretendida, por entender que la documentación presentada no es suficiente para reanudar el tracto. El artículo 9 RD 1093/1997 flexibiliza las formas de acreditar la titularidad de las fincas que van a ser reparceladas, estableciendo normas especiales para reanudar el tracto, lo cual podrá hacerse, bien inscribiendo los títulos públicos pendientes de inscripción, bien -en defecto de los mismos- mediante el procedimiento dirigido por la Administración actuante que se incorpora a la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación, que será título hábil para regularizar las titularidades registrales. En el supuesto resuelto parece que se opta por la primera opción, pero lo cierto es que sólo se eleva a público la primera venta. Además, al haberse cerrado el historial de la finca por haberse agrupado con otras, será necesario el consentimiento de todos los propietarios de la finca agrupada para determinar sobre qué cuota deberá recaer el derecho del comprador.

R. 31 mayo 2017 (BOE 150, 24-VI-17: 7272)

Admite la inscripción de una escritura de segregación de una porción de finca. Se aporta certificación municipal de innecesidad de licencia para esta segregación con simultánea cesión gratuita de lo segregado al Ayuntamiento como vial de servicio.

Ciertamente la cesión gratuita es un negocio bilateral que requiere el consentimiento de cedente y cesionario, por lo que no puede inscribirse hasta que no se acredite la aceptación del Ayuntamiento. Sin embargo, es practicable la inscripción del acto previo de segregación con constancia de la condición de destino impuesta por el título administrativo habilitante. La declaración de innecesidad de licencia para segregar una porción con simultánea cesión a viales, lo que afirma es la compatibilidad de la actuación pretendida con el planeamiento; pero no se trata -como entiende la registradora- de una condición con eficacia real suspensiva, sino de una condición de destino urbanístico que deberá reflejarse en el asiento, sin perjuicio de que, cuando se acredite la aceptación por el Ayuntamiento, se haga efectiva la cesión y pueda inscribirse la nueva titularidad del vial.

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

R. 24 abril 2017 (BOE 116, 16-V-17: 5419)

Admite la inscripción de una compraventa de vivienda de protección oficial general, ubicada en el Principado de Asturias, sin necesidad de acreditar que no se supera el precio máximo de venta, ni de aportar contrato visado.

La consecuencia del sobreprecio en una venta de protección oficial es la aplicación de un régimen sancionador, pero no la nulidad, tanto en la legislación estatal (transitoria undécima RD 3148/1978, que remite a los artículos 153 y 154 Reglamento de VPO) como en la legislación autonómica aplicable al supuesto (Ley 3/1995 de sanciones en materia de vivienda).

Por otro lado, en el ámbito asturiano tampoco puede mantenerse la obligación de aportar contrato visado. La adicional tercera de la Ley asturiana 2/2004 de Medidas Urgentes en Suelo y Vivienda, regula los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración competente, pero en ningún momento exige el visado como requisito de inscripción de las ventas de VPO.

Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

PROPIEDAD HORIZONTAL

Es inscribible el acuerdo de la junta de prohibir el uso turístico de los elementos privativos, aunque se haya tomado con la oposición de los propietarios afectados

RESOLUCIÓN JUS/167/2017, de 6 de febrero (DOGC 14.02.2017)

RESUMEN.- La junta de propietarios toma el acuerdo de que ninguno de los departamentos del inmueble podrá destinarse a la actividad de uso turístico, con el voto a favor de propietarios cuyas cuotas superan los cuatro quintos del total y con el voto en contra de siete propietarios. La registradora de la propiedad suspende la inscripción porque el acuerdo no cuenta con el consentimiento de todos los propietarios, que considera necesario por contener una limitación de uso de los elementos privativos, acto que afecta de forma individualizada a los derechos de los propietarios. A tal efecto, siguiendo la STSJC de 22 de julio de 2013, distingue entre límites y limitaciones del dominio: los primeros delimitan el contenido ordinario del derecho y no necesitan un acto especial de constitución porque los establecen normas legales; las segundas, comportan una eliminación del contenido propio del derecho de propiedad y, siendo de interpretación restrictiva, les hace falta un acto especial de constitución. Añade consideraciones sobre el principio registral de tracto sucesivo, sobre que nadie puede ser privado de las facultades derivadas del derecho de propiedad si no es por disposición legal o por renuncia propia, así como sobre las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos por parte de la junta de propietarios.

La DGDEJ revoca la nota de calificación. Pese a coincidir con la registradora en que «sólo la ley o la voluntad del propietario pueden restringir las facultades atribuidas al titular por el derecho de propiedad» (FD 1.3) conforme al art. 545-1 CCCat, no obstante entiende que «la situación de comunidad especial que constituye la propiedad horizontal tiene la consideración de límite ordinario del derecho de la propiedad y es una restricción de interés privado» y que «el propietario de un elemento privativo tiene, sobre este elemento, las más amplias facultades posibles sin otras limitaciones que las propias del objeto sobre el cual recae y las que queden determinadas por la ley o el título de constitución» (FD 1.3), según deduce de los arts. 545-3, 553-1, 553-36 y 553-37. Por lo tanto, entre los límites normales de derecho de propiedad horizontal entiende que se encuentran los que regulan el uso y el aprovechamiento de los elementos privativos contenidos en el título constitutivo de aquella, restricciones que la propia ley autoriza establecer y que vinculan a los propietarios y a terceros «siempre que consten inscritas en el Registro de la Propiedad» (FD 2.1).

No obstante, lo que se cuestiona es si estas restricciones pueden establecerse *ex novo* sin el consentimiento del propietario del elemento privativo afectado, que adquirió en un momento en que no existía la restricción que ahora se establece. Dicho consentimiento expreso era exigido en la redacción del art. 553-25.4 anterior a la Ley 5/2015, de 13 de mayo, que decía: «Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y disfrute de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente». En cambio, en la redacción vigente dice: «Los acuerdos que [...] priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes [...] requieren el consentimiento de los propietarios afectados».



La propia DG se lamenta de que no se especifique el régimen de las facultades de uso y disfrute de los elementos privativos y de que el Preámbulo de la Ley 5/2015 no haga referencia alguna a la novedad en la modificación del precepto, máxime cuando es una cuestión de gran interés social. En la duda, debería prevalecer el principio general de que nadie puede ser privado de las facultades que le otorga el derecho de propiedad si no es por disposición legal expresa o por voluntad propia.

Sin embargo, a dicha conclusión objeta: «a) que prácticamente impone la unanimidad para la adopción de los acuerdos que interesan en este recurso; b) que limitar el uso como vivienda de uso turístico de una vivienda no es propiamente limitar el uso como vivienda, ya que esta se puede explotar todavía como tal para uso propio o en régimen de arrendamiento o de arrendamiento de temporada, de manera que más que de una limitación de uso podríamos hablar de una delimitación de uno de los usos posibles; c) que la propiedad de una vivienda en un edificio en régimen de propiedad horizontal, estructuralmente sometida a la comunidad, nunca puede ser del todo equiparada a una propiedad ordinaria sobre una vivienda individual y, todavía, d) que una de las grandes novedades de la regulación de la propiedad horizontal en el Código civil de Cataluña es la laminación de la regla de la unanimidad. Para acabar todavía tendríamos que admitir que la Ley 5/2015, de 13 de mayo, con más o menos fortuna, ha querido alterar el régimen de la ley 5/2006 y, en una interpretación literal, no exige el consentimiento para la limitación del uso» (FD 2.7).

Por otra parte, la DG considera que la ley, a la hora de conjugar los intereses particulares de los propietarios y los de la comunidad se decanta por estos, «pero ni la comunidad puede limitar sustancialmente el uso de los elementos privativos por mucho que lo haga con la mayoría más que cualificada del 80%, ni uno o diversos propietarios en minoría pueden disfrutar de una especie de derecho de veto que impida a la mayoría la adopción de acuerdos. Así, si un propietario ha adquirido su elemento privativo en un momento en que el Registro no aparecían las normas de comunidad que le limitaban un uso determinado del mismo, no puede ser privado de ese uso contra su voluntad, pero tampoco puede impedir, con su voto contrario, que la norma de comunidad aprobada por la mayoría del 80% o más acceda al Registro de la Propiedad de manera que, una vez inscrita, los futuros adquirentes no podrán alegar desconocimiento y se verán privados del uso que las normas limitan o prohíben. Dicho de otra manera, los propietarios disidentes podrán seguir usando el elemento privativo de manera ajustada a la que establecían los estatutos cuando lo adquirieron mientras sean propietarios (.../...). Ahora bien, cuando transmitan el inmueble, los adquirentes, que tendrán conocimiento de la limitación, ya no podrán iniciar el uso prohibido o, si es el caso, tendrán que cesar en este uso. Se exceptúan, claro está, los acuerdos que priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes (jardines, terrazas, solares, aparcamientos) que nunca afectarán ni de presente ni de futuro a los elementos privativos si sus titulares no lo consienten expresamente porque así lo establece de una manera clara el artículo 553-25.4 CCC» (FD 2.8).

Finaliza considerando la DG que el acuerdo tiene como objetivo evitar que en un edificio destinado a vivienda de vecinos se ejerza una actividad de explotación de la vivienda para uso turístico, en consonancia con el art. 68.4 del Decreto 159/2012, de 20 de noviem-

bre, sobre viviendas de uso turístico, que exige, para autorizar dicho destino, que los estatutos de la comunidad no prohíban tal uso. Por último, concluye que la limitación de uso no es «una limitación absoluta a usar la vivienda como tal, sino a que sea explotada en una de las muchas formas de explotación posibles en este concepto. Así pues, nos tenemos que decantar por aceptar que el cambio normativo permite admitir que la inscripción del acuerdo comunitario debatido es posible con la condición de que los propietarios disidentes, si ya ejercen la actividad, no pueden ser compelidos a cesarla mientras no transmitan sus elementos privativos» (FD 3.3).

COMENTARIO.- Importante resolución que fija la posición de la DGDEJ sobre la polémica cuestión del régimen de mayorías necesario para adoptar un acuerdo que limite las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos tras la reforma del art. 553-25.4 del CCCat realizada por la Ley 5/2015. La redacción actual, como se ha visto, no aclara la cuestión; de hecho, ni la trata, con el agravante de que se trata de un tema, el de los acuerdos de la junta limitativos del uso de los elementos privativos, que había provocado mucha controversia jurídica, tanto en el ámbito de la DGDEJ (RR de 21 de abril de 2010, 9 de octubre de 2014, 14 de octubre de 2014, 14 de julio de 2015 y 15 de octubre de 2015, entre otras), como en el del TSJC (SS 17/2012, 33/2016 y 37/2016). En dichas resoluciones, todas ellas aplicables a acuerdos adoptados antes de la última reforma de la norma, la DGDEJ requería el consentimiento de todos los propietarios afectados para prohibir el uso turístico y el TSJC se inclinaba a favor de permitir dicho uso, siempre que no fuera anómalo o antisocial, sin entrar en el examen del precepto en cuestión.

Tras la Ley 5/2015, el art. 553-25.4 parece excluir de su ámbito a los elementos privativos, pues especifica que se aplica a los elementos comunes. Por lo tanto, siendo el precepto una norma especial en relación con el régimen general de adopción de acuerdos, y teniendo en cuenta el texto anterior a la reforma, entiendo que en cuanto a los elementos privativos debe aplicarse el régimen general. Comparto la crítica de la DG al legislador de que debería haber aclarado la cuestión, dada la relevancia de la reforma, en el propio articulado o, quizás mejor, aludir a ella en el Preámbulo, omisión que no veo justificable. Pero me parece indudable que la intención del legislador ha sido, guste más o menos, la de excluir la necesidad del consentimiento del propietario afectado. De lege ferenda podría discutirse si es justificable que la ley exija el consentimiento del propietario afectado para limitar sus facultades de uso sobre los elementos comunes y, en cambio, no la exija para los elementos privativos, cuando sobre estos el propietario goza de un derecho de propiedad en exclusiva (art. 553-1.1). El hecho es que los arts. 553-10.2 c) y 553-11. 1b) y 2e) permiten que los estatutos contengan limitaciones de uso de los elementos privativos y que prohíban determinadas actividades y que no se exige para ello el consentimiento de los propietarios afectados.

Lo que no comparto con la DG es la “condición” de que la limitación del uso afecte solamente a los propietarios que adquieran con posterioridad a la inscripción de la norma estatutaria en el Registro de la Propiedad. Es obvio que la nueva norma estatutaria no puede inscribirse incorporando dicha condición y que el régimen de cumplimiento de la misma queda fuera del ámbito de la DGDEJ, que debe limitarse a dilucidar si la norma es inscribible o no, sin entrar a determinar sus efectos; corresponderá a los tribunales resolver si la norma es aplicable al propietario actual (lo que efectivamente es poco plausible si está protegido registralmente) y en qué medida

lo será a los futuros adquirentes en función de su título de adquisición. Parece que la DG intenta paliar la posible incongruencia de una norma que exige mayores requisitos para las limitaciones de uso de los elementos comunes que para las de los elementos privativos; pero lo cierto está fuera de lugar cualquier consideración de la DG al respecto.

CANCELACIÓN DE CENSOS

La acreditación de la vigencia de un censo conforme a la DT 3ª de la Ley 6/1990, no es obstáculo para que se pueda cancelar si el censo se ha extinguido por no haberse dividido en los términos de la DT 13ª de la Ley 5/2006.

Resolución JUS/952/2017, de 26 de abril (DOGC 10 de mayo de 2017)

RESUMEN.- De una finca gravada con un censo se segregó en 1973 una porción de terreno, sin dividirse el censo entre ambas; la segregación fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, sobre la finca segregada se declaró un edificio en régimen de propiedad horizontal. La titular del derecho de censo acreditó su vigencia de conformidad con la DT 3ª de la Ley 6/1990, de 16 de marzo. Los propietarios de una de las viviendas del edificio en régimen de propiedad horizontal solicitan la cancelación del censo al amparo de la DT 13ª de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, por no constar inscrita la división del censo tras la segregación realizada en 1973.

El registrador de la propiedad deniega la cancelación solicitada por los siguientes argumentos: a) la división en propiedad horizontal no es una división de finca; b) la prescripción del censo no puede ser apreciada directamente por el registrador; c) habiéndose acreditado la vigencia del censo por nota marginal, esta nota tiene presunción de exactitud y está bajo la salvaguardia de los tribunales.

La DGDEJ estima el recurso recayente sobre la nota de calificación en base a que: a) no es la división horizontal sino la segregación anterior a ella la que motivó la obligación de dividir el censo; b) no se está ante una cuestión de prescripción del censo, sino de extinción por ministerio de la ley; c) la constancia registral de la acreditación de vigencia del censo no es ningún obstáculo para la cancelación que se pretende, como especifica la DT 13ª de la Ley 5/2006 y reconocen las RRDGDEJ de 16 y 17 de julio de 2007, 12 de junio de 2014 y 4 de marzo de 2015.

En relación con la naturaleza de la DT 13ª, aclara que dicha norma «dispone claramente y sin dudas interpretativas que si la escritura de división no se inscribe en el plazo de un año -plazo que venció el 1 de julio de 2007- los censos se extinguen. La norma sustantiva dispone el efecto extintivo de un derecho real y, por lo tanto, la publicidad registral solo hace referencia a una apariencia de derecho vigente: existe una inexactitud registral porque se publica un derecho que en el ámbito sustantivo ya se ha extinguido ope legis. En los casos en que la misma norma sustantiva disponga la extinción de un derecho por disposición directa de la ley, el artículo 82 de la Ley hipotecaria autoriza a cancelarlo registralmente sin que haga falta ningún otro pronunciamiento, y por ello no se contravienen ninguno de los principios que menciona el registrador en su nota» (FD 2.6). Y añade: «Las inscripciones relativas a los derechos extinguidos que constan en el registro de la propiedad están bajo la salvaguardia de los tribunales si no hay una norma expresa que autorice a can-

celarlas. Mientras el apartado segundo de la disposición transitoria 13ª tiene carácter sustantivo y dispone la extinción de los censos, el apartado primero de la misma disposición tiene carácter adjetivo y dispone cómo efectuar la cancelación registral. La norma expresa es, por remisión del apartado segundo, el apartado primero, que especifica que la cancelación se tiene que hacer “a simple petición de los propietarios de la finca gravada, de acuerdo con lo que establece la legislación hipotecaria y sin que haya que tramitar el expediente de liberación de cargas”. La instancia presentada [...] se corresponde con esta petición, y por lo tanto, se ajusta a derecho la solicitud de cancelación registral de los mencionados censos» (FD 2.7).

FIDEICOMISO CONDICIONAL

No puede cancelarse por no ser posible acreditar su extinción por renuncia de todos los posibles fideicomisarios ni por incumplimiento de la condición.

Resolución JUS/953/2017, de 26 de abril (DOGC 10 de mayo de 2017)

RESUMEN.- Se otorga escritura de compraventa de un inmueble que el vendedor había adquirido por legado de su padre, sujeto a un fideicomiso condicional consistente en que si el fiduciario falleciere sin descendientes, el usufructo correspondería a su viuda y la nuda propiedad a los nietos del causante (y sobrinos del fiduciario) existentes al fallecimiento de este último. En el momento de la venta, la esposa del fiduciario y las dos nietas existentes renuncian «a cualquier derecho o legado expectante que les pudiera corresponder al fallecimiento» de su esposo y tío respectivo. El notario autorizante levanta acta de notoriedad en la que declara notorio que las nietas renunciantes son las únicas nietas del causante y que la hermana del fiduciario (y madre de dichas nietas) está imposibilitada para tener más descendencia.

La registradora de la propiedad inscribe la compraventa pero suspende la cancelación del fideicomiso condicional, por aplicación del art. 426-41 CCCat, hasta que fallezca el fiduciario dejando descendientes o, si muere sin descendientes, se acredite que las nietas renunciantes son las únicas nietas del causante existentes en aquel momento. Los recurrentes (transmitente y adquirente) alegan que no debe aplicarse el art. 426-41 sino el 426-12, que regula como causas extintivas del fideicomiso que no quede ningún fideicomisario con derecho al fideicomiso y que todos los posibles fideicomisarios renuncien a su derecho, causas ambas que según los recurrentes concurren en el presente supuesto.

La DGDEJ confirma la nota de calificación. En primer lugar plantea cuál es la legislación aplicable, pues el testador falleció en 2006, antes de la entrada en vigor del libro cuarto del CCCat. Sin embargo, considera que este cuerpo legal es aplicable en base a la DT 4ª, apartado 2, que dispone que «las normas del libro cuarto relativas a los efectos del fideicomiso mientras está pendiente se aplican a los fideicomisos ordenados en sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de esta Ley».

Sobre la cuestión de si es aplicable el art. 426-12, como pretenden los recurrentes, o el art. 426-41, como alega la registradora, la DG se decanta por el primero, ya que el art. 426-41 «se refiere a la disposición de bienes del fideicomiso con consentimiento de los fideicomisarios y no a la extinción del fideicomiso y, si bien puede justificar la inscripción del dominio a favor del adquirente a quien el fiduciario transmite



los bienes fideicomisos, puede suscitar también la cuestión de que, si la registradora admite con relación a esta disposición que concurren “todos los fideicomisarios que efectivamente lleguen a serlo”, también tendría que admitir esta concurrencia con relación a la renuncia al fideicomiso» (FD 1.2). Al considerar aplicable el art. 426-12, lo que debe plantearse según la DG es si se ha producido alguna de las causas extintivas que enumera el precepto; adicionalmente, podría solicitarse la cancelación de los asientos relativos al fideicomiso si se acredita el incumplimiento de la condición por acta de notoriedad, sin necesidad de acudir al expediente de liberación de cargas.

En el caso que nos ocupa la DG resuelve que el fideicomiso no se ha extinguido, ya que:

a) Por una parte, se desconoce si han renunciado al fideicomiso todos los posibles fideicomisarios (como exige el art. 426-12.c): el momento en que se tiene que valorar la concurrencia de todos ellos es al fallecimiento del fiduciario, sin que en el fideicomiso condicional pueda anticiparse el momento de la delación del fideicomiso. En realidad, añade, la evidencia de que no haya más nietas del testador con anterioridad a la defunción del fiduciario solo se producirá en el caso y a partir del fallecimiento de la hermana del fiduciario, porque la imposibilidad física de esta para tener descendencia no es suficiente para excluirla, pues puede adoptar otros hijos, los cuales tendrán la consideración de nietos del testador en virtud del art. 235-47 y ostentarán la condición de fideicomisarios.

b) Por otra parte, tampoco se ha extinguido el fideicomiso por incumplimiento de la condición (art. 426-12.d): la imposibilidad física de la hermana del fiduciario para tener descendencia «no quiere decir -por las razones apuntadas- que sea evidente que el acontecimiento previsto como condición no pueda ya ocurrir, ni permite, por lo tanto, pensar en un “incumplimiento por equivalencia de la condición” que justifique la extinción anticipada del fideicomiso (FD. 2.3).

Por lo tanto, la actuación de la registradora es correcta al inscribir la renuncia de los fideicomisarios actualmente existentes, que es irrevocable, sin cancelar la carga fideicomisaria hasta que llegue el momento en que se tenga que valorar si se ha extinguido el fideicomiso por renuncia de todos los fideicomisarios o por incumplimiento de la condición.

COMENTARIO.- No resulta fácil extraer una doctrina de interés general de esta resolución, pues parece claro que en el supuesto de hecho no concurren las circunstancias necesarias para poder considerar extinguido el fideicomiso: tanto el fiduciario como su hermana viven todavía, por lo que ambos aún pueden tener descendencia (en el caso del fiduciario esta circunstancia impide, de momento, el incumplimiento de la condición; en el caso de su hermana, la determinación de todos los posibles fideicomisarios a efectos de la renuncia). Es de interés práctico la declaración de que el incumplimiento de la condición puede acreditarse por acta de notoriedad cuya presentación en el registro de la propiedad sea suficiente para inscribir la cancelación del fideicomiso sin necesidad de acudir al expediente de liberación de cargas, aunque es un procedimiento que ya se viene utilizando en la práctica notarial y registral.

Por otra parte, podría discutirse el criterio de la DG para determinar si la ley aplicable al supuesto en cuestión es el CCCat y no el CS. La DG justifica la aplicación del CCCat en que nos hallamos ante un caso relativo a los efectos del fideicomiso mientras está pendiente, pero

seguidamente no aplica, como pretende la registradora, el art. 426-41 (que puede entenderse que hace referencia a un efecto del fideicomiso mientras está pendiente, en concreto a las facultades dispositivas del fiduciario), sino el art. 426-12, que hace referencia a la extinción del fideicomiso. La cuestión tiene su quid, ya que el art. 249 CS no recogía como causa de extinción del fideicomiso la renuncia de todos los posibles fideicomisarios; sin embargo, pese a la omisión legal, no parece que fuera improcedente admitirla (y así lo declara la propia resolución obiter dicta). La RDGDEJ de 26 de julio de 2012 optó por aplicar la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión a una renuncia del fideicomisario producida después del fallecimiento de la fiduciaria, por lo que la normativa aplicable dependerá del momento en que se produzca la renuncia de los fideicomisarios: si tiene lugar mientras el fideicomiso está pendiente, se aplicará la norma vigente en el momento de la renuncia; si se produce una vez deferido el fideicomiso, regirá la vigente en el momento de la apertura de la sucesión del fideicomitente.

DOCTRINA REGISTRAL

La prioridad registral entre documentos incompatibles se rige por la fecha de la inscripción

Resolución JUS/1210/2017, de 15 de mayo (DOGC 1 de junio de 2017)

RESUMEN.- Se plantea la inscripción de una escritura de aceptación de herencia otorgada por la esposa del causante (fallecido en 2016), como heredera universal de este, en base a un testamento otorgado en 1979. Se da la circunstancia de que en el Registro de la Propiedad se presenta (al parecer, después de la anterior) otra escritura de aceptación de herencia del mismo causante, otorgada por su hermano nombrado en el citado testamento como sustituto vulgar de la heredera, en la que se acredita que el causante y su esposa se habían divorciado en 1992. La registradora de la propiedad inscribe esta última escritura y deniega la inscripción de la otorgada por la que fuera esposa del causante por no figurar ya la finca a nombre de este. La otorgante solicita la calificación sustitutoria, que confirma la nota de calificación alegando el principio de tracto sucesivo, y recurre la nota ante la DGRN aduciendo la vulneración del principio de prioridad, por ser posterior al suyo el asiento de presentación de la escritura otorgada por el hermano del causante y por haber abonado el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

La DGDEJ confirma la nota de calificación. Como cuestión previa resuelve sobre su propia competencia frente a la DGRN de acuerdo con el art. 1 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, que le atribuye la competencia «siempre que las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de manera exclusiva o junto con otros motivos, en normas del derecho catalán o en su infracción». En el caso presente, argumenta que la nota de calificación y el recurso versan sobre una sucesión que se rige por las normas del derecho civil de Cataluña y que la recurrente ha alegado la aplicación de los arts. 411-1 y 411-5 CCCat; además, a esta sucesión le es también aplicable el art. 422-13.1, relativo a la ineficacia sobrevenida de la disposición a favor de la esposa del causante por divorcio.

Entrando en el fondo del recurso, define el principio de prioridad como aquel en virtud del cual los títulos o los derechos que acceden al registro prevalecen, en caso de conflicto, frente a aquellos títulos y derechos que no han accedido al mismo o han accedido con

posterioridad, vistas las fechas de presentación en el Libro Diario. No obstante, añade: «El criterio de prioridad en la actualidad sólo se puede fundamentar en la fecha de la publicidad registral, momento en el cual se produce la eficacia del derecho frente a terceros de forma plena y absoluta, y que no es otro que con la inscripción. [...] Los efectos del principio de prioridad hacen que haya una exclusión de un derecho frente al otro ya sea porque los derechos son incompatibles entre sí, o bien, porque uno se ha inscrito primero y el otro no, y disfruta de rango preferente en virtud de la normativa hipotecaria. Es más, tenemos que destacar que la prioridad, en cuanto a la eficacia de un derecho inscrito frente a otro no inscrito, es realmente lo que se llama oponible, esencial en un registro de derechos, que está reforzado por la inscripción ante un registro. Y esta inscripción y su eficacia hace que ya no se hable de prioridad, sino de oponibilidad, ya que un derecho inscrito deja de disfrutar de prioridad con respecto a cualquier otro, esté inscrito o no, y se haya constituido este último antes o no» (FD 2.2). Y añade que «el hecho de discutirse si tiene que prevalecer una u otra escritura de aceptación y adjudicación de herencia, firmadas en momentos diferentes en el tiempo, no corresponde a esta Dirección General [...] sino a] los tribunales de justicia» (FD 2.3). En definitiva, considera que la nota de calificación «se adecua plenamente al principio básico de nuestro sistema registral, que determina que los asientos extendidos en el Registro de la propiedad están bajo la salvaguardia de los tribunales, de acuerdo con lo que se dispone en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria» (FD 2.4).

En cuanto a la cuestión relativa a los derechos que confiere el haber liquidado el IIVTNU, declara que no otorga *per se* un derecho de propiedad o dominio sobre un determinado bien inmueble, ya que los actos inscribibles están perfectamente numerados en el art. 2 LH y, por lo que respecta a la sucesión hereditaria, en el art. 14 LH.

COMENTARIO.- Deduzco de esta resolución la doctrina de que la prioridad registral no debe regirse por la fecha del asiento de presentación sino por la de la inscripción: «el criterio de prioridad en la actualidad sólo se puede fundamentar en la fecha de la publicidad registral, momento [...] que no es otro que con la inscripción». Esta doctrina contradice no solo el criterio de la doctrina, sino también el de la DGRN.

Autores como ROCA-SASTRE o GARCÍA GARCÍA lo dicen con claridad. El primero define el principio de prioridad como aquel en virtud del cual «el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango, a cualquier acto registrable que, siendo incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al Registro o lo hubiere sido con posterioridad aunque dicho acto fuese de fecha anterior» (Derecho Hipotecario, 6ª edición, 1968, tomo II, pág. 147). El segundo autor lo define de forma similar, señalando que la prevalencia de un título frente a otro se determina «atendiendo a las fechas de presentación en el Libro Diario» (Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, 1ª edición, 1993, tomo II, pág. 552).

Una de las consecuencias del principio de prioridad es que el registrador de la propiedad debe despachar los documentos por orden de su presentación en el Registro. Así lo señala, entre otras, la RDGRN de 8 de noviembre de 2003: «Como ha dicho numerosísima doctrina de este Centro Directivo, el registrador ha de despachar los documentos referentes a una finca por el orden de su presentación, salvo el caso de que la inscripción de un documento presentado posteriormente sea presupuesto para la del documento presentado

con anterioridad» (FD 2). También admite la DGRN que, para calificar, el registrador pueda tener en cuenta circunstancias resultantes de documentos presentados posteriormente, pero sin que ello pueda dar lugar a prescindir del orden de despacho de los documentos. Así lo dice claramente, entre otras y como más reciente la RDGDRN de 6 de julio de 2011: «Los registradores deben y pueden tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, con el fin de evitar asientos inútiles [...]. Ahora bien, esta misma doctrina ha exigido siempre que se respete el principio de prioridad registral, de modo que la calificación conjunta de los documentos presentados no puede comportar una alteración en el orden de despacho de los mismos» (FD 3).

Es interesante citar también, aunque sea más antigua, la RDGRN de 31 de marzo de 1950, por su similitud con el caso que examinamos. Se presentan dos escrituras de manifestación de herencia contradictorias en relación con la misma finca; en la segunda se hacía una interpretación distinta del mismo testamento que era el título de la sucesión. El registrador denegó la inscripción del título primeramente presentado, pues apreció un defecto que resultaba del documento presentado con posterioridad, y la DG confirmó su nota de calificación.

En el caso que nos ocupa, y según esta doctrina, la registradora debería haber actuado de la misma forma: denegar la inscripción del título primeramente presentado en base a las circunstancias que resultan acreditadas del título presentado en segundo lugar. Imagino que la registradora debió de dudar sobre si podía apreciar por sí misma la ineficacia sobrevenida de la disposición a favor de la que fue esposa del causante o si tal ineficacia debía ser declarada judicialmente. La cuestión ha sido resuelta en el primer sentido por la RDGDEJ JUS/2666/2016, de 21 de noviembre, pero esta resolución es posterior a la nota de calificación.

Por otra parte, es dudoso que la competencia para resolver este recurso corresponda a la DGDEJ y no a la DGRN, como consideró la recurrente, pues el recurso versa sobre el principio de prioridad registral. La DGDEJ se basa para asumir la competencia en que la recurrente cita (quizás de pasada) preceptos generales del CCCat (arts. 411-1 y 411-5) y en que lo que se trata de inscribir o no es una escritura de aceptación de herencia, aunque la cuestión que se dilucida es puramente registral, como se ha visto.

FIDEICOMISO CONDICIONAL

En el fideicomiso otorgado para el supuesto de morir el fiduciario sin hijos, solo se puede conocer si se ha cumplido o no la condición al fallecimiento de aquel.- SUSTITUCIÓN VULGAR EN FIDEICOMISO.- La prevista para el caso de premoriencia incluye el supuesto de renuncia.

Resolución JUS/1203/2017, de 17 de mayo (DOGC 02.06.2017)

RESUMEN.- Se solicita la cancelación de un fideicomiso condicional para el caso de que el fiduciario muera sin dejar hijos o descendientes o que estos no lleguen a la edad de testar, tras la renuncia de los hermanos del fiduciario. La cláusula fideicomisaria, contenida en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada en 1930, dice literalmente que «los futuros consortes [y futuros padres del actual fiduciario], con el deseo de evitar una muerte intestada, preventi-



vamente por herederos instituyen a los hijos legítimos y naturales que al ocurrir su defunción dejen, pero no todos juntos, sino el uno después del otro, por orden de sexo y primogenitura, de manera que excluyan los hombres a las mujeres y los mayores a los menores, y por igual orden sustituidos para el caso de no ser herederos, o bien de serlo o morir antes de llegar a la edad de testar, o después, pero sin dejar hijos u otros descendientes legítimos y naturales o con ellos ninguno de los cuales llegue a la edad de testar y teniendo en cuenta que en caso de morir cualquiera de los llamados a la herencia antes del momento en que se abra a su favor la sucesión, dejando, sin embargo, hijos u otros descendientes legítimos o naturales, es su voluntad que ocupe el lugar de su padre o madre premuerto...».

En 1977, habiendo fallecido ambos causantes, el hijo primogénito aceptó la herencia y sus hermanos renunciaron «muy expresamente a todos los derechos que les pudieran corresponder como fideicomisarios». Dichas renunciaciones constan en el Registro de la Propiedad, según informa la registradora de la propiedad actual, aunque también declara que el gravamen fideicomisario sigue vigente y, por lo tanto, suspende la solicitud de su cancelación, porque no consta la renuncia de todos los posibles fideicomisarios ni la determinación de estos y, por lo tanto, por no darse las circunstancias exigidas por el artículo 426-12 CCCat. En particular aduce que, «al haber renunciado algunos de los fideicomisarios posibles, el llamamiento pasa a los siguientes, es decir, a los sustitutos vulgares» por el orden establecido «y así hasta que se acredite quienes son los fideicomisarios precisamente cuando muera el fiduciario sin hijos, si es que muere sin hijos». La recurrente, hija del fiduciario actuando por poderes de éste, alega que la registradora hace una interpretación extensiva de la cláusula que impone el fideicomiso, porque la cláusula habla siempre de premoriencia, pero nunca de renuncia.

La DGDEJ confirma la nota de calificación. En el FD 1 resuelve a favor de su competencia, pues el recurso se interpuso ante la DGRN, competencia que califica como incuestionable a la vista del art. 1 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, ya que la calificación impugnada y el recurso versan sobre una materia regulada por las normas catalanas. En particular, es aplicable la Compilación de Derecho Civil de Cataluña ya que la sucesión en cuestión se abrió en 1976 y la DT 4ª de la Ley 10/2008, de 10 de julio, prevé que los fideicomisos se rigen por el derecho vigente en el momento de la muerte del fideicomitente.

En cuanto a la interpretación de la cláusula capitular, la DG declara que se trata del fideicomiso condicional si sine liberis decesserit típico de nuestro derecho tradicional, que tenía como objetivo evitar que los bienes de la herencia salieran de la familia si el heredero primeramente llamado moría sin hijos. Por ello, «el momento en que queda determinado el cumplimiento o incumplimiento de la condición es el de la defunción del fiduciario, de acuerdo con el artículo 163 CDCC y de acuerdo, sobre todo, con la lógica de las sustituciones fideicomisarias. Tanto es así que en los fideicomisos condicionales no se puede anticipar la delación ni siquiera por la renuncia del fiduciario a favor del fideicomisario. En el caso presente, el hecho de que los tres hermanos del fiduciario, posibles fideicomisarios, hubieran renunciado a sus derechos los vincula a ellos en los términos actualmente previstos por el artículo 426-41 del CCC, pero no a sus descendientes que serán llamados como fideicomisarios en virtud de las sustituciones vulgares en el fideicomiso que se establecieron por la fideicomitente. La interpretación que hace la recurrente de la cláusula de sustitución vulgar en el fideicomiso, que circunscribe a la

premoriencia del fideicomisario a la fideicomitente lleva al absurdo; y la que hace en el sentido de limitar la sustitución vulgar al caso de la premoriencia porque no se menciona la renuncia es contraria a la dicción literal del art. 155.1 de la CDCC» (FD 4.3). Por otra parte, tal interpretación de la cláusula en cuestión ha sido consolidada consuetudinariamente por la tradición jurídica catalana y en particular por la propia DGDEJ en sus RR de 22 de octubre de 2007 y 26 de abril de 2017.

COMENTARIO.- En el presente supuesto concurren cinco instituciones sucesorias distintas, que perseguían la finalidad de mantener el patrimonio familiar íntegro en el seno de la familia: un heredamiento preventivo, una sustitución vulgar, una sustitución pupilar, un fideicomiso condicional y una sustitución vulgar en fideicomiso.

El heredamiento preventivo resulta del inicio de la cláusula condicional, al decir: «los futuros consortes, con el deseo de evitar una muerte intestada, preventivamente por herederos instituyen a los hijos legítimos y naturales que al ocurrir su defunción dejen», por el orden que indican. Dicho heredamiento a favor de los hijos podía quedar desvirtuado por un testamento otorgado por los heredantes, circunstancia que no se ha producido en el caso que nos ocupa, por lo que ha devenido eficaz.

La sustitución vulgar se prevé al disponer «por igual orden sustituidos para el caso de no ser herederos». Se está nombrando uno o varios sustitutos vulgares al fiduciario primeramente designado (o a los que le sustituyan vulgarmente); nombramiento que no surtió efecto al haber llegado a heredar dicha persona.

La sustitución pupilar resulta de la expresión «o bien de serlo o morir antes de llegar a la edad de testar», circunstancia que tampoco se ha producido pues el fiduciario ha sobrevivido a los 14 años.

El fideicomiso condicional se ordena al decir que se aplicará el mismo orden de llamamientos para el caso de que los hijos designados lleguen a ser herederos y mueran después de llegar a la edad de testar pero sin dejar hijos u otros descendientes legítimos y naturales o con ellos ninguno de los cuales llegue a la edad de testar. A primera vista podría dudarse sobre si estamos o no ante un verdadero fideicomiso, ya que no se establece claramente el gravamen que se impone al fiduciario de no poder disponer de los bienes de la herencia y de que, si se cumple la condición, dichos bienes hagan tránsito a los fideicomisarios; gravamen cuya existencia no puede presumirse, siguiendo la máxima tradicional de preferir la interpretación menos limitativa de la libertad de disposición (contra fideicomissum semper est in dubio iudicando). Sin embargo, el simple hecho de nombrar a una o varias personas como herederas para el caso de que el heredero que efectivamente llegue a heredar fallezca sin hijos, conlleva que este quede inevitablemente gravado, salvo que se le autorice a disponer de los bienes en concepto de libres de dicha condición, y que estemos efectivamente ante un fideicomiso condicional.

Tanto bajo la CDCC (art. 174) como actualmente en el CCCat (art. 426-16), para que se considere cumplida la condición y tenga lugar la delación a favor de los fideicomisarios se requiere que los hijos del fiduciario sobrevivan a éste, de manera que para que se pueda considerar cumplida la condición no es suficiente que el fiduciario tenga hijos (circunstancia que se da en el supuesto que nos ocupa), sino que, además, alguno de dichos hijos tiene que sobrevivirle. Por

lo tanto, hasta el fallecimiento del fiduciario no es posible saber si la condición se ha cumplido o no.

No obstante, si los fideicomisarios estuviesen perfectamente determinados y renunciasen al fideicomiso, este se podría considerar como extinguido y cancelarse del Registro de la Propiedad, al amparo de lo dispuesto actualmente en el art. 426-12.c). Sería el caso, por ejemplo, de que se hubiera designado como fiduciario a A y como fideicomisarios únicamente a B y a C. Si B y C renuncian al fideicomiso, este se habrá extinguido sin necesidad de esperar a si la condición se cumple o no.

Pero ello exige que estén perfectamente determinados todos los fideicomisarios. En el presente caso, los fideicomisarios son, por una parte, los hermanos del fiduciario (al decir «y por igual orden sustituidos para el caso de no ser herederos, o bien de serlo o morir antes de llegar a la edad de testar, o después, pero sin dejar hijos u otros descendientes»), que están perfectamente determinados ya que ambos padres están muertos; pero, además, son fideicomisarios los descendientes de los hermanos (cuando dice «y teniendo en cuenta que en caso de morir cualquiera de los llamados a la herencia antes del momento en que se abra a su favor la sucesión, dejando, sin embargo, hijos u otros descendientes legítimos o naturales, es su voluntad que ocupe el lugar de su padre o madre premuerto». En este último caso se entiende que ha ordenado una sustitución vulgar en fideicomiso, recogida en los arts. 171 CDCC («El testador podrá disponer una sustitución vulgar en fideicomiso, o sea sustituir vulgarmente al fideicomisario llamado para el caso de que éste no llegue a serlo efectivamente por no poder o no querer» y 426-7 CC-Cat («El testador puede disponer una sustitución vulgar en fideicomiso para el caso en que el fideicomisario llamado no llegue a serlo efectivamente porque no pueda o no quiera»). Como tal sustitución vulgar le es aplicable la norma de, habiendo sido ordenada para el caso de premoriencia, vale para el de renuncia, salvo que el causante haya dispuesto lo contrario (arts. 155, 2º CDCC y 425-1.2 CCCat). De ahí que, como señalan la registradora y la DG, los descendientes de los fideicomisarios renunciantes adquirirán el derecho al fideicomiso si se cumple la condición.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El prestatario puede renunciar a parte del plazo de 14 días entre el suministro de la información exigida por el art. 262-4 del Código de consumo de Cataluña y el otorgamiento de la escritura, siempre que la renuncia se ejercite con las cautelas y garantías necesarias que aseguren la libertad y el conocimiento del consumidor sobre el significado y las consecuencias de la renuncia.

Resolución JUS/1719/2017, de 12 de julio (DOGC 24.07.2017)

RESUMEN.- Se otorga una escritura de préstamo hipotecario sujeta al Código de consumo de Cataluña, antes de haber transcurrido 14 días desde la fecha en que el prestatario ha tenido a su disposición la información, recogida en la Ficha de Información Personalizada (FIPER), exigida por el art. 262-4 de dicho código. Al parecer han transcurrido sólo 10 días y en la escritura se recoge la manifestación de la parte prestataria de haber tenido dicha información con la suficiente antelación.

La registradora de la propiedad suspende la inscripción alegando que el derecho del consumidor a recibir la información precontractual en la forma y plazo fijados por la ley es irrenunciable, especialmente cuando se trata de un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual, con base al Código de Consumo de Cataluña, el Real decreto legislativo 1/2007 y las directivas europeas, entre otras disposiciones.

El notario autorizante recurre la nota de calificación, pero autoriza una escritura de rectificación y un acta de subsanación que dan lugar a una nueva calificación, en este caso positiva, que conlleva la inscripción de la primera escritura. Pese a ello, el notario recurrente no desiste del recurso, por lo que la DGDEJ lo resuelve y lo hace confirmando la nota de calificación negativa.

La DG argumenta que el plazo del art. 262-4 es considerado por el legislador como el mínimo exigible para que el consumidor prestatario se considere convenientemente informado del contenido y efectos del contrato. Y añade: «no se trata, como parece entender el recurrente, que la obligación del prestador afecte solo a la forma o la manera en que tiene que transmitir la información, sino que recae también sobre la antelación respecto de la formalización del contrato con la que lo tiene que suministrar al consumidor prestatario, de manera que este, disponiendo del plazo de tiempo legalmente establecido, pueda estudiarla y valorar si presta el consentimiento contractual [...]; por eso, las manifestaciones recogidas en la escritura de préstamo hipotecario en el sentido de que la parte prestataria había tenido con la “suficiente antelación” la información [...] solo son relevantes si esta antelación se ajusta al plazo mínimo previsto legalmente» (FD 3.4).

En cuanto al carácter irrenunciable del derecho del prestatario a que se le proporcione la información precontractual con la antelación mínima legalmente establecida, se basa principalmente en el art. 112-3 del Código de Consumo, conforme al cual «los derechos que esta ley otorga a las personas consumidoras son irrenunciables y es nulo cualquier pacto que los excluya». Y aunque pudiera alegarse que no nos hallamos ante un pacto sino ante una renuncia unilateral o ante una exclusión voluntaria, la DG no admite tal distinción a este respecto, ya que el profesional o el empresario pueden forzar al consumidor a una declaración de voluntad que solo aparentemente adopte la forma de una renuncia unilateral.

Sin embargo, sí que parece admitir la distinción entre «el derecho subjetivo a la información del consumidor, que es completamente irrenunciable, incluso unilateralmente, [y] la consideración unilateral por parte del deudor de haber sido suficientemente informado al amparo de las disposiciones legales después de recibir la información de la FIPER, y el ejercicio subsiguiente del derecho del consumidor de otorgar la escritura de préstamo hipotecario. En este sentido, entenderíamos que, establecido el plazo de catorce días en beneficio del consumidor, este podrá renunciar a parte de este plazo si lo considera, pero nunca puede renunciar anticipadamente al derecho a recibir la FIPER ni pactar con la entidad crediticia o declarar unilateralmente que ha sido debidamente informado, eludiendo así la norma imperativa del artículo 112-3 del Código de consumo. Ciertamente, admitir la posibilidad del consumidor prestatario de renunciar o limitar el plazo establecido en su beneficio es congruente con el principio de libertad civil que proclama el artículo 111-6 del Código civil de Cataluña y se adapta mejor a las exigencias del tráfico jurídico que una interpretación rígida de las normas jurídicas, en



particular cuando, como en este caso, un plazo de diez días puede permitir al consumidor un conocimiento de las circunstancias y de los efectos del contrato de préstamo hipotecario parecido al que le puede proporcionar el plazo legal de catorce días. Pero, por otra parte, tampoco podemos desconocer que la posibilidad de renunciar o limitar este plazo legal puede vaciar de contenido el mismo derecho a la información que, con carácter irrenunciable, atribuye al consumidor prestatario la legislación de consumo» (FD 4.4). Para evitarlo, «la renuncia tendría que ejercitarse con todas las cautelas y garantías necesarias que aseguren la libertad o conocimiento del consumidor sobre el significado y las consecuencias de la renuncia. Por eso, claro está que no puede calificarse como renuncia una simple conducta de omisión del consumidor, que no ejercita el derecho del cual es titular, ya que esta conducta de omisión puede obedecer simplemente al desconocimiento por su parte de la existencia del derecho o de la posibilidad de su ejercicio. Pero es que tampoco constituye una renuncia la manifestación del consumidor prestatario [...] afirmando, como sucede en la escritura de préstamo hipotecario, que ha conocido con “suficiente antelación” la información recogida en el artículo 262-4.1 del Código de consumo de Cataluña» (FD 4.5).

COMENTARIO.- Importante resolución a efectos prácticos que resuelve una cuestión que se produce con cierta frecuencia en los despachos notariales. Deduzco de ella que si el prestatario quiere renunciar a parte del plazo indicado, puede hacerlo pero dejando constancia, al menos, de que conoce dicho derecho y de que libre y espontáneamente renuncia de forma expresa al mismo. Considero acertada la resolución, pero advierto la existencia de cierto grado de discrecionalidad (¿cuáles son las cautelas y garantías suficientes?),

que puede producir inseguridad jurídica, por lo que no estaría de más recoger en la escritura el motivo por el que al prestatario le urge el otorgamiento de la escritura (vencimiento de arras, falta de disponibilidad temporal, etc.). Que el prestatario declare que ha sido bien informado es un tanto ingenuo, ya que para ello debería conocer perfectamente todos y cada uno de los extremos sobre los que debe ser informado, lo cual es especialmente complejo es una materia, la del derecho de consumo, en la que existe una auténtica maraña de disposiciones legales y reglamentarias, tanto estatales como autonómicas y europeas, a las que hay que añadir las resoluciones de los tribunales. El prestatario debería ser un auténtico especialista en la materia para poder emitir con garantías dicha declaración.

En cambio, quien sí debe tener los conocimientos adecuados sobre ello es el notario, quien podría emitir la declaración de que ha informado y asesorado debidamente al prestatario y de que, a su juicio, su consentimiento negocial se ha formado adecuadamente. Sería conveniente para ello que el notario tuviera la obligación legal de cerciorarse personalmente de que el prestatario ha adquirido el conocimiento necesario para formar su consentimiento de forma adecuada, no simplemente preguntándole si se considera bien informado sino leyendo con él la escritura y dándole su asesoramiento personalmente. Por desgracia, este deber, que estoy seguro sigue en la práctica una gran parte de los notarios, no existe hoy por hoy en la legislación notarial y el notario no está obligado siquiera a leer la escritura sino que cumple con permitir que los comparecientes la lean y con recoger la manifestación de estos de que han sido «debidamente informados» (art. 193 del Reglamento notarial que, a mi juicio, requiere de una reforma urgente).

Recensión bibliográfica

Por Cristina de Amunátegui Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid

La lectura del libro *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, dirigido por ESTHER ARROYO AMAYUELAS Y ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS, Marcial Pons, 2016, es absolutamente aconsejable y necesaria por las razones que se irán exponiendo a lo largo de esta recensión.

La publicación recoge, evidentemente ampliadas, seis ponencias buscando –y consiguiendo– acercar al lector a una serie de temas de actualidad, de notable complejidad, que ocupan la atención de legisladores y doctrina. El tratarse de los resultados de investigaciones expuestos en unas Jornadas Internacionales dota a los distintos estudios de una calidad destacable y de una estructura ágil y ordenada, al tiempo que, al ser fruto de la conjunción de profesores y notarios desde el principio se evidencia la finalidad práctica de los trabajos. No obstante, aunque en el prólogo se avanza la deseada finalidad de informar a las personas interesadas el libro va mucho más allá, pues se trata de un acercamiento hacia temas y cuestiones que revisten gran dificultad y frente a las que el lector no especializado o familiarizado con la materia suele dirigirse con cierta prevención. Quién crea que va a encontrar una mera descripción del estado de ciertas cuestiones, lamentablemente tan frecuente en las publicaciones actuales, debe abstenerse de su lectura, pues, eso sí, bajo una estructura ordenada y la utilización de un lenguaje capaz de esclarecer conceptos y situaciones intrincados, se contiene un estudio riguroso, profundo, novedoso, y en muchos casos, precursor de los diferentes objetos de análisis.

Como ya he avanzado, en el libro se contienen seis estudios, todos de plena actualidad, de los que coinciden los dos primeros en el análisis de la Directiva que regula los contratos de suministro de contenidos digitales; otros dos abordan, desde perspectivas diferentes, algunas cuestiones sobre las cláusulas abusivas; una quinta aportación se adentra en el impacto de la Directiva sobre créditos hipotecarios; concluyendo con unas valoraciones sobre la Directiva sobre agentes comerciales independientes desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

«La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales»

Coordinadores: ESTHER ARROYO AMAYUELAS
Y ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

Editorial: Marcial Pons 2016

Fijándonos en el título de la colaboración del profesor SCHULZE, “Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales”, es evidente que el tratamiento jurídico de la materia constituye “un desafío” para el derecho en general, presentando el objeto una dificultad en su tratamiento para la que no disponía de medios ni el Derecho europeo, ni los derechos nacionales. La descripción de la problemática que surge de esta materia se aborda con una loable claridad. Las implicaciones que surgen entre el derecho de contratos, la protección de datos o los derechos de autor determinan una complejidad añadida a la hora de abordar la regulación de los contenidos digitales que se ha trasladado al legislador comunitario que, en la Propuesta de Directiva, pretende tan solo la regulación de algunos aspectos concretos dentro del ámbito contractual. Entre ellos elige el autor detenerse en la regulación sobre la conformidad y la estructura de remedios.

El trabajo de la profesora ROCHFELD, escrito en francés, se centra en el, verdaderamente intrincado por su variedad y heterogeneidad, concepto de los contenidos digitales, objeto de



la Propuesta. Especialmente valiosas son sus apreciaciones y comentarios que relacionan el específico y casi críptico lenguaje de la norma con los contenidos a los que cualquier usuario de internet está acostumbrado y habituado, situando al lector en una perspectiva real y práctica en la que se da cuenta, al tiempo que asume, la dificultad que reviste el tratamiento jurídico de la materia. La autora no se limita a una descripción del objeto, sino que critica, desde un profundo conocimiento de la temática, las definiciones y conceptos recogidos en el texto, tanto por su ambigüedad como por sus omisiones, destacando el análisis que proporciona sobre las plataformas.

La publicación recoge, evidentemente ampliadas, seis ponencias buscando –y consiguiendo– acercar al lector a una serie de temas de actualidad, de notable complejidad, que ocupan la atención de legisladores y doctrina.

La ponencia de la profesora ANDERSON, “La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español”, destaca ya por la oportunidad de su título, anticipándose a uno de los temas que a día de hoy está ocupando la atención de buena parte de la doctrina más especializada. En la fecha de cierre del trabajo, tal como manifiesta la propia autora, el Anteproyecto llega a sus manos, desgranando algunos aspectos del mismo en cuanto a la forma de trasposición de la Directiva. Se trata de un tema sensible, con implicaciones tanto en la protección de los consumidores como en cuanto a la política de las instituciones financieras, así como con la trascendencia que revisten los costes de transacción frente a la trasposición de la norma comunitaria. La autora sabe colocarse en una postura imparcial y objetiva, analizando la cuestión con un sólido bagaje sobre las diversas cuestiones jurídicas en juego, lo que dota a su estudio de un especial valor, que continúa aconsejando la lectura de su precursor e innovador trabajo, a pesar de la distinta literatura jurídica que se ha detenido posteriormente en el mismo. El método de análisis parte de buscar, en la Directiva y su posible trasposición, solución a los problemas reales que han ido surgiendo, con una claridad expositiva digna de mención, reflejando en cada momento la objetividad que he resaltado, lo que la lleva a proponer soluciones de futuro, perdurables, y no medidas estrictamente coyunturales consecuencia de la crisis económica sufrida. Se abordan cuestiones puntuales como la información, ámbito de protección, control de solvencia y consecuencias, tasación, situación de la deuda tras la ejecución, etc., fijándose en cada uno de los problemas que se han ido presentando por el desajuste de la regulación existente, huyendo de una mera exposición del contenido de la Directiva y el Anteproyecto. La profesora aporta sus opiniones, sin quiebras ni contradicciones, criticando los aspectos y omisiones que considera más destacables, en un análisis de un profundo rigor jurídico que permite esperar futuras contribuciones a la vista de los resultados a que lleve la tramitación parlamentaria de la iniciativa legislativa.

El siguiente estudio es obra de la profesora ARROYO, codirectora del libro y titular de la Cátedra Jean Monnet, con el título “No

vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del Derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo”. La autora sitúa rápidamente al lector frente a las consecuencias que la Jurisprudencia del TJUE ha tenido en el tratamiento procesal de las cláusulas abusivas, centrándose de forma inmediata en los dos escollos principales: el análisis y problemática que presenta la posible declaración de oficio de la nulidad, en procedimientos judiciales diversos y de ejecución de laudos arbitrales, así como las consecuencias de la mencionada declaración de nulidad, problema que, a día de hoy, se considera de máxima actualidad a la vista de lo sucedido con el tratamiento de la cláusula suelo. La autora parte, en cada caso, del método de observar la regulación procesal existente en su momento, los procedimientos interpuestos sobre cada materia y las diversas soluciones adoptadas por los jueces a la hora de intentar respetar los parámetros y principios del derecho europeo, las cuestiones prejudiciales entabladas, con su correspondiente pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia y la posterior adaptación del ordenamiento procesal a las directrices del TJUE. Se evidencia un profundo conocimiento de la materia, desde la perspectiva civil y procesal, con una soltura en el manejo de la jurisprudencia europea en la que la autora se mueve con enorme agilidad y solvencia, así como extraordinariamente documentado con aportación de citas de la doctrina más autorizada en cada una de las cuestiones. La profesora ARROYO, desde el rigor que proporciona su dominio sobre el tema, va manifestando sus opiniones, con profusión de argumentos, sobre la oportunidad o no de las reformas procedimentales obradas a consecuencia de las resoluciones del Tribunal, destacando los desajustes, las omisiones –en ocasiones inexplicables– y la posible forma de dar solución a las cuestiones más problemáticas. Sus consideraciones sobre la interpretación integradora y el derecho supletorio, desde una perspectiva estrictamente civil, son de imprescindible lectura.

La quinta contribución, obra del Notario SERRANO NICOLÁS, codirector de la publicación, versa sobre el “Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”. El autor, desde la perspectiva notarial lleva a cabo una descripción de la función de control de los notarios, tanto del acomodo a la legalidad, como a la presencia de una voluntad debidamente informada, destacando su verdadera y real extensión, limitada de por sí tanto por la propia naturaleza de las cosas, como por el funcionamiento o dinámica posterior de algunas cláusulas. Querría terminar reproduciendo una frase de su texto sobre la cuestionada retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, en un ejercicio de anticipación destacable: “Finalmente, y aunque puede aparecer discutible, por falta de texto positivo expreso, la declaración de abusividad es una declaración de ineficacia, en que será discutible si la sentencia es declarativa o constitutiva, y con ellos si sus efectos son *ex tunc* o *ex nunc*, pero, en cualquier caso, parece que en la “cláusula suelo”, y justo por su falta de transparencia al concertarse el préstamo hipotecario, tiene que ser retroactiva”.

La publicación termina con una ponencia diametralmente diferente, obra del profesor KRIMPHOVE, en inglés, bajo el título “The Europeanization of Commercial Agency Law”, en la que se destaca la importancia de reducir los costes de transacción en el momento de implantar las normas europeas, concretamente la que regula los agentes comerciales, sirviendo el análisis de los mismos como criterio determinante de la posible eficiencia de su adaptación.

Recensión bibliográfica

Por Patricia Represa Polo

Profesora contratada Doctora.

Universidad Complutense de Madrid

La monografía publicada por la editorial Dykinson, en la Colección Monografías de Derecho Civil, bajo el título *La compraventa con pacto de supervivencia (2017)* elaborada por el Doctor Fernando García-Mon Quirós contiene un riguroso estudio sobre la compraventa con pacto de supervivencia regulada en del Derecho Catalán, aunque no se limita el autor al estudio de este ordenamiento y sus antecedentes sino que con una visión más global traslada las conclusiones del análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencia de dicha figura al Código Civil, en el que como muestra en el capítulo sexto de la obra tiene cabida y es perfectamente válida la configuración del pacto de supervivencia en la compraventa. Lo que excluye que pueda presentarse como una obra propia del Derecho Catalán.

La obra de Fernando García-Mon es un trabajo extenso, que tuvo origen en su tesis doctoral, recientemente reconocida con el Premio extraordinario de Doctorado de la UCM, lo cual le da unas notas propias de un largo trabajo de investigación, tales como la profundidad de todos los temas analizados, no sólo el principal sino todos los conexos, el agotamiento de la bibliografía sobre el tema, y la importancia que se da a la doctrina emanada de los tribunales y la DGRN; faltando, no obstante, alguna referencia al Derecho comparado. El libro se estructura en 16 capítulos, divididos en numerosos epígrafes que dan reflejo de la densidad de la obra, pero a la vez permiten localizar de manera sencilla cada uno de los problemas tratados. Sin duda alguna, entre los valores de la obra destaca la correcta redacción que facilita no sólo la lectura sino sobre todo el entendimiento de los problemas planteados, pese a su dificultad, y los argumentos desarrollados a modo de conclusión, para dar respuesta a aquéllos.

En cuanto al contenido de la obra, su lectura evidencia que la compraventa con pacto de supervivencia, aunque se presenta como un tema propio del Derecho de obligaciones y contratos, sus implicaciones directas con el Derecho de familia, concretamente con la economía del matrimonio, y con el Derecho de su-

«La compraventa con pacto de supervivencia»

Autor: FERNANDO GARCÍA-MON QUIRÓS

Editorial: Dykinson 2017

Colección: Monografías de Derecho Civil

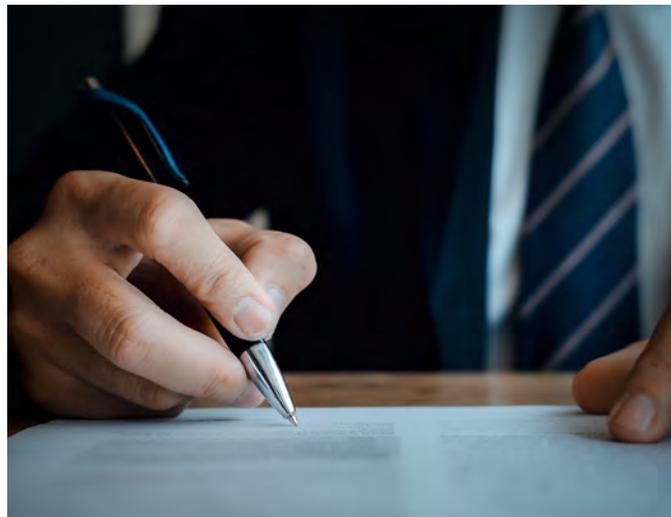
cesiones, lo convierten en un tema interdisciplinar como pocos lo que justifica que en la obra se analicen instituciones propias de estas áreas de conocimiento como las donaciones *mortis causa*, los pactos sucesorios, adquisiciones conjuntas de los cónyuges, ... Probablemente, la mayor aportación del autor a la materia sea la delimitación de la naturaleza jurídica de la figura estudiada, delimitación a la que llega tras un riguroso estudio del origen consuetudinario de este tipo de pacto, su evolución legislativa en el Derecho Catalán, que no siempre tiene en cuenta la configuración inicial del pacto de supervivencia y sobre todo la doctrina de autores referencia indiscutible en la materia (Vallet de Goytisolo, Calvo Soriano, Virgili Sorribes), bagaje suficiente para poder concluir, no sin espíritu crítico poco frecuente en obras de este tipo, que la compraventa con pacto de supervivencia tiene naturaleza sucesoria, configurándose como un pacto sucesorio de atribución particular, en el que no se puede obviar que el contenido familiar determina la imposición de determinados límites.



La determinación de la naturaleza jurídica del pacto de supervivencia constituye un perfecto punto de arranque para el estudio del resto de cuestiones que a partir del capítulo tercero se abordan en la monografía que presentamos: la constitución de dicho pacto, su inscripción en el Registro de la Propiedad, y sus efectos, diferenciando dos momentos antes del fallecimiento de los adquirentes/otorgantes y tras el fallecimiento de uno de ellos, que es cuando cumple la finalidad pretendida. Debe destacarse la referencia al Derecho Fiscal, que, aunque de manera breve, aparece en el libro por la importancia de los efectos fiscales cuando el pacto despliega toda su eficacia, apartado que complementa el estudio global de la figura.

No resulta fácil encontrar actualmente libros que revelen una investigación tan seria y rigurosa como la que el Doctor Fernando García-Mon realiza en la monografía referida, en la que se ordenen y se expongan con tanta exactitud los problemas que presenta una institución jurídica y se aporten soluciones, sólidamente fundamentadas.

Termina la monografía con la aplicación de lo expuesto sobre la compraventa con pacto de supervivencia al Código Civil, representando un acierto su tratamiento diferenciado, con el fin no sólo de concluir si dicha figura tiene cabida en dicho texto normativo, sino también teniendo presente su atipicidad, saber bajo qué figura podría aparecer y poderle aplicar su régimen jurídico, más allá de lo establecido por las partes. Analizar la admisión de dicha institución obliga al autor a enfrentarse a uno de los temas más áridos y complejos del Derecho Patrimonial, como es la causa del negocio, pero que sin duda es la clave para descifrar su verdadera naturaleza jurídica y poder aplicar la correspondiente regulación; sólo un análisis de la causa permite determinar el carácter gratuito u oneroso, *intervivos* o *mortis causa* de la compraventa con pacto de supervivencia así como precisar si el negocio celebrado esconde una causa falsa y sus consecuencias. El examen de to-



das estas cuestiones aporta solidez a las conclusiones del autor en el último apartado de la obra, relativo a la concreción de la naturaleza jurídica, entre las que destaca la dificultad de aportar *a priori* una calificación única, ya que la misma dependerá de la concreta configuración que las partes determinen en el negocio constitutivo y la práctica evidencia la variedad de formas bajo las que puede presentarse, que pueden aproximar la figura o bien a un acto de liberalidad, próximo a los pactos sucesorios, o bien a un contrato oneroso y aleatorio.

No resulta fácil encontrar actualmente libros que revelen una investigación tan seria y rigurosa como la que el Doctor Fernando García-Mon realiza en la monografía referida, en la que se ordenen y se expongan con tanta exactitud los problemas que presenta una institución jurídica y se aporten soluciones, sólidamente fundamentadas, todo ello con un manejo del lenguaje y la gramática, del que pocos pueden presumir. Por ello, creemos que la obra debe tenerse como referencia no sólo en el ámbito académico, para posteriores trabajos sobre el tema, sino como herramienta para la resolución de los problemas que presentan los pactos de supervivencia para cualquier profesional del Derecho.

Jornada hipotecaria clausurada por el ministro de Justicia

El pasado 8 de marzo el Colegio celebró la Jornada Hipotecaria sobre Control de Transparencia y Cláusulas Abusivas, que clausuró Rafael Catalá, ministro de Justicia, en la que fue su segunda visita a la sede colegial.

La Jornada contó con un gran éxito de asistencia, -más de 200 personas, que llenaron la sala de actos de la planta baja e hicieron necesario habilitar también el antiguo salón de actos de la segunda planta -, quienes asistieron a la mesa redonda en que tomaron parte notarios, abogados, magistrados y representantes de entidades financieras, así como a la posterior conferencia a cargo del magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Pedro José Vela Torres.

El **ministro de Justicia, Rafael Catalá**, acompañado del decano del Colegio, Joan Carles Ollé, manifestó que “los notarios son los garantes de los derechos de la legalidad y de los derechos de los consumidores en la firma de la hipoteca, el activo más importante que las personas adquieren a lo largo de su vida” y reiteró su “compromiso para aumentar la protección de los consumidores”, que se materializa en el proyecto de reforma de la ley hipotecaria, “a través de la trasposición de la directiva 2014/17 de la Unión Europea en el ámbito de los contratos de crédito inmobiliario”.

En este sentido, enumeró algunos de los principales cambios que se prevé que introduzca, entre ellos “reforzar la información y el asesoramiento antes de la firma de la hipoteca; la regulación en detalle de la publicidad de las entidades financieras de las hipotecas; la recuperación de una relación proporcional entre ingresos y deuda; una valoración de las garantías hipotecarias independiente de las entidades financieras; la necesidad de que las entidades financieras proporcionen información clara y solvente sobre el producto financiero; o la desvinculación de los salarios de los profesionales de las entidades financieras del número de créditos”, entre otros. También aseguró que, tras las recientes sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se aprovechará “para fortalecer el sistema por la vía de la transparencia, confianza y garantía recíproca entre las partes”. De esta forma, “en la fase precontractual se establecerá un período de siete días previos en que el proyecto de escritura tendrá que estar a disposición del particular para que el notario le aclare dudas y le advierta de la repercusión de la firma”. Además, “la entidad financiera tendrá que advertir de las cláusulas más relevantes del contrato, así como de todos los gastos derivados de la firma de la hipoteca”.

En cuanto a la fase contractual, el proyecto contempla que “el notario levante acta de que el particular ha recibido las explicaciones necesarias y ha entendido las cláusulas, formalizándose así la declaración expresa de que asume las obligaciones”. Además, el ministro de Justicia recogió la propuesta notarial lanzada previamente por el Decano y también hizo mención a la posibilidad de que “en el momento de la firma se haga un test que demuestre que el ciudadano tiene el conocimiento necesario para firmar”. Por último, aseguró que para

Rafael Catalá: *“Prendemos dar más fuerza, estabilidad y garantías a un sistema que ha funcionado relativamente bien”*



Joan Carles Ollé: *“El legislador debe dotarnos de normas legales e instrumentos jurídicos para garantizar con la máxima eficacia el control de legalidad, transparencia y abusividad”*

detectar y poder denegar cláusulas abusivas, se procederá a reformar tanto la ley hipotecaria como el artículo 48 de la Ley de consumidores – petición formulada por los notarios –, además de adaptarse la ley a la doctrina del Tribunal Supremo en aspectos como los intereses de demora. Adicionalmente, afirmó, se procederá a introducir medidas de carácter procesal – con la reforma de la ley de enjuiciamiento civil, que permitirá que el juez establezca medidas cautelares en la fase ejecutiva – y en procesos declarativos. Por último, cerró su intervención asegurando que con todas estas medidas “pretendemos dar más fuerza, estabilidad y garantías a un sistema que ha funcionado relativamente bien.”

En su intervención, el **decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé**, destacó que “nuestro sistema hipotecario ha permitido el acceso a la propiedad de un porcentaje muy alto de ciudadanos” y “en esencia continúa siendo un buen sistema, con tipos de interés bajo, muy garantista y dotado de un alto nivel de seguridad jurídica”. Por otra parte, mostró el compromiso del notariado con las reformas legales en marcha para “corregir puntuales desajustes legales que han creado situaciones de indefensión del consumidor en el marco hipotecario y adaptarnos a la legislación y jurisprudencia europea en materia de control de transparencia y abusividad”. Una vez más, pidió que “el legislador ponga a nuestro alcance las normas legales e instrumentos jurídicos que nos permitan garantizar con la máxima eficacia los parámetros óptimos de controles de legalidad, transparencia y abusividad”.

En este sentido, aseguró que “los notarios nos hemos encontrado entre la espada y la pared puesto que la sociedad nos pide las máximas garantías y controles pero, en cambio, la legislación vigente no nos da plenamente estos medios jurídicos”.

El decano del Colegio Notarial de Cataluña valoró positivamente la mayoría de medidas previstas en el anteproyecto de ley regulador de los contratos de crédito inmobiliario, entre las que destacó la propuesta de que “el notario intervenga en la fase precontractual, asesorando e informando a los deudores hipotecarios y controlando legalmente que se les ha entregado la información precontractual en el plazo de siete días anteriores a la autorización de la escritura, lo que se incorporará a una acta notarial previa”. También resaltó la importancia de que “entre la información previa haya el proyecto de contrato a otorgar y el derecho a la libre elección de notario”.



El ministro de Justicia clausuró la Jornada, que contó con un gran éxito de asistencia



Vida corporativa

Por último, enumeró los puntos de la reforma hipotecaria que el notariado considera esenciales:

1.- es necesario modificar el artículo 84 de la Ley de consumidores y usuarios, dado que tan sólo permite denegar la inscripción de una cláusula si previamente ha sido declarada nula por una sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de contratación o está prohibida por la ley. Según Ollé, "este sistema ha fallado estrepitosamente. No es bueno ni para los consumidores ni para las entidades financieras."



El decano del Colegio expuso los puntos de la reforma hipotecaria que el Notariado considera esenciales

2.- es necesaria la atribución al notario del control de legalidad efectivo y amplio, que le permita rehusar la autorización de la escritura cuando el contrato no cumpla con la normativa hipotecaria y la legalidad vigente. Ollé afirma que "si el contrato no se ajusta a la normativa vigente, el notario debe tener la potestad de denegar la autorización".

3.- es necesario el control de transparencia que el notario realizará en la fase preliminar, concretado en un acta notarial que tendrá que autorizar en el plazo de los siete días anteriores a la autorización de la escritura, tenga un carácter prácticamente obligatorio para el deudor.

4.- discrepa de la medida que propone que el deudor suscriba una expresión manuscrita que se incorporaría al acta previa autorizada en la fase preliminar. Según Ollé, "la garantía para el consumidor tiene que ser el control de transparencia y asesoramiento e información que facilitará el notario".

5.- propone que el notario haga un test de transparencia y comprensibilidad al deudor y lo incorpore al acta previa. De esta forma, mediante preguntas claras y sencillas el notario se asegurará de que el prestatario ha recibido y entendido toda la información, cláusulas y aspectos esenciales del contrato.

La Jornada fue inaugurada por **Francisco Javier Gómez Gállico, director general de los Registros y del Notariado**, quien moderó la mesa redonda en la que participaron Ángel Serrano, notario de Barcelona; Jesús Sánchez, abogado; Javier Gutiérrez de Cabiedes, director de la asesoría jurídica (área contenciosa) de CaixaBank; Juan Gómez, notario de Sabadell; Francisco Ramos, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Pompeu Fabra; José Ma Fernández Seijoo, magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona; y Ma José Beato, secretaria general de Banc de Sabadell.

En su intervención inicial, Gómez Gállico aseguró que "el notariado español es reconocido internacionalmente", así como que "contamos con un buen sistema hipotecario, que se ha ido acomodando, desde 2013, a raíz de diversas sentencias en aspectos como las cláusulas suelo, el vencimiento anticipado o los intereses de demora". Acerca de las cláusulas suelo, tras aclarar que "una cláusula solo es abusiva si no ha sido suficientemente explicada, es decir, se declara la abusividad por falta de transparencia", destacó que en el marco de la reforma que está trabajando el Gobierno "queremos pivotar la información precontractual en el control preventivo notarial de la transparencia". Así, afirmó que "queremos fijar un periodo de siete días previos a la firma de la hipoteca obligatorio en el que el notario informe de los riesgos y levante un acta acreditativa conforme le ha dado la información al particular. Se trata de reforzar el control de abusividad de las cláusulas, con la reforma del artículo 12 y el 258 de la

Francisco Javier Gómez Gállico:
"Queremos pivotar la información precontractual en el control preventivo notarial de la transparencia"



ley hipotecaria, entre otros.” Así mismo, aseguró tener la voluntad de “recuperar el carácter imperativo del registro de cláusulas de las sentencias declarativas con carácter gratuito”.

En las distintas intervenciones de los participantes en la mesa redonda, el **notario Ángel Serrano** destacó que “los notarios hemos aplicado la legalidad: la ley, las directivas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la DGRN” y aseguró que “el control de transparencia debe ser un control de inclusión pero también de contenido”. Analizó brevemente las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del interés de demora y del vencimiento anticipado, de las que aseguró que “son las dos únicas cláusulas problemáticas en la autorización de la escritura”. Por su parte, el abogado Jesús García afirmó que “se dictan muchas sentencias del Tribunal Supremo aclarando esta cuestión (...) pero tenemos un legislador con problemas de autismo”. En cuanto al control de transparencia, citó que “ya hay sentencias de 2010 que lo introducen”, así como el hecho de que “la primera sentencia que habla ya de cláusulas abusivas data del 27 de junio del 2000”. En definitiva, concluyó que “no entendemos el nuevo marco en que nos encontramos” y planteó numerosas dudas acerca de los criterios establecidos para el control de transparencia.

Francisco Javier Gómez Gállego:
“Queremos pivotar la información
precontractual en el control preventivo
notarial de la transparencia”

Javier Gutiérrez de Cabiedes, director de la asesoría jurídica (área contencioso) de Caixabank, destacó como necesarios para lograr seguridad jurídica, “el relevante papel del notario en los contratos en que interviene; el utilizar los bancos una forma más explicativa y didáctica en la redacción de los contratos; la definición por vía imperativa legal - y no convencional - de determinadas materias clave como los intereses de demora o los requisitos para vencer un préstamo; y una preconstitución de prueba mucho más robusta de la fase precontractual”. En cuanto al préstamo hipotecario afirmó que “es posible que las innumerables capas de transparencia formal que se están poniendo sobre las pupilas de los consumidores les acaben suponiendo un perjuicio”. Desde una perspectiva procesal, afirmó percibir “cierta aplicación asimétrica con la doctrina que emana del Tribunal Superior de Justicia Europeo”, asegurando que “hay que estar en constante proceso de readaptación a la realidad, ya que la mayoría de principios de derecho procesal que estudiamos en la carrera ya no están en pie”.

Juan Gómez, notario de Sabadell, diferenció “aquellas cláusulas abusivas que lo son de por sí de aquellas cuya abusividad deriva de que no han sido negociadas con transparencia o individualmente – entre ellas la cláusula suelo-”. Aseguró que “de cláusulas abusivas en sentido estricto quedan muy pocas en las minutas de los bancos. El gran problema es con el



El director general de los Registros y del Notariado inauguró la Jornada y moderó la primera mesa redonda



Vida corporativa

contenido poco transparente en la negociación previa". Afirmó que "el sistema no funciona porque no hay un control de transparencia de la negociación; el problema está en la fase anterior a la firma de la escritura." Por ello, aseguró que "es esencial que el momento en que tiene que quedar claro que el contrato es transparente y no abusivo es en el momento en

que se firma la escritura; cualquier control que se realice a posteriori es un fracaso de la seguridad jurídica". Finalmente, afirmó que "las soluciones aportadas por la Administración pública no han funcionado" y puso a disposición a "los notarios, con una intervención previa e imprescindible para controlar la transparencia y una potentísima plataforma tecnológica en la que los bancos podrían depositar la información financiera y obligar al notario a dar cita personalizada al consumidor para venir a la notaría y que se le explicaran las condiciones financieras del contrato, siempre sobre la base de una absoluta libertad de elección de notario". Citó "dos cláusulas esenciales que son abusivas, la de la solidaridad entre deudores y la de renuncia al beneficio de exclusión" y aseguró que "es un momento muy bueno para adoptar decisiones valientes y racionales."

El catedrático Francisco Ramos Méndez aseguró que "el control de cláusulas abusivas hay que referirlo al momento de la contratación, por lo tanto, reforcemos los controles, notariales y registrales, para que haya seguridad para el consumidor y para

la banca". Propuso llegar a "un modelo de contrato homologado, ya que no podemos seguir viviendo de jueces, legisladores y tribunales. Tenemos una dispersión del control caótica, y hemos abdicado de principios jurídicos que hasta ahora nos parecían fundamentales; es necesario incrementar la seguridad jurídica". Consideró correcto "introducir información detallada en el momento de la contratación sobre cláusulas abusivas y condiciones económicas, pero hay que añadir la explicación al prestatario de qué sucede en el caso de que no pague". Por otro lado, afirmó que "hay que suprimir el procedimiento de ejecución hipotecaria tal como lo conocemos hoy por irrecognible, impracticable y difícil de explicar". Finalmente, consideró que "las reformas que se han hecho no han sido demasiado afortunadas" y reclamó la reforma "en materia de ejecución en la ley de enjuiciamiento civil y aplicar las mismas reglas a cualquier ejecución, unificando criterios para ganar claridad." Otras ideas lanzadas por el ponente fueron sacar las subastas de los juzgados, promocionar la venta extrajudicial del inmueble, o tratar de introducir en el momento de la contratación un acuerdo de realización en caso de impago. Por último, afirmó que "es hora de introducir una verdadera acción de grupo, de modo que un solo caso afecte a todos".

El **magistrado José María Fernández Seijo** afirmó que "la sentencia de mayo de 2103 del TJUE y la ley 1/2013 son un punto de partida, no de llegada." Y prosiguió: "El problema no está en la hipoteca ni en la ejecución o el préstamo hipotecario, sino en que son instituciones que se han utilizado en los últimos años para dar mucho beneficio económico y dar acceso a la vivienda". Expresó sus dudas acerca de "si el préstamo hipotecario es un instrumento válido para que personas que no hubiesen podido acceder a la vivienda lo hicieran" y aseguró que la situación de sobreendeudamiento en toda Europa no se ha solucionado y "el sistema ha estallado por el tema del derecho del consumo, por la situación de desequilibrio". Aseguró que el sistema estalla en 2011, y se empiezan a tomar decisiones, pero "ni el Tribunal Supremo ni los jueces pueden substituir al legislador." Consideró que durante un periodo de tiempo ha habido un abuso del sistema, especialmente en "los préstamos constituidos de 2002 a 2009, que incluyen cláusulas que han resultado complejas de metabolizar". Afirmó que la directiva comunitaria que se traspondrá "dice que el préstamo hipotecario no debe



El magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo hizo un repaso a diversas sentencias del TS desde 2012 hasta la actualidad



ser el instrumento básico y único para acceder a la propiedad de la vivienda; incluye cómo se deben comercializar los productos financieros; cómo se configura el perfil del deudor, o los pasos que tiene que dar el préstamo hipotecario, pero también liberaliza". También aseguró que "tenemos que encajar correctamente las acciones individuales y colectivas. El control de transparencia en las acciones colectivas genera expectativas que en las acciones individuales no se cumplen" y recordó que la Audiencia de Barcelona está rechazando un 20% de las cláusulas generales de la contratación, por falta de transparencia. Además, citó muchos otros temas pendientes de resolver - avalistas, fiadores, sobregarantías, condiciones generales que afectan a pequeños empresarios o autónomos, IRPH, gastos de constitución de la hipoteca, préstamos multdivisas, el diferencial o el sistema de bonificación - y planteó el crear juzgados especializados en materias de consumo. Concluyó que "hemos de ser capaces de solucionar bolsas de hipotecas complejas que se concedieron en los años de relumbrón, y necesitamos una regulación que no sea dispersa, que el Ministerio de Justicia asuma el protagonismo en las futuras leyes."

Finalmente, **María José García Beato, representante de Banc de Sabadell**, aseguró que la situación "no es tan negra como la pintamos" y afirmó que "las entidades financieras somos las primeras interesadas en mantener relaciones de confianza larga y duradera con nuestros clientes, en mantener una relación clara y transparente, y en la libertad de negociación individual". Pese a evidenciar que "debemos reflexionar sobre el pasado, saber qué pasa en el presente y ver el futuro", aseguró que "el mercado hipotecario ha funcionado y ha permitido a gran parte de la población acceder a la vivienda". Y prosiguió: "Hay que revisar lo que se ha hecho mal, pero no sobre la base de la destrucción absoluta de todo lo que se ha hecho". Expuso que actualmente tenemos "una situación muy compleja, sujeta a muchas revisiones, donde el ámbito legislativo es muy importante, ya que debe aportar soluciones que sean capaces de despejar las dudas que tenemos sobre la contratación.". Así mismo, aseguró que "el establecimiento de muchos más requisitos formales puede hacer que no podamos llevarlo a la práctica" y consideró que "hay que encontrar el equilibrio para aclarar dudas pero sin que ello suponga la destrucción ni la revisión absoluta de un sistema que ha funcionado." Defendió el criterio de que "una cláusula suelo tiene validez si está bien negociada" y finalizó su intervención afirmando que "entre todos tenemos la obligación de encontrar soluciones satisfactorias sin acabar con un sistema que ha producido importantes beneficios."

Pedro José Vela Torres: "En las cláusulas de intereses moratorios y vencimiento anticipado hemos consultado al TJUE por no contar con una referencia legal establecida"

El magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, **Pedro José Vela Torres**, expuso lo que denominó "el viaje de esta sala del Tribunal Supremo desde 2012 hasta ahora, un viaje complicado, con inseguridades, pocas certezas y muchas perplejidades." Aseguró que "en los últimos dos meses hemos decidido someter a revisión nuestra propia jurisprudencia y hemos planteado al TJUE dos cuestiones prejudiciales: sobre intereses de demora y sobre vencimiento anticipado." El magistrado afirmó que "se cuestiona no solo la norma sino la jurisprudencia del Tribunal Supremo", así como que "la directiva 93/13 cambió las reglas del juego, el TJUE extremó los principios de efectividad y los tribunales nacionales vamos a rebufo de esa interpretación, asumiendo nuestra condición de jueces de la Unión y haciendo lo que dice el TJUE." Expuso que este Tribunal europeo, a partir del año 2000, estableció diversos principios, entre ellos, "impuso el control de oficio en materia de derecho privado, y relativizó absolutamente los cauces procesales, y nosotros hemos tenido que asumir el principio de primacía del derecho comunitario." Así se llegó a la sentencia de 9 de mayo 2013, "pero el TJUE siguió apretando, hablando del control de transparencia, legibilidad y comprensibilidad gramatical, o del control de incorporación y control de contenido - reservado a consumidores -, que se refería a la abusividad en el desequilibrio entre las prestaciones." A partir de 2011, se incide en el control de transparencia y afirma que "para que las cláusulas que modulan la relación precio-prestación no sean abusivas tienen que ser transparentes, que es algo más que la mera legibilidad y comprensibilidad gramatical", momento en que diversas sentencias del TJUE refuerzan este criterio y dicen que "para que una cláusula sea transparente debe informar suficientemente al consumidor de la carga económica y jurídica que implica". Así, aseguró que "la primera sentencia sobre la cláusula suelo traslada por primera vez a la jurisprudencia española fue un pequeño manual de consumidores."

El ponente incidió en dos cuestiones: los intereses moratorios y el vencimiento anticipado. En cuanto a los intereses moratorios, por no afectar al contenido esencial del contrato, afirmó que "aquí sí podemos hacer un juicio puro de abusividad." Pero afirmó que "no hay un



Vida corporativa

criterio de referencia legal establecido y eso da lugar a tribunales con respuestas dispares." Así, expuso que el Tribunal Supremo, que "debe intentar ofrecer seguridad jurídica y unificar los criterios, estableció considerar abusivo si excede en dos puntos el interés remuneratorio pactado, ya sea en préstamos personales o en préstamos hipotecarios". Aun así, puso sobre la mesa la duda que han trasladado al TJUE en un auto de 22 de febrero de 2017, basada en el hecho de que "una vez declarado abusivo, no es reducible. Pero una vez que ni se aplica esta cláusula ni podemos reducirla, decimos que sí se seguirá devengando el interés remuneratorio, porque ese es el precio del capital – que no se ha devuelto-."

En cuanto al vencimiento anticipado, por afectar a normas esenciales del contrato, consideró que "tenemos que hacer un juicio de abusividad por aproximación, entendiendo que la cláusula no es transparente." En este sentido, expuso que también han trasladado consulta al TJUE, ya que existen sentencias en sentidos diversos y "no tenemos parámetros para decidir si el vencimiento anticipado es abusivo por impago de 2, 4 o 7 cuotas, ni regla legal ni norma". Finalmente, expuso el pronunciamiento del TJUE en el sentido de que el procedimiento de ejecución siempre es peor para el deudor hipotecario que el procedimiento ejecutivo y su sentencia firme – considerando que se deberá ponderar en cada caso, ya que actualmente, pese a que lo ejecuten, el deudor hipotecario tiene más hipotéticas garantías que si se ejecuta con una sentencia firme – y el tema de los gastos asociados al préstamo, que en su momento el Tribunal Supremo resolvió de un modo muy tangencial "diciendo que la imputación absoluta de gastos no negociados al consumidor es un abuso."

Jornadas sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña

El pasado 8 de marzo el Parlament de Catalunya aprobó la Ley 3/2017, del 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos, así como la modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Con ello se completa el nuevo Código civil de Catalunya, en cuya elaboración los notarios han tenido un papel de gran relevancia.

Precisamente en el artículo 461-12 del Código, y a causa de la disparidad de criterios judiciales sobre la competencia para realizar la "interrogatio in iure", tras las gestiones realizadas por la Junta Directiva se incluyó una modificación de ese precepto para que se determinara expresamente en el mismo la competencia exclusiva de los notarios en esa materia, tal y como establece la Ley de Jurisdicción Voluntaria para la misma institución regulada en el artículo 1005 del Código Civil español. Al mismo tiempo se promovió la introducción de modificaciones en otros artículos del CCCat para facilitar la aplicación del resto de nuevas competencias notariales en familia y sucesiones de la referida Ley de Jurisdicción Voluntaria en nuestro territorio. En consecuencia, desde el pasado 1 de marzo los notarios serán los únicos funcionarios



La inauguración de la Jornada corrió a cargo de Carles Mundó, en aquel momento, Conseller de Justicia



competentes en Cataluña para practicar la “interrogatio in iure”, lo que se deberá llevar a cabo siguiendo el nuevo procedimiento regulado en el citado artículo 461-12 CCCat.

Con el objetivo de analizar las novedades que introduce el último libro Libro, que cierra el Código Civil de Cataluña, a finales de mayo y principio de junio tuvieron lugar unas Jornadas dedicadas al estudio de Libro VI. Su estudio se centró en revisar las principales instituciones que lo conforman, por parte de destacados especialistas en la materia, y desde una necesaria visión teórico-práctica.

Las Jornadas hicieron un repaso a la regulación y la actualización de instituciones clásicas del Derecho civil catalán, que también desarrolla otras conexas con lo ya existente. Así, el Libro VI sistematiza y aporta una regulación conforme a las nuevas tendencias doctrinales y legislativas, que pretenden dar solución a las nuevas realidades económico-sociales, por lo que el propósito – al margen de las conclusiones alcanzadas – fue poner en conocimiento de la comunidad jurídica esta nueva y novedosa regulación.

De este modo, los distintos aspectos de la compraventa fueron el tema más ampliamente desarrollado, tratándose también el contrato de alimentos, el contrato de custodia de territorio, el violario o pensión alimenticia, el contrato de cesión futura o el contrato censal y las pensiones, entre otros temas.

En el transcurso de las cuatro jornadas, que fueron inauguradas por el entonces conseller de Justicia, Carles Mundó, y clausuradas por el decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé, participaron catedráticos y profesores de Derecho civil de diversas universidades, así como los notarios Ángel Serrano, Antoni Bosch, Antonio Longo, Francesc Torrent, Leopoldo Martínez de Salinas, Emilio Roselló, Ignacio Boisán y Lluís Jou.

Colaboración con la Red Europea Judicial de Formación

Un grupo de 15 jueces procedentes de diversos países de Europa visitaron el Colegio el pasado 17 de mayo, en el marco del Programa de Intercambio de la Red Europea Judicial de Formación (EJTN). Esta es la principal plataforma, creada en el año 2000, para promover la formación y el intercambio de conocimiento de la judicatura europea, y cuenta con más de 120.000 jueces, fiscales y formadores en toda Europa.



Notarios europeos visitaron el Colegio en el marco de la colaboración establecida con la Escuela Judicial

En el programa de visitas a diferentes instituciones vinculadas, de una u otra forma, a la judicatura, este año por primera vez han visitado el Colegio para conocer de primera mano las principales características de la función notarial en nuestro país. Así, atendieron la presentación que llevó a cabo Antoni Bosch, notario de Barcelona, y posteriormente visitaron la sede colegial.

Los jueces, procedentes de Italia, Bulgaria, Alemania, Austria, Lituania, Eslovenia, Estonia y Rumanía, fueron acompañados por representantes del Consejo General del Poder Judicial, institución que promueve el programa a través de la Escuela Judicial. En este programa de intercambio, promovido por la Unión Europea, ya han participado casi 9.000 jueces desde su creación, en el año 2003.

Con esta colaboración, que se prevé que tenga continuidad, y que se suma a la ya iniciada en septiembre de 2015 gracias a la cual

el notariado participa en las Jornadas de formación de nuevos jueces de la Escuela Judicial, el notariado refuerza sus vínculos con entidades internacionales y su importante posicionamiento en el ámbito de los operadores jurídicos europeos.



Vida corporativa



El notario Lluís Jou sustituye a Josep D. Guàrdia Canela

Lluís Jou, nuevo presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

La Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña eligió al notario Lluís Jou i Mirabent como nuevo presidente el pasado mes de diciembre, en un proceso de renovación ordinaria. Jou sustituye a Josep D. Guàrdia Canela, quien ha ejercido el cargo los últimos ocho años, el mandato máximo que prevén los estatutos.

Lluís Jou es notario de Barcelona, miembro del Institut d'Estudis Catalans y de la Comisión de Codificación de Cataluña. Ha ocupado distintos cargos en la Junta del Colegio, entre ellos el vicedecanato de 2005 a 2008 y ha sido profesor de Derecho Civil en la Universitat de Barcelona durante más de 30 años. Entre 1996 y 2004 fue director de Política Lingüística, habiendo publicado una extensa obra en materia de Derecho civil catalán y Derecho lingüístico. Es miembro del patronato de diversas fundaciones culturales, entre ellas la Fundació Noguera, la Pau Casals, la del Museu Picasso de Barcelona o la Fundació Stämpfli de Sitges.

La Fundación bancaria "la Caixa" otorgará seis becas anuales a opositores a notario

La Fundación de los Notarios de Cataluña y la Fundación bancaria "la Caixa" renovaron y ampliaron el pasado 20 de febrero el convenio de colaboración entre ambas entidades, firmado en marzo de 2014, que establece un marco de colaboración para el desarrollo de proyectos de interés común en sus respectivas líneas estratégicas.

Así, al ámbito de colaboración de la protección jurídica de las personas mayores, en el que ambas instituciones llevan a cabo conjuntamente un programa de asesoramiento en torno a cuestiones que puedan derivar en situaciones graves e inconvenientes en el ámbito personal y patrimonial, se suma ahora el otorgamiento de becas a los opositores de la Academia de Opositores de Cataluña con dificultades económicas para asumir los gastos derivados de los años de estudio.

De este modo, a las becas anuales que en estos momentos ya está otorgando la Fundación de los Notarios de Cataluña en concepto de ayuda económica a la preparación de la oposición a notario para personas con dificultades económicas, se le sumarán seis más gracias a la aportación de la Fundación bancaria "la Caixa".



La colaboración con Fundación bancaria "la Caixa" se inició en 2014 y ahora se amplía con el otorgamiento de becas



La defensa del consumidor, tema central de las jornadas notariales sobre deontología profesional en La Palma

Las Jornadas fueron codirigidas por Alfonso Cavallé, decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias y presidente de la Comisión de relación con los consumidores del Notariado.

Las VIII Jornadas Notariales de La Palma, centradas en la función notarial a raíz del nuevo código deontológico, celebradas el pasado mes de mayo, tuvieron como tema central “La función notarial y la contratación con consumidores. Aspectos deontológicos”. Así, las distintas conferencias y mesas redondas trataron cuestiones como la función notarial en los contratos hipotecarios, la ejecución extrajudicial de las hipotecas, la independencia del notario ante los contratantes en masa, o la póliza, entre otras cuestiones, siempre desde su vertiente deontológica. Entre los ponentes, destacar la participación de José Alberto Marín, vicedecano del Colegio Notarial de Cataluña, quien intervino en la mesa dedicada al papel del notario en los contratos de préstamos o crédito hipotecario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la DGRN; Ángel Serrano, notario de Barcelona, quien analizó el papel del notario en relación a las cláusulas abusivas; y Albert Domingo, notario de Vilassar de Mar, quien centró su intervención en las alternativas al procedimiento de ejecución hipotecaria.

Las Jornadas fueron codirigidas por Alfonso Cavallé, decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias y presidente de la Comisión de relación con los consumidores del Notariado. La clausura corrió a cargo de Esperanza Castellanos, subdirectora de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), quien concluyó su intervención asegurando que “la función notarial es imprescindible e insustituible, como lo demuestra reformas legislativas en curso como la Ley de jurisdicción voluntaria, o de la ley hipotecaria y del catastro”.

Las Jornadas de la Palma se celebran desde hace más de quince años y son una de las convocatorias más consolidadas y tradicionales en el panorama notarial español, habiéndose posicionado como un referente de debate y estudio de temas relacionados con el Derecho Notarial y la Deontología Notarial.

La función notarial, según el Director General de los Registros y del Notariado

El pasado 27 de junio tuvo lugar la conferencia “Caracteres de la función notarial”, a cargo de Francisco Javier Gómez Gállico, director general de los Registros y del Notariado, en la que expuso su visión sobre la función notarial. A lo largo de su intervención destacó la función pública del notario – “no se entiende su función sin su configuración como funcionario público del Estado -, sin ser funcionario administrativo – “ya que no puede consultar en duda y no se le puede revisar en vía administrativa porque está sometido a presunción de integridad y de legalidad” -. También destacó “su función separada, distinta de la autenticadora, cuando hablamos de jurisdicción voluntaria, atributiva de derechos -y, por ello, muy cercana a la función judicial” - y su función legitimadora en el tráfico – “de fijación de seguridad en las relaciones jurídicas”-, no sometida a criterios de libre elección sino de competencia, y que produce efectos en el ámbito formal y material.

En cuanto a su función de jurisdicción voluntaria, incidió que “el notario es independiente, separado, no elegible” y en esta atribución “produce efectos de cosa juzgada formal y material, cabien-



Vida corporativa



Francisco Javier Gómez Gállego expuso una amplia visión sobre la función notarial

do un cierto grado de oposición”, y lo que se decide vincula a ulteriores operadores jurídicos. Además, afirmó que “es susceptible de revisión judicial.” Finalmente, en cuanto a la ley de crédito inmobiliaria, afirmó que “tenemos que definir conjuntamente las líneas para reforzar el sistema, y que la intervención notarial y calificación registral ayuden a que la hipoteca subsista.” A grandes rasgos, afirmó que “se trata de que haya una información precontractual y de explicación de los riesgos mucho más exhaustiva que la que ha habido hasta ahora – con un acta notarial, que queremos que sea obligatoria, en que el notario llegue a la convicción de que el prestatario conoce las consecuencias jurídicas y económicas del contrato – y hacer un test de evaluación al prestatario para asegurar que conoce realmente la operación.” En definitiva, aseguró, “todo ello para reforzar la protección del consumidor”, además de “luchar para que el notario pueda denegar la intervención cuando haya cláusulas abusivas.”

Diez testamentos de personajes históricos, accesibles a través de la exposición virtual “Testamentos que hacen historia”

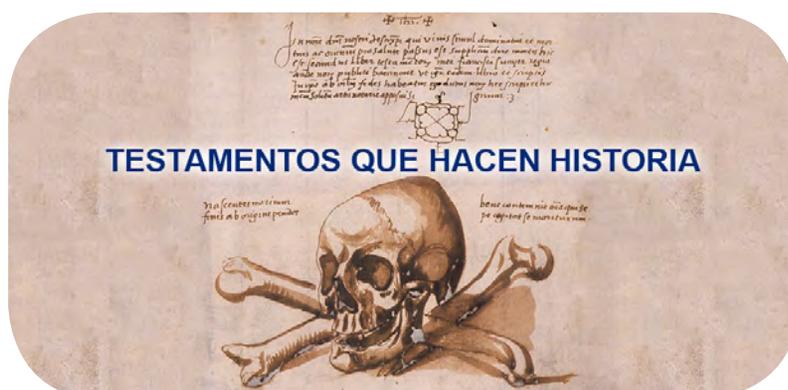
El mes de julio se presentó la exposición virtual “Testamentos que hacen historia”, una recopilación de diez documentos de últimas voluntades de personalidades históricamente muy relevantes como Pau Claris, Jacint Verdaguer o Enric Prat de la Riba, entre otros. Es la segunda exposición virtual que se pone en marcha para poner al alcance de todo el mundo la riqueza documental del Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, alojado en el Colegio Notarial de Cataluña.

La exposición permite visualizar íntegramente los testamentos de estas personas que han escrito algunos de los pasajes más importantes de la historia en los últimos siglos, además de incluir un resumen del contenido del documento y del contexto histórico en que se autorizó.

En el acto de presentación de la exposición, en palabras de Joan Carles Ollé, decano del Colegio Notarial de Cataluña, “nos abrimos para poner al alcance de todos los ciudadanos esta recopilación de documentos, como muestra de la gran riqueza que aporta como fuente de información la documentación notarial”. “De hecho – prosiguió - es la demostración más evidente y palpable de la implicación y el arraigo de los notarios en la sociedad a lo largo de la historia, donde hemos tenido una presencia constante en la vida diaria de todos los ciudadanos desde el siglo XIII hasta hoy día”. El acto también contó con la presencia del historiador Albert Balcells, quien pronunció la conferencia “El lugar de Enric Prat de la Riba en la historia de la Cataluña contemporánea” y Vicenç Ruiz, técnico del Archivo General de Protocolos de Barcelona.

El Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, con más de 180.000 volúmenes y ocupando 17 kilómetros de estanterías, es considerado el primer archivo notarial del mundo, junto con el de Génova. Cabe recordar que en los últimos años se han digitalizado los protocolos medievales de este Archivo, obteniéndose más de 750.000 imágenes. De estos, 900 volúmenes ya son actualmente consultables online y en abierto para cualquier ciudadano que quiera consultarlos.

La exposición virtual se puede visitar a través de la web del Colegio Notarial de Cataluña (www.notarios-decataluña.org), desde un banner específico, así como desde la sección “Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona”.



Reglas para la publicación de trabajos en *LA NOTARIA*

1. **CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
2. **REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
3. **EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el interin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
4. **ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
5. **PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
6. **NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.



Toda la
actualidad
del Colegio
en un solo
click

Puedes consultar la revista La Notaria,
otras publicaciones y toda la actualidad en
www.notariosdecataluña.org

Y también puedes acceder al Archivo
Histórico de Protocolos de Barcelona,
conocer la Fundación de los Notarios de
Cataluña, informarte sobre la Academia
de Opositores de Cataluña ...

**Todo esto y mucho más. Así de
fácil, así de cómodo, así de rápido.**