

LaNotaria

Número 2-3 | 2016

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

Nace la Fundación Mediación Notarial

La reforma hipotecaria: mejorar un sistema que funciona

«Los ciudadanos saben que los notarios
son una garantía de seguridad
y confían plenamente en ellos»

Entrevista a Diana Wallis

PRESIDENTA DEL INSTITUTO EUROPEO DE DERECHO

«Hemos preservado la confianza en el Notariado»

Entrevista a Juan José López Burniol

PREMIO PUIG SALELLAS 2016

Poder general vs Poder concebido en términos generales
Dirección General de Registros y del Notariado vs Tribunal Supremo

Josep M^a Valls Xufre

TRIBUNA

Alfonso Cavallé Cruz

Ernesto Tarragón Albella

Lluís Jou Mirabent

Antoni Bosch Carrera

Joan Carles Ollé Favaró

PRÁCTICA

La Ley 13/2015 y el por qué
algunos técnicos
nos empeñamos
en hablar de precisión

Protección
de las personas
vulnerables

DOCTRINA

El contrato de cuentas en participación
no es un contrato de sociedad

Un caso de alodio en el siglo XXI

La iniciativa legislativa popular para la regulación
de la gestación por subrogación en España:
un estudio desde la función del notario en el contrato
de gestación por sustitución



*Proveedor oficial
del CGPJ y de los
miembros de la
carrera judicial*

reDescubre

 **laleydigital360**

UN NUEVO CONCEPTO DE SOLUCIONES LEGALES

laleydigital360 es la solución jurídica integral para el profesional más exigente. Un entorno de conocimiento con **información, formación y software** que te ayudará a ser un profesional más eficiente, más completo, más 360.

MÁS INFORMACIÓN EN:

www.laleydigital360.es

Un nuevo concepto de soluciones legales

Servicio de atención al cliente

902 250 500 tel.

 **Wolters Kluwer**



COLEGIO NOTARIAL
DE CATALUÑA

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

José Javier Cuevas Castaño (*Vida corporativa*), Víctor Esquirol Jiménez (*Jurisprudencia/Resoluciones*), Elisabeth García Cueto (*Internacional*), Antonio Ángel Longo Martínez (*Práctica*), Javier Martínez Lehmann (*Jurisprudencia*)

Consejo editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luélmo (*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 Wolters Kluwer España, S.A.

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.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

La legítima, una vez más a debate

Entre los temas sempiternamente a debate, está la legítima. Las propuestas y soluciones son de lo más extremas, no faltando quienes proponen suprimir tan central institución del Derecho de Sucesiones, pero, en suma, de Familia, con muy diversos argumentos, desde la protección del cónyuge viudo a la empresa o el negocio familiar, o, sencillamente, la defensa de la libertad de testar del causante.

Parece, por ello, necesario precisar qué fines se pretende alcanzar, qué personas se quiere que sean las favorecidas —o más favorecidas de lo que lo están o pueden estar ya en la actualidad— y qué habría que modificar, tal que cuantía de la legítima, naturaleza de la misma, legitimarios, causas de desheredación o momento de la partición.

Así, y dada la multiplicidad de sistemas legitimarios, desde el de la Tierra de Ayala o Navarra, pasando por los actuales de Galicia y el País Vasco, a los ya más antiguos de Aragón, Baleares o Cataluña, lo primero que habría que preguntarse es si nuestra Constitución establece algún límite o exigencia, a lo que hay que responder, según entiendo, que el derecho a la herencia, art. 33.1, no está relacionado con la legítima, sino con que la propiedad no sea meramente «vitalicia», sino que se pueda transmitir —no en vano se protege la propiedad y la herencia—, y, por tanto, serían plenamente constitucionales todos los sistemas en vigor, pues, por otra parte, y salvo algunos cuestionamientos *in abstracto* con ocasión del pronunciamiento del Constitucional alemán sobre la necesidad de la legítima, nadie ha discutido su constitucionalidad. Más próximo a la necesidad de que, cuando menos, algo se diga por el causante en su testamento sobre los legitimarios sería el art. 10.1 CE, pues parece que toda persona tiene derecho a que se la reconozca como integrante de la cadena de quienes la han precedido y la seguirán, incluso aunque sean adoptados e incluso aunque sea para desheredarlos sin más, o con una fórmula meramente simbólica; así, más que suprimir la legítima, lo que habría es que ampliar las causas de desheredación o permitir la más amplia libertad de testar, aunque, en todo caso, con necesidad de pronunciarse el causante sobre todos los legitimarios.

Se quiere proteger la empresa o el negocio familiar, e incluso poderlo transmitir en vida. Aquí, junto a ser también una proclama de la Unión Europea la necesidad de facilitar su transmisión con fórmulas contractuales, se plantearía ya la propia naturaleza de la legítima, que tendría que ir hacia un derecho de crédito, su cuantía en el Código Civil español e incluso el permitir la legítima colectiva —con elección de uno o varios entre los que son formalmente legitimarios— o el salto transgeneracional —a los nietos—, pues no es infrecuente, dada la creciente longevidad, que cuando fallece el causante ya sean también personas de la tercera edad, o muy próximas, los hijos, y, a la vez, convendría modificar las reglas sobre computación e incluso la posi-

bilidad, siquiera sea parcial, de renuncia anticipada a la legítima, sea o no mediante su pago, con incluso facultad del causante de disponer con qué cantidad se deberá dar por pagado en la legítima el que la recibe anticipadamente. Para todo, aunque sean difíciles los sincretismos, hay ya fórmulas contrastadas en nuestros derechos civiles y en los más próximos y relevantes del Derecho Comparado.

La legítima y la herencia están íntimamente relacionadas con la familia, y esta es evidente que ya no es la patriarcal o jerarquizada, ni únicamente la matrimonial, sino que son muy frecuentes la monoparental, la familia no matrimonial, los segundos matrimonios, etc., a lo que se une la justa pretensión de proteger al cónyuge o pareja estable, así como de su anteposición a los hermanos o de que únicamente sean legitimarios los hijos y descendientes, ya ni siquiera los padres, y no digamos los abuelos. Pero todo ello, aunque relacionado, requiere de un tratamiento diferenciado. Cierto es que la fórmula del usufructo universal, con las legítimas actuales del Código Civil español, puede ser de difícil articulación, pero también habría que plantearse si lo que se quiere es dejarlo todo, y en propiedad, o si deben facilitarse fórmulas de aplazar la partición hasta que fallezcan ambos cónyuges o convivientes *more uxorio*, junto a diferenciar lo heredado de lo adquirido por ambos, y, desde luego, lo que es la libertad de testar frente al orden intestado, pues, en un caso, bastaría con ampliar la libertad de testar y, en otro, en la intestada, debería acomodarse la atribución de derechos a lo que puede considerarse que es justa pretensión ciudadana conforme a las nuevas realidades familiares.

Tampoco pueden desconocerse las rupturas matrimoniales y, junto a ellas, la posible existencia de hijos de distinto matrimonio huérfanos a temprana edad, en que lo patrimonial pueda ser lo menos relevante, aunque se puede querer que todos disfruten del total patrimonio del causante cualquiera que sea su origen, sin olvidar que la crisis económica haya hecho renacer situaciones dickensianas. Pero, a la vez, y partiendo básicamente de sucesiones intestadas, no es infrecuente el deseo de que no sea el progenitor el administrador, y, desde luego, menos el que pueda él, o incluso su familia, como herederos *ab intestato* del menor o incluso por cualquier título, *inter vivos* o *mortis causa*, heredar o adquirir por vía alguna nada proveniente del patrimonio del premuerto.

Finalmente, y conectada también con la determinación de los legitimarios, está la grave preocupación por proteger a los hijos u otros familiares en línea recta, o incluso de grado próximo colateral, que no pueden valerse por sí solos, estén o no ya con la capacidad judicialmente modificada. Desde luego, se han hecho progresos, pero no puede desconocerse que no funcionan los patrimonios protegidos, junto a que ya se contempla en otros ordenamientos jurídicos la contractualización de la protección de personas que no pueden valerse por sí mismas.

Todo ello requiere modificar, singularmente en nuestro Código Civil español, la regulación de las legítimas, pero no parece imprescindible, para dar solución a los intereses y personas que se quiere proteger por vía testada, pero con la necesaria previsión de que pueda fallecer intestada, tener que suprimir la legítima.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- La legítima, una vez más a debate
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- El Notario y la verdadera contratación hipotecaria con consumidores
Alfonso Cavallé Cruz 7
- Barcelona cumple su cita anual como capital europea del Notariado
Ernesto Tarragón Albella 10
- La Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, hoy
Lluís Jou Mirabent 12
- El Notariado y la atribución de nuevas funciones: impacto de las mismas en el ejercicio y en el ser de la función
Antoni Bosch Carrera 15
- Reforma hipotecaria y función notarial
Joan Carles Ollé Favaro 18



Entrevista

- «Los ciudadanos saben que los notarios son una garantía de seguridad y confían plenamente en ellos»
Diana Wallis 22
- «Hemos preservado la confianza en el Notariado»
Juan José López Burniol 27



Doctrina

- Poder general vs Poder concebido en términos generales. Dirección General de los Registros y del Notariado vs Tribunal Supremo
Josep M^a Valls Xufre 34
- El contrato de cuentas en participación no es un contrato de sociedad
Francisco Vicent Chuliá 48
- Un caso de alodio en el siglo XXI
Carmen Tort-Martorell 73
- La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestión por subrogación en España
Lorena Sales Pallarés 80



Práctica

- La Ley 13/2015 y por qué algunos técnicos nos empeñamos en hablar de precisión
Carmen Femenia-Ribera y Gaspar Mora-Navarro 88
- Protección de las personas vulnerables
Pedro Carrión García de Parada 94



Internacional

- Rapport du notariat du Togo. XXVI 1e Congrès International du Notariat Latin 110



Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Wolters Kluwer 120
- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Víctor Esquirol Jiménez 127



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones mercantiles y de la propiedad
Fernando Agustín Bonaga 135
- Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez..... 161



Bibliografía

- Recensión bibliográfica: «Derecho Privado Romano», de Antonio Fernández de Buján
David López Jiménez 171



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho..... 177

El Notario y la venidera contratación hipotecaria con consumidores

«Cometer un error y no corregirlo es duplicarlo» (Confucio)



Alfonso Cavallé Cruz
Decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias

La actual normativa sobre contratación hipotecaria ha demostrado, en relación con la actuación notarial, ser insuficiente al desaprovechar las posibilidades que brindaría la presencia del Notario en la fase precontractual. Algunas de las medidas de transparencia existentes actualmente en la norma que podrían haber aportado mayor seguridad jurídica y reducido la conflictividad quedaron en meras declaraciones de principios de escasa repercusión práctica.

La actuación notarial en la fase precontractual no es ninguna novedad. Es lo habitual en la contratación ordinaria, en los negocios jurídicos de familia y de sucesiones, donde los ciudadanos acuden previamente al Notario para conocer el qué y el cómo o, lo que es lo mismo, para informarse de los «medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se pro-





ponen alcanzar»⁽¹⁾. Como dice la Dirección General de los Registros y del Notariado⁽²⁾: **«En el ámbito de la actuación notarial pueden distinguirse, fundamentalmente, tres fases: 1.º El momento previo al otorgamiento del documento público, circunscrito a su preparación, redacción, asesoramiento e información. 2.º El momento mismo del otorgamiento, en el que las partes prestan su consentimiento y el Notario autoriza el documento y lo incorpora al protocolo. 3.º El momento posterior al otorgamiento, referido a la conservación, custodia y expedición de copias del documento público protocolizado».** Hoy es una evidencia, con corolarios perjudiciales para todos, tanto para el predisponente como para el adherente y para la sociedad, **que en la contratación de hipotecas seriadas o en masa se ha desaprovechado esta primera fase**, ya que este contacto previo al otorgamiento, las más de las veces, solo se tuvo con las entidades de crédito, sus empleados o gestores, y no con el consumidor-prestatario.

En la contratación de hipotecas seriadas o en masa se ha desaprovechado la primera fase de la actuación notarial previa al otorgamiento de documento público

Acudir en la fase precontractual a la Notaría permitiría al prestatario obte-

ner información y asesoramiento, con la tranquilidad que da la anticipación, sin los apremios, distracciones y prisas de los otros otorgantes, agentes o mediadores que concurren a la firma el día del otorgamiento, con intereses distintos a los del consumidor. **Esta posibilidad de examinar el documento y recibir información imparcial en los días previos será relevante para garantizar la máxima transparencia y confianza.** En este ámbito podría encuadrarse el derecho recogido en el art. 30 de la Orden de Transparencia de 2011⁽³⁾, en virtud del cual **el prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario, en el despacho del Notario, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento.** Este precepto no ha tenido el éxito que habría sido deseable por varias razones: la primera, porque no se impone expresamente al prestamista la obligación de avisar al consumidor de la existencia de este derecho; la segunda, por no establecerse en la ley una obligación clara y expresa a las entidades prestamistas de facilitar los datos completos a la Notaría con la anticipación mínima suficiente para que pudiese estar listo el borrador en los días previos; la tercera, porque permite la renuncia con excesiva facilidad, lo que, unido a lo anterior, hace que en la práctica esta fuese la regla general, y, por último, porque el Notario no tiene facultades para exigirlo y negar en caso contrario la autorización⁽⁴⁾. Estas deficiencias tienen fácil solución y deben ser resueltas en la nueva normativa.

Con ellas se garantizaría mayor transparencia y seguridad jurídica.

La libre elección de Notario está vinculada a uno de los caracteres más relevantes de la función notarial, que es el asesoramiento al otorgante del acto o negocio jurídico

También es necesario hacer realidad el derecho del consumidor a elegir el Notario que le suministrará *«información jurídica comprensible, a fin de que celebre el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico»*⁽⁵⁾. Este derecho es para el consumidor un derecho subjetivo, irrenunciable y no negociable⁽⁶⁾. Como dice el Tribunal Supremo⁽⁷⁾, la libre elección de Notario está *«vinculada a uno de los caracteres más relevantes de la función notarial, que es el asesoramiento al otorgante del acto o negocio jurídico, quien es lógico que pueda designar, de entre varios, al Notario que mayor confianza le merezca»*. La reforma de 2007 del Reglamento Notarial⁽⁸⁾ tuvo como uno de sus objetivos *«reforzar el régimen de libre elección del Notario»* y, en la contratación seriada o en masa, sirve para atenuar los desequilibrios de información. La libre elección de Notario está recogida como un mecanismo de transparencia en el art. 30 de la Orden de 2011⁽⁹⁾, a pesar de lo cual la falta de una normativa con rango suficiente y la ausencia de una sanción al predisponente en caso de incumplir o dificultar este derecho han permitido la proliferación de prácticas contrarias a él que podrían considerarse abusivas⁽¹⁰⁾.

La ley ha de facultar y obligar al Notario a indagar el grado de cumplimiento de la obligación por el prestamista de avisar al consumidor con antelación suficiente de su derecho a la libre elección de Notario

Para que el derecho del consumidor a elegir Notario sea verdaderamente eficaz, debería establecerse con claridad la obligación de respetarlo por parte del prestamista y las consecuencias de su



incumplimiento. Y además, de forma expresa, se debe fijar la obligación de avisar al consumidor con antelación suficiente, ya que «la libre elección de Notario es plenamente aplicable al momento previo, así como al otorgamiento del documento público»⁽¹¹⁾. También en orden a su efectividad es necesario que la ley faculte y obligue al Notario⁽¹²⁾ a indagar el grado de cumplimiento de esta obligación por el prestamista, como requisito para la autorización del documento.

Sería aconsejable que la futura Ley imponga que la entrega de la FEIN se efectúe en la propia Notaría y la suscriba el consumidor en presencia del Notario

Dice la **Directiva de la Unión Europea sobre contratos de crédito**⁽¹³⁾ que «es importante que el consumidor, una vez que haya facilitado los datos precisos sobre sus necesidades, su situación financiera y sus preferencias, **reciba la información correspondiente por medio de la FEIN**⁽¹⁴⁾, sin demora y con suficiente antelación antes de quedar vinculado por una oferta o un contrato de crédito, de modo que pueda reflexionar y comparar las características de los productos de crédito y obtener asesoramiento de un tercero, en caso necesario». Y a tal fin establece que «los Estados Miembros especificarán un periodo de siete días, como mínimo, durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa». **La apremiante Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios debería obligar al Notario a comprobar que se efectuó la entrega de la FEIN con suficiente antelación, que se adecúa al modelo con sus requisitos fijados en la norma, que no existen discrepancias entre su contenido y el de la escritura y, en caso contrario, denegar la autorización.** Sería aconsejable, por razones de eficacia, **que la futura Ley imponga que la entrega de la FEIN se efectúe en la propia Notaría y la suscriba el consumidor en presencia del Notario,** con lo que quedaría constan-

cia fehaciente de la fecha de su entrega y se garantizaría de modo eficaz la posibilidad de obtener información del Notario en fase precontractual.

Desde el punto de vista del empresario, **el Notario también debe ser utilizado para dejar prueba del cumplimiento de los deberes del predisponente relacionados con la transparencia real**⁽¹⁵⁾. El Notario puede obtener información de los otorgantes y dejar constancia documental de cualquier protocolo o actuación adoptado por el empresario en la fase precontractual para dar cumplimiento a «su propio deber especial de transparencia»⁽¹⁶⁾. Con su reflejo documental, quedaría prueba de la diligencia con la que obró y se evitará que, por falta de prueba, pueda ser el contrato tachado en el futuro de *abusivo* por falta de transparencia⁽¹⁷⁾.

La función del Notario de conformar el documento a las leyes debe ser generadora de confianza en la contratación seriada

Nadie se acuerda de santa Bárbara sino cuando truena. Lo mismo ocurre con los notarios, ya que nadie se acuerda de ellos, ni se echan en falta, hasta que se desata la tormenta que trastoca el orden jurídico, económico o social. **La función preventiva del Notario de conformar el documento a las leyes**⁽¹⁸⁾ **también debe ser eficaz y generadora de confianza en la moderna contratación seriada,** ya que es para las partes contratantes una garantía de la plena eficacia del contrato, y para la sociedad y el Estado, garantía del cumplimiento del ordenamiento jurídico y de la salud de la contratación.

- (1) Art. 1.º del Reglamento Notarial.
- (2) Resolución de 9 de septiembre de 2015.
- (3) Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- (4) La Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2016 declaró la

nulidad de los párrafos del art. 30 de la Orden de Transparencia, que facultaba al Notario para denegar la autorización cuando no se cumplían los requisitos de transparencia exigidos por la Orden, por considerar que una Orden Ministerial no tiene rango suficiente, pues, según la Sentencia, «determinadas competencias, sometidas al principio de reserva de ley, deben estar habilitadas por una norma de rango legal».

- (5) Art. 93.1 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.
- (6) Art. 89.8 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, y arts. 3 y 126 del Reglamento Notarial.
- (7) Sentencia de 20 de marzo de 2013.
- (8) Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento Notarial.
- (9) Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.
- (10) Estas prácticas podrían considerarse abusivas, con carácter general, conforme al art. 82.1 del TRLDCU y, en especial, los art. 89.8 (renuncia o transacción sobre el derecho a elección de fedatario) y 86.1 LCU (la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor o usuario, por incumplimientos de deberes del empresario, que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, como es el caso del derecho de elección de Notario).
- (11) Resolución de la DGRN de 9 de septiembre de 2015
- (12) Los notarios que, «en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán que se respete el derecho de libre elección de Notario» (art. 142 RN) y deberán velar por los derechos de los consumidores (art. 147 RN).
- (13) Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014.
- (14) Ficha Europea de Información Normalizada.
- (15) Como, por ejemplo, si el prestamista adoptó algún protocolo especial de actuación para garantizar la transparencia real de determinado contenido principal del contrato (Sentencia de 8 de septiembre de 2014).
- (16) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014.
- (17) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.
- (18) Art. 1 de la Ley del Notariado.

Barcelona cumple su cita anual como capital europea del Notariado



Ernesto Tarragón Albella
Notario de Castellón de la Plana
Delegado para la UINL del Consejo General del Notariado

El Colegio Notarial de Cataluña es la sede en la que cada otoño se reúne la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado (UINL) para tratar los asuntos propios de su competencia y dar lugar a una nueva sesión de la Academia Notarial Europea (ANE). Durante los días **18 y 19 de noviembre de 2016, el Colegio abrió sus puertas al Notariado europeo y los diferentes delegados de los treinta y nueve notariados que forman la CAE** gozaron, una vez más, de la hospitalidad catalana. En esta ocasión, cabe señalar dos novedades especiales: por un lado, **por primera vez acudía una delegación del Notariado de Serbia**, estrenando así su condición de nuevo miembro, el número 87, de la UINL, tras su ingreso en el Congreso Internacional celebrado en París en el anterior mes de octubre de 2016. Por otro lado, otra novedad fue la **presentación a esta Comisión Europea del Notario de Barcelona José Marqueño de Llano, que, elegido en el citado Congreso de París, va a ser Presidente de la UINL durante los próximos tres años**, en el periodo 2017-2019, y la presentación de quien va a ser la **Vicepresidenta de la UINL para Europa, la**

Notaria alemana Sigrun Erber-Faller, y del Secretario de la UINL, el Notario de Reus Pedro Carrión García de Parada.

Barcelona fue la oportunidad para el Presidente saliente de la UINL, el Notario de Dakar (Senegal) Daniel-Sédar Senghor, de despedirse del Notariado europeo. Por ser esta reunión de la CAE la última de la legislatura, también fue el momento de hacer balance de lo realizado en los tres últimos años; reconocer y agradecer la buena labor que el Presidente Pierre Becqué y su Bureau han desempeñado, y dar la bienvenida al nuevo Presidente de la CAE, el Notario de Palermo (Italia) Franco Salerno Cardillo, que asume la responsabilidad de impulsar y coordinar la Comisión durante los próximos tres años.

A la vista de los estudios realizados cuya conclusión se ha producido en la legislatura trienal que se cerraba, la CAE puede sentirse satisfecha por el trabajo hecho. Sus **estudios sobre la coordinación del Derecho europeo, el análisis de sus diferencias y la aplicación práctica notarial de las novedades legislativas** entendemos que son un instrumento útil

para perfeccionar el Notariado, difundir sus funciones, advertir errores y mejorar el servicio que el Notario presta a la sociedad. Basta dar un repaso a los títulos de los trabajos finalizados para advertir la importante labor llevada a cabo, y es de justicia el reconocimiento a todos aquellos notarios que con su estudio y trabajo han contribuido a su realización. En especial, debemos agradecer la labor de los diferentes coordinadores, que redactan los cuestionarios y analizan y coordinan las respuestas. Por ello, señalo que **los temas de estudio finalizados se referían a las siguientes materias: preparación, registro y archivo de los documentos electrónicos notariales; la evolución del Derecho de Familia y sus consecuencias para el Derecho Notarial; la situación de los notarios jubilados; un análisis del Certificado Sucesorio Europeo; la función notarial en relación con el ciudadano extranjero; las diferencias entre los conceptos legalización, certificación y autenticación, y un estudio relativo a la responsabilidad civil del Notario.** También la actualización de las fichas sobre regímenes sucesorios, regímenes económico-matrimoniales o protección de personas vul-



nerables es tarea permanente en la Comisión y sigue su proceso en curso.

Como principales novedades: la primera vez que acude una delegación del Notariado de Serbia y la presentación de José Marqueño de Llano como Presidente de la Unión Internacional del Notariado, de la Vicepresidenta y del Secretario de la UINL, Sigrun Erber-Faller y Pedro Carrión García, respectivamente

Sin duda, una de las obras de las que más satisfecha puede estar la CAE es la **publicación del libro *Sucesiones en Europa, escrito en colaboración con el CNUE y la Fundación IRENE*** (Instituto de Investigación y Estudios Notariales Europeos, por sus siglas en francés), cuya Presidenta, la griega Sofia Mouratidou, nos acompañó en la presentación de esta obra jurídica llamada a ser de gran utilidad en nuestros despachos, donde cada vez es más frecuente conocer de sucesiones donde hay un diverso componente internacional. Recordemos que, según fuentes de la propia Comunidad Europea, más de doce millones de personas estudian, trabajan o viven en un Estado Miembro del que no son nacionales, situación especialmente apreciable por la cantidad de jubilados europeos que nos visitan o residen en España.

Por otra parte, **la Academia Notarial Europea es el foro de debate de temas de interés social** que los notarios proponemos para que, con nuestra contribución, sean analizados desde tres puntos de vista: el académico, el judicial o administrativo y el estrictamente social. **En esta ocasión, el tema no podía ser de mayor actualidad, pues se trató de *Las consecuencias de la emigración y el Notariado***. El acto se desarrolló bajo la Presidencia del entonces Presidente del Consejo General del Notariado español, José Manuel García Collantes, y del Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé Favaró, y contó con la asistencia del Conseller del Departamento de Interior de la Generalitat de Cataluña, Jordi Jané Guasch.

La Notaria de Luxemburgo y Secretaria de la Comisión de Derechos Humanos de la UINL, Joelle Schwachtgen, actuó de moderadora, aportando el punto de vista notarial a un drama social de nuestros días que fue analizado en tres ponencias:

- La primera fue «**Ayuda, acogimiento e identificación de los emigrantes**», a cargo de la italiana Marilina Giaquinta, dirigente de la Policía Administrativa y Social de la Prefectura de Catania, Sicilia



(Italia), quien expuso la cruda realidad de quienes arriesgan su vida por cruzar un mar en unas condiciones lamentables con la esperanza de una nueva vida.

- El segundo tema fue «**Cuestiones judiciales y administrativas relacionadas con la inmigración**», a cargo del prestigioso Abogado de Barcelona Eduard Sagarra, especialista en estas cuestiones, que supo sensibilizar al auditorio con su brillante exposición.
- La tercera ponencia aportó el punto de vista académico con la intervención de Marie Goré, Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad París II, Panthéon-Assas, que realizó una magnífica síntesis de las «**Cuestiones jurídicas específicas de los inmigrantes**».

Las exposiciones fueron seguidas de un vivo coloquio que manifestó el interés general por este tema y nos recuerda que, con total respeto a la legalidad, ser extranjero o inmigrante no debe suponer ninguna merma en los derechos del ciudadano o dificultar su ejercicio; sin embargo, en la práctica, los ciudadanos extranjeros siguen hallando numerosos obstáculos en su vida cotidiana al ejercer estos derechos, siendo una de las dificultades la necesidad de presentar documentos que aporten la prueba requerida para gozar de un derecho o quedar sujeto a una obligación.

Por la asistencia de distinguidos ponentes y visitantes, por la calidad de los trabajos presentados y por la incomparable acogida del Colegio Notarial de Cataluña, que nunca agradeceremos bastante, se podría considerar que esta reunión de Barcelona ha sido un éxito de sus organizadores y de los delegados asistentes. Pero **el mérito de toda reunión notarial es de todos y cada uno de los notarios que, con su buena labor diaria, desde el anonimato de sus despachos, mantienen el prestigio de esta profesión, que se justifica por el valor añadido que**

aporta a la seguridad jurídica y por la utilidad social de su función pública.

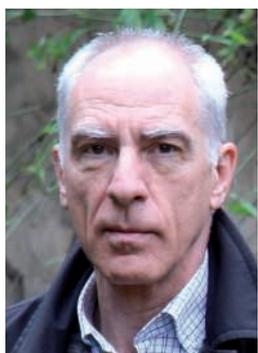
Sin duda, una de las obras de las que más satisfecha puede estar la CAE es la publicación del libro *Sucesiones en Europa, escrito en colaboración con el CNUE y la Fundación IRENE*

La circunstancia de que **dos españoles sean en este momento presidentes de la UINL y del CNUE evidencia el prestigio de nuestro Notariado**. El Notariado español, en las personas de nuestros compañeros Marqueño de Llano y García Collantes, ostenta la máxima responsabilidad y dignidad en la representación y gestión del Notariado. Les deseamos los mayores éxitos en su gestión y nuestro apoyo en la difícil y no siempre bien comprendida labor del Notariado internacional.

El mérito de toda reunión notarial es de todos y cada uno de los notarios que, con su buena labor diaria, desde el anonimato de sus despachos, mantienen el prestigio de esta profesión, que se justifica por el valor añadido que aporta a la seguridad jurídica y por la utilidad social de su función pública

Toda nuestra gratitud por la dedicación de quienes asumen responsabilidades y a quienes hacen posibles estos encuentros internacionales, que engrandecen, si cabe, nuestra querida profesión.

La Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, hoy



Lluís Jou Mirabent

Notario de Barcelona

Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

El pasado 13 de diciembre, fui elegido como Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, y por este motivo se me pide que contextualice para *La Notaria* cuál es el papel de la Academia hoy y que lo relacione con el Notariado.

La Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña fue instituida en 1840 por el Colegio de Abogados (hoy, de la Abogacía) de Barcelona, **con la finalidad de dotar a los juristas de la ciudad de un espacio autorizado desde el que influir en la labor legislativa de la España liberal**. Cincuenta años después, la Academia se reestructuró profundamente y, **en 1895**, junto con el Colegio de la Abogacía, **inició la publicación de la *Revista Jurídica de Catalunya***, una de las revistas jurídicas no especializadas de mayor difusión y tradición de los países iberoamericanos, y que,





además, ha sido clave para la difusión del conocimiento del Derecho catalán. **Otros hitos de relevancia pública fueron la organización del Primer y el Segundo Congreso Jurídico Catalán, en 1936 y 1971**, en ambos casos conjuntamente con otras instituciones jurídicas del país.

Integran la Academia treinta y seis juristas residentes habitualmente en Cataluña, de reconocida y relevante trayectoria y de las diferentes disciplinas y profesiones del Derecho: abogados, catedráticos de Universidad, magistrados y notarios, principalmente

Tras la revolución y la guerra, **fue suprimida en 1939 y reinstaurada con la actual estructura el 6 de abril de 1954**. Desde entonces, tiene la consideración de Corporación de Derecho Público, con un número limitado de miembros, y la han presidido Antoni M.^a Borrell i Soler, Joan Ventosa i Calvell, Josep M.^a Trias de Bes i Giró, Ramon M.^a Roca Sastre, Francesc d'A. Condomines Valls, Miquel Casals Colldecarrera, Josep Joan Pintó Ruiz, Lluís Figa Faura, Robert Follia Camps y Josep D. Guàrdia Canela, siete abogados y tres notarios, a quienes tengo ahora el honor de suceder.

Integran la Academia treinta y seis juristas residentes habitualmente en Cataluña, de reconocida y relevante trayectoria y de las diferentes disciplinas y profesiones del Derecho: abogados, catedráticos de Universidad, magistrados y notarios, principalmente, que son elegidos por cooptación por sus miembros entre las personas candidatas, quienes siempre requieren el aval previo de tres y el voto favorable de la mayoría absoluta de los académicos. A cada académico le corresponde una medalla que lleva el nombre de algún Jurista catalán destacado, entre ellos, los de los notarios Roca Sastre y Fèlix Falguera. **Actualmente, hay siete notarios académicos**. Ser recibido en la Academia como miembro de número es un gran honor para los elegidos. Equivale a ser reconocido por una trayectoria jurídica, profesional y de estudio por un jurado políticamente independiente, cualificado jurídicamente y prestigioso socialmente. Entrar en la Academia representa, normalmente, reencontrarse con



algunos de los profesores que tuviste en la Facultad, algunos de los maestros indiscutibles de cada campo del saber jurídico o algunos de los profesionales del Derecho más reconocidos. Y así va sucediendo de manera progresiva, a causa de la evolución natural de las personas elegidas.

La Academia celebra reuniones ordinarias aproximadamente cada quince días, entre octubre y junio. En estas, **tras tratar cuestiones de interés para la entidad, un académico presenta una comunicación sobre un tema de su especialidad, comunicación que se somete a debate**. Mencionaré algunas de las más recientes:

- «*El Reglamento de la Unión Europea en materia de sucesiones: aspectos generales y problemas de remisión a un ordenamiento plurilegislativo*», por Alegria Borràs.
- «*Els acords de custòdia de territori*», por Antonio Cumella.
- «*¿Ha incidido en la naturaleza jurídica de la función notarial la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria?*», por Elías Campo.
- «*El certificat successori europeu*», por Enric Brancós.
- «*El control judicial de l'arbitratge. A propòsit de la doctrina del TSJ de Madrid en matèria de productes financers*», por Francesc Tusquets.

- «*Veinatge civil: una sentència generadora d'inseguretat (la STS de 16 de desembre de 2015)*», por Tomàs Giménez Duart.
- «*Limitacions d'ús dels elements privatisius en la propietat horitzontal a Catalunya. Una referència als habitatges d'ús turístic*», por M.^a Eugènia Alegret y Lluís Jou.

En ocasiones, la Academia **celebra sesiones públicas y solemnes, normalmente con ocasión de la apertura del curso académico o la recepción de nuevos académicos, y también ha organizado sesiones abiertas sobre temas de interés**, como, por ejemplo, el debate sobre los conceptos «El ordenado empresario y otros personajes en la legislación mercantil», «La entrada en vigor del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro: autonomía privada y competencia judicial internacional» y «Corrupción y Justicia penal», temática sobre la cual versaron las tres últimas.

La Academia celebra sesiones públicas y solemnes, normalmente con ocasión de la apertura del curso académico o la recepción de nuevos académicos, y también ha organizado sesiones abiertas sobre temas de interés

El apoyo material del Colegio de la Abogacía es vital para la Corporación.



Cede de modo permanente a la Academia una sala de reuniones y le da el apoyo logístico imprescindible por medio de la adscripción de una persona de su plantilla que atiende con eficacia y profesionalidad las necesidades del día a día. **También es vital la ayuda de la Generalitat y, últimamente, la de la Fundación bancaria “la Caixa”,** que, con aportaciones económicas discretas, permiten que la Academia lleve a cabo su actividad: sesiones públicas o abiertas, publicación de los discursos de ingreso, publicación de los anales, relaciones de colaboración con otras academias... Es necesario destacar, en este punto, que ninguno de los académicos percibe dietas ni retribuciones.

A punto de entrar en la tercera década del siglo XXI, **la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña tiene delante el reto de hallar su lugar en la sociedad actual.** También lo tienen las otras nueve academias que hay en

Cataluña e, incluso, el Institut d’Estudis Catalans. **De hecho, es un fenómeno generalizado en todas las sociedades occidentales.** Más allá del reconocimiento honorífico de sus miembros, hoy día las academias no están en disposición de actuar ni como centros para generar investigación, ni como organismos para difundirla, dada la evolución positiva de la investigación universitaria en las últimas décadas. Por otro lado, su capacidad de colaboración con los poderes públicos, importante tiempo atrás, ha menguado, dada la creación de una multiplicidad de consejos asesores en todos los departamentos y ministerios.

Por ejemplo, Cataluña cuenta hoy con seis facultades de Derecho públicas y dos privadas, contra una única facultad hace sesenta años; se ha dotado de un Observatorio de Derecho Privado y una Comisión de Codificación, de una Comisión Jurídica Asesora y, a otro nivel, un Consejo de

Garantías Estatutarias, organizados por el Gobierno y el Parlamento de Cataluña, que sesenta años atrás hacía casi veinte que habían sido suprimidos; el Institut d’Estudis Catalans, que en 1954 era clandestino, hoy día cuenta con una financiación pública considerable, etc.

La sociedad catalana reconoce a la Academia un prestigio considerable por su labor (y la de sus miembros) a favor del estudio, la conservación y el desarrollo del Derecho de Cataluña y el progreso de las ideas jurídicas

Aun así, **la sociedad catalana reconoce a la Academia un prestigio considerable por su labor (y la de sus miembros) a favor del estudio, la conservación y el desarrollo del Derecho de Cataluña y el progreso de las ideas jurídicas.** En un tiempo como el actual, en que parece que solo sea relevante la solución práctica de los problemas del día a día, en que la inflación legislativa en todos los órdenes y niveles llega a grados de paroxismo, en que parece que saber Derecho sea solo conocer el texto de algunas normas de especialidad y, en cambio, pierden importancia los conceptos jurídicos, **la visión global del Ordenamiento, la finalidad de las leyes, la valoración sociológica del Derecho, la tradición propia del país y la existencia de un espacio de debate como la Academia son altamente provechosos.**

Me congratula ofrecerlo al Notariado del país, en general, y al Colegio Notarial de Cataluña, en particular, con quien considero que sería positivo explorar caminos de colaboración.

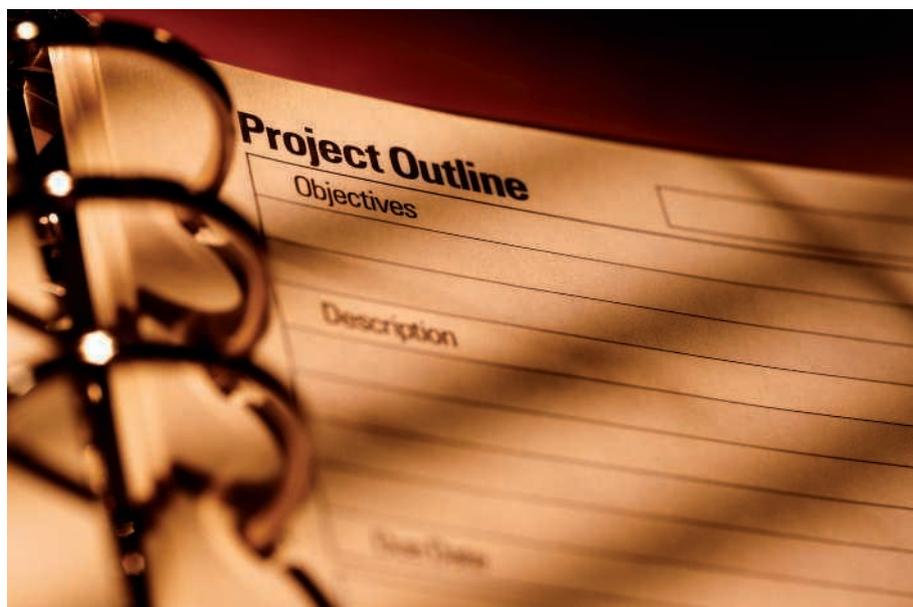
El Notariado y la atribución de nuevas funciones: impacto de las mismas en el ejercicio y en el ser de la función



Antoni Bosch Carrera
Notario de Barcelona
Profesor de la UIC

El Notariado sufre los efectos de los tiempos actuales. Son los efectos de la crisis —no únicamente la económica—. Son los efectos de lo que BAUMAN denomina *sociedad de la modernidad líquida*: «La crítica estilo consumidor ha venido a reemplazar a su antecesora, la crítica estilo productor». La sociedad occidental experimenta desde hace unas décadas una tensión creciente cuyo efecto más clamoroso son los cambios sociales, políticos y económicos larvados desde hace años.

Son tiempos de reformas y al mundo del Derecho nada de esto le es ajeno. **La reforma de la jurisdicción voluntaria culmina la reforma del proceso civil en España iniciada en el año 2000 con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.** La previsión establecida (disp. trans. 18.ª de la LEC) de tener listo un texto en un año se alargó hasta quince





años, y así aparece la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV). A partir de esta Ley, se fragmentan los procesos de jurisdicción voluntaria y entramos en un nuevo escenario con una división de procedimientos y una pluralidad de operadores. **Los notarios son parte importante en la reforma. Incluso se puede afirmar que son los actores principales de la reforma.** Este artículo intenta explicar cuáles son los efectos que la función notarial puede experimentar a causa de esta reforma a la luz de las también reformas en materia de blanqueo de capitales y de fraude fiscal.

Volvamos a la jurisdicción voluntaria. La primera pregunta: ¿por qué esta reforma? Como en otros casos, **la reforma viene motivada por la «presión» de la Unión Europea.** La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986 indicaba que era preciso adoptar las medidas necesarias para evitar la carga excesiva de los tribunales. Profundicemos más: ¿por qué Europa quiere desjudicializar estos procedimientos de jurisdicción voluntaria? Caben muchas respuestas, pero, **a mi entender, la reforma hay que enmarcarla en la crisis del Estado del Bienestar.** Las privatizaciones de empresas públicas, las reformas en materia sanitaria —copago y entrada de operadores privados en el sistema—, las reformas en educación —concertación de la educación con centros privados— o las reformas laborales son manifestaciones de esta crisis. Es un hecho que estas reformas han marcado la agenda política desde el inicio de este

siglo y parece que, por el momento, ignoramos hacia dónde nos llevará esta agenda.

La reforma de la jurisdicción voluntaria culmina la reforma del proceso civil en España iniciada en el año 2000 con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los notarios son parte importante en la reforma. Incluso se puede afirmar que son sus actores principales

Las leyes —de hecho, son reformas de leyes— que comentamos hay que anclarlas dentro de este proceso de reforma del Estado del Bienestar ya iniciado a finales del siglo pasado y **tienen un objetivo numérico claro: aliviar los Presupuestos Generales del Estado de unos déficits públicos que hoy parecen insostenibles.** O dicho de otra manera, evitar que la carga impositiva de los ciudadanos sea excesivamente onerosa o claramente contraproducente para la actividad económica. Pero —y el *pero* es importante—, en nuestro caso, no se trata de una privatización. **Técnicamente, la atribución de funciones de jurisdicción voluntaria a los notarios —entre otros— no es una privatización de las mismas, sino una desconcentración administrativa.**

El Notario es un funcionario público, dependiente jerárquicamente del Ministerio

de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado. **También es un profesional del Derecho con la función de asesorar a aquellos que acuden a sus servicios** (RN art. 1 redacc. RD 45/2007). **Además, la autonomía funcional y la independencia económica de los Presupuestos Generales del Estado hacen del Notario una figura interesante para gestionar funciones públicas sin coste directo para las cuentas públicas.** Esta singularidad se adapta muy bien a estos momentos de crisis presupuestaria, por lo que no es extraño que la solución adoptada en España haya sido satisfactoria para el Estado. Pero para los notarios, ¿es satisfactoria la reforma? **¿Es una buena idea la atribución de estas funciones de jurisdicción voluntaria a los notarios? Pienso que la respuesta es afirmativa, aunque —y disculpe el lector el matiz— no claramente afirmativa.** Es una reforma satisfactoria y puedo calificar de *buena idea* por parte del Estado atribuir estas funciones a los notarios. Sin embargo, **el papel —se podría decir *rol*— del Notario sufre cambios.** Citaremos un ejemplo. En la actualidad, el Notario puede documentar mediante escritura pública los convenios reguladores de separación y de divorcio. «*Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario Judicial o Notario y estos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente*» (CC art. 90.1 redacc. Ley 15/2015). En este caso, se pide al Notario que emita un juicio con base en la consideración de que un pacto puede ser dañoso o gravemente perjudicial. No hay duda de que esta función excede de las funciones clásicas o habituales de los notarios. Hay otros ejemplos iguales o de índole similar.

Técnicamente, la atribución de funciones de jurisdicción voluntaria a los notarios —entre otros— no es una privatización de las mismas, sino una desconcentración administrativa

Cambemos de registro. En esta línea —si bien con una justificación distinta— **hay que entender la atribución de nuevas y graves obligaciones a los notarios en materia de fraude fiscal y blanqueo**



de capitales. La reforma, en 2006, del art. 24 de la Ley del Notariado obliga al Notario a «*velar por la regularidad no solo formal, sino material, de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga*» (LN art. 24 redacc. Ley 36/2006). Si unimos esta obligación a las exigencias legales de envío de información mediante el denominado Índice Único Informatizado, resulta evidente la afirmación de que **el Notariado es un estrecho colaborador del Estado en la lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales.** Y añadido, además, que no podría ser de otra manera, tratándose de un funcionario público. La pregunta es entonces evidente: **¿suponen las reformas en materia de blanqueo de capitales y las referidas a la colaboración con la Administración —singularmente, la Tributaria— una modificación del *statu quo* notarial?** Como Notario con una experiencia cercana a 35 años de ejercicio, he de contestar que esta reforma ha supuesto y supone una modificación muy importante de la forma en la que venía ejerciendo la profesión. ¿En qué sentido? En el sentido que **se ha acentuado la actuación funcional en detrimento de la profesional.** A pesar de ello, el cambio no parece esencial. Resulta esencial el hecho de que al Notariado en su conjunto —mediante los organismos dependientes del Consejo General— y al Notario individuo —mediante el Índice Único Informatizado— se le hayan dado los medios para que pueda cumplir con eficacia una de sus funciones como funcionario público: servir al Estado. **Cuando el Notario no tiene los medios legales para imponer su autoridad, quedará siempre a merced de lo que las par-**

tes digan, pacten o hagan. El mero hecho de procesar, ordenar y analizar la información obtenida ha tenido una eficacia hasta ahora desconocida, eficacia que ha valido el reconocimiento de los notarios como útiles colaboradores contra el crimen organizado o el fraude fiscal.

El Notariado es un estrecho colaborador del Estado en la lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales. Lo que no podría ser de otra manera, puesto que el Notario es un funcionario público

Algo parecido ha ocurrido con la «crisis» de las hipotecas. **Los notarios no tenemos autoridad para «imponer» al Banco que retire una cláusula que pudiera ser abusiva, salvo que esté inscrita en un Registro de Condiciones Generales de la Contratación.** Nuestra función, en este caso, es informar, pero no podemos anular la cláusula o impedir que se incorpore al contrato. **Si el Estado quiere, puede dar esta autoridad a los notarios.** Entonces el Notario respondería de las cláusulas abusivas que no hubiera eliminado.

Sin duda, la atribución de estas nuevas funciones a los notarios no es neutral. El órgano ejerciente de las nuevas funciones atribuidas sufre una modificación no solo en su marco legal, sino también en su operativa: la función hace al órgano. Puede afirmarse que **los notarios amplían su**

función con los nuevos expedientes, pero, a la vez, dichos expedientes cambian su forma de trabajar. ¿Cambian su forma de ser? Esta es la pregunta que aletea en este artículo.

La conclusión es que **las normas citadas suponen un impacto —no un cambio— en un doble sentido.** Por un lado, **la función del secreto profesional tiene una excepción —una brecha— importante en materia fiscal y de blanqueo de capitales.** No hay duda de que esto ha cambiado la percepción que los otorgantes tienen del Notario.

La reforma ha supuesto un impacto en la profesión notarial: por un lado, destacar que el secreto profesional tiene una excepción —una brecha— importante en materia fiscal y de blanqueo de capitales y, por otro lado, la función del Notario como funcionario se amplía entrando en una esfera nueva: los juicios y las valoraciones

Por otro lado, **la función del Notario como funcionario se amplía entrando en una esfera nueva: los juicios y las valoraciones.** Entiendo que se marca una **nueva etapa, en la cual el desempeño de nuestro quehacer puede hacer que las nuevas funciones supongan no solo un impacto, sino también un cambio, quizás muy profundo, de la función notarial.**

Reforma hipotecaria y función notarial



Joan Carles Ollé Favaró
Decano del Colegio Notarial de Cataluña
Director de la Comisión de Codificación de Cataluña

Una afirmación preliminar: **nuestro sistema hipotecario ha sido y, en esencia, sigue siendo un buen sistema**, con tipos de interés bajos, muy garantista y dotado de un alto nivel de seguridad jurídica. Durante décadas, ha permitido el acceso a la propiedad de un porcentaje muy alto de familias españolas, bastante por encima de la media europea.

Los efectos de la aguda crisis económica que hemos sufrido en los pasados años, de efectos devastadores en muchos ámbitos de la vida económica y social de nuestro país, ciertamente también pusieron al descubierto determinadas carencias y disfunciones de esta legislación financiera e hipotecaria que hasta ese momento no se habían revelado y que, sin duda, provocaron algunas situaciones injustas y de indefensión para el consumidor, que era preciso corregir.





El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no hay duda que ha jugado un importante papel como motor de las reformas legales que se han impulsado en los últimos años en España y en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que ha provocado la necesidad de adaptación de todos los profesionales y de las propias entidades financieras. Hasta tal punto ha sido así, que en algún momento ha podido dar la sensación que un país como España, que es una de las primeras potencias europeas, ha tenido y tiene que ir legislando de manera exprés, a remolque de los dictados de Bruselas.

Hay que preservar el prestigio del que, en general, goza nuestro sistema jurídico y legislativo, y hay que evitar los constantes cambios normativos y las sentencias cambiantes. Los juristas necesitamos normas claras, seguras y estables

No sería bueno que esto siguiese siendo así en el futuro. Sobre todo, por dos motivos, básicamente: porque **hay que preservar el prestigio del que, en general, goza nuestro sistema jurídico y legislativo** y porque **hay que evitar los constantes cambios normativos y las sentencias cambiantes** y, en ocasiones, contradictorias, sorpresivas incluso, con gran eco mediático y social, pero que al final lo que pueden acabar provocando es un problema de inseguridad jurídica para particulares, empresas e inversores internacionales. **Los juristas necesitamos normas claras, seguras y estables.**

El Gobierno debe tomarse el tiempo necesario para debatir y generar un amplio consenso en los campos jurídico, económico, social y político, con la reforma que se está impulsando, para poder situar a nuestro país en la línea de las regulaciones completas y avanzadas en materia hipotecaria y de consumidores de algunos países de nuestro entorno europeo. Con ello, se conseguirá, además, que desde las altas instancias comunitarias se aparte el foco que ahora se proyecta con luces largas sobre las actuales debilidades de nuestra legislación.

En este orden de cosas, la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013** provocó una auténtica conmoción en el sistema hipoteca-

rio español, efecto traumático que se repitió con la **Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del mismo Tribunal**. Hay que reconocer que, cuatro años después, seguimos instalados en un escenario que no genera toda la confianza y la seguridad que debería generar sobre nuestro sistema jurídico.

El legislador español, en este periodo, ciertamente, ha realizado diversas reformas, siendo las más destacadas la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y la Ley 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, además del reciente RDL 1/2017, sobre devolución de cláusulas suelo. En general, se trata de medidas positivas que han permitido avanzar en la protección de los derechos de los consumidores y en la corrección de las disfunciones de nuestro sistema hipotecario.

También diversas comunidades autónomas, en el marco de sus competencias en materia de consumo, han legislado de manera correcta reforzando la posición del consumidor. Así, por ejemplo, en Cataluña, tenemos la Ley 20/2014, de reforma del Codi de Consum; la Ley 24/2015, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, y la reciente Ley 4/2016, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

Resulta evidente, sin embargo, la insuficiencia de estas medidas legislativas, a menudo fragmentarias, dado el confusionismo y las polémicas en que seguimos atrapados. **Es preciso seguir avanzando, aunque también debe decirse que, desde el Notariado, no somos partidarios de grandes giros, de drásticos cambios legislativos.** He afirmado antes y me reitero que nuestro sistema jurídico e hipotecario es bueno, en líneas generales, y que lo que precisamos son medidas muy concretas y precisas para corregir puntuales desajustes legales y adaptarnos a la legislación y jurisprudencia europea, básicamente en materia de control de transparencia y abusividad.

La trasposición de la Directiva europea sobre crédito hipotecario 2014/17/UE es una excelente ocasión para resolver definitivamente los principales problemas que la legislación y jurisprudencia europea ha planteado a nuestro legislador. Las reformas de estos años se han centrado, básicamente, en las carencias del procedimiento judi-

cial de ejecución, pero **no se han atendido en profundidad las nuevas necesidades de la fase contractual y precontractual.**

Tenemos un sistema de seguridad jurídica preventiva que goza de un amplio reconocimiento internacional, un sistema muy garantista de un único recorrido con dos intervenciones distintas, sucesivas y complementarias de dos funcionarios públicos: la del Notario y la posterior del Registrador, que garantizan la seguridad jurídica de consumidores, usuarios, empresas y las propias entidades financieras.

En particular, **la intervención del Notario se produce en el centro del iter transmissivo**, en el momento mismo de la celebración del contrato, que es cuando las patologías jurídicas pueden y deben ser evitadas y corregidas. **Cualquier solución que venga después**, sea registral o judicial, por definición, **ya llega tarde** y, según cómo se regule, ocasionará problemas, a veces insolubles a las partes, que en el momento del otorgamiento de la escritura ya habrán pagado el precio de la compraventa, financiado con el préstamo hipotecario y, consiguientemente, entregado por la entidad financiera el importe del préstamo.

Dotar al Notario de los resortes legales necesarios —insuficientes ahora— que le permitan ejercer un pleno control de legalidad, transparencia y abusividad es la medida más certera que puede adoptar el legislador

Los notarios no tenemos otro interés que poder seguir ofreciendo seguridad jurídica y confianza a consumidores y ciudadanos en general, si bien **pedimos que por el legislador se pongan a nuestro alcance las normas legales y los instrumentos jurídicos que nos permitan garantizar con la máxima eficacia los más óptimos parámetros de control de legalidad, transparencia y abusividad.** En ocasiones, nos hemos sentido de algún modo atados de pies y manos, entre la espada y la pared, pues la sociedad nos pide con toda lógica las máximas garantías y controles, pero, en cambio, la legislación vigente no nos da plenamente esos medios jurídicos. Confiamos en que ahora podremos dar un importante paso adelante en este sentido.



Dotar al Notario de los resortes legales necesarios —insuficientes ahora— que le permitan ejercer un pleno control de legalidad, transparencia y abusividad es la medida más certera que puede adoptar el legislador. Este es el elemento clave del sistema. Toda la grave problemática que en esta materia estamos arrastrando en estos últimos años se solucionará más fácilmente de lo que parece en el momento en que el legislador se decida a adoptar las medidas legales precisas para proteger, potenciar y, en cierta medida, blindar la intervención del Notario y la escritura en el contrato hipotecario. La mejor justicia es la preventiva, que evita conflictos y reduce la litigiosidad.

En este punto, es preciso destacar, para no dar pasos equivocados, que la vigente **Orden EHA/2899/2011, de transparencia**, contiene una regulación, en general, adecuada para garantizar los derechos de información y transparencia de los consumidores, y que basta con dar rango de ley, desarrollar y potenciar algunos aspectos contenidos en dicha normativa. El ejemplo más paradigmático es el derecho que concede dicha Orden a los deudores de examinar, en el despacho del Notario, el proyecto de escritura y ser asesorados por este en el plazo de los tres días anteriores a la firma. Sin embargo, un precepto tan importante y positivo no ha sido utilizado por prácticamente nadie en todos estos años.

En consecuencia, **la gran oportunidad** para superar los problemas que todavía arrastramos en el campo hipotecario **es el**

actual Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que traspone a nuestro ordenamiento la Directiva europea 2014/17/UE. Por lo que hemos conocido del Anteproyecto, se debe hacer una valoración globalmente positiva de la mayoría de medidas que se han anunciado y el sentido general de la reforma, si bien hay algunos aspectos que deben ser mejorados, desde mi punto de vista, que a continuación voy a exponer, aun a riesgo de que en el futuro el texto sufra cambios importantes.

La gran oportunidad para superar los problemas que todavía arrastramos en el campo hipotecario es el actual Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que traspone a nuestro ordenamiento la Directiva europea 2014/17/UE

En concreto, en la línea de lo que vengo defendiendo, hay que considerar un acierto la medida —que, sin duda, será positiva para el interés general— de **regular la intervención del Notario en la fase precontractual**, asesorando e informando a los deudores hipotecarios y controlando legalmente que se les haya entregado la información precontractual en el plazo de los siete días anteriores a la autorización de la escritura, lo que se incorporará a un acta notarial previa. Es muy importante que entre la información

previa inexcusable a facilitar por la entidad financiera se encuentre el **derecho a la libre elección de Notario**, aspecto este esencial. Asimismo, es preciso que se haya hecho llegar al Notario con antelación suficiente todos los antecedentes necesarios para la redacción del proyecto de escritura, de modo que pueda informar y asesorar sobre la misma al particular en los plazos indicados. Sería un error que el proyecto de contrato lo facilitase la entidad financiera dentro de la información precontractual, dado que es parte y no puede predeterminar la intervención del fedatario público en la eventual corrección y mejora del clausulado.

Es preciso dotar al Notario de un control de legalidad efectivo y amplio que le permita rechazar la autorización de la escritura cuando el contrato no cumpla con la normativa hipotecaria y, en general, con la legalidad vigente, algo que llevamos años reivindicando

Sin embargo, esta importante medida debe ir acompañada de otras para que todas las piezas del puzzle encajen adecuadamente, para blindar el sistema y para que, de una vez por todas, las cuestiones de transparencia y cláusulas abusivas dejen de ser el problema que son en la actualidad, que en definitiva es de lo que se trata. Merece la pena hacer el esfuerzo de corregir todo lo que haya que corregir y no quedarse a medias. Basta con algunas pocas medidas muy concretas, como he dicho.

Es imprescindible modificar el artículo 84 de la Ley de Consumidores y Usuarios, pues ha fallado estrepitosamente el actual sistema de control de cláusulas abusivas establecido por este precepto, basado en la inscripción de la sentencia firme en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Es cierto que diversas resoluciones de la DGRN han tratado de superar esta disfunción, pero sigue habiendo dudas e inseguridad. La solución parece relativamente sencilla: debería bastar que la sentencia firme que declare abusiva una cláusula se publique y divulgue por el CGPJ, dando traslado al CGN para que los notarios tuviesen que rechazar la inclusión de tal cláusula en la escritura.



Es preciso dotar al Notario de un control de legalidad efectivo y amplio, más allá de las cuestiones concretas de transparencia, que le permita rechazar la autorización de la escritura cuando el contrato no cumpla con la normativa hipotecaria y, en general, con la legalidad vigente, algo que llevamos años reivindicando. Basta con recuperar el desaparecido artículo 30.3 y 30.4 de la repetida Orden de 2011, anulado por una cuestión de reserva de ley por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2016, que confirmó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013. El sistema actual, en que el Notario debe limitarse en muchos casos a realizar las advertencias legales correspondientes, no es bueno para nadie, ni para los consumidores, ni para las entidades financieras, que pueden ver lastrada la ejecutividad futura de la escritura. Si el contrato no se ajusta a la normativa vigente, el Notario ha de tener la potestad de denegar la autorización.

El control de transparencia que está previsto que el Notario lleve a cabo en la fase preliminar, que se concretará en el acta notarial que deberá autorizar dentro de los siete días anteriores a la autorización de la escritura —y que va a ser la piedra angular del nuevo sistema—, debe tener carácter prácticamente obligatorio para el deudor, pues, en otro caso, corremos el serio peligro de que se convierta en papel mojado, como ya ha sucedido en el pasado con el derecho a examinar la escritura en los tres días anteriores a la firma.

Hay que evitar caer en la excesiva rigidez, pero pienso que el legislador debe adoptar las medidas necesarias para hacer

muy difícil la renuncia a este derecho, por no decir que habría que dotarlo de carácter obligatorio, pues la eventual renuncia a dicha información y asesoramiento luego debilitará el contrato, en perjuicio de todos y de la solvencia del propio sistema hipotecario. Desde luego, **esta acta debe autorizarse inexcusablemente en los días anteriores al otorgamiento de la escritura de hipoteca, dentro del plazo de siete días**. Permitir que se otorgue el mismo día de la autorización de la escritura —y probablemente en unidad de acto— sería una simple operación de maquillaje que nada solucionaría.

La garantía para el consumidor debe ser el control de transparencia y asesoramiento e información que le procurará el Notario, que es el funcionario público que el Estado sitúa en el centro mismo del contrato para proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos

Los notarios discrepamos de la medida que se propone, consistente en la suscripción por el deudor de una expresión manuscrita que deba incorporarse al acta previa que ha de autorizar el Notario en la fase preliminar. La garantía no puede ser un texto predeterminado firmado por el consumidor ante un empleado de la entidad, sea dicho con todo respeto. La garantía para el consumidor debe ser el control de transparencia y asesoramiento e información que le procurará el Notario,

que, en definitiva, es el funcionario público que el Estado sitúa en el centro mismo del contrato para proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos.

El Notariado también debe dar un paso adelante en este punto. El inmovilismo sería un error, pues la sociedad confía y espera del Notario soluciones a los problemas actuales en este campo. La propuesta que hay que defender y que toda la comunidad jurídica aplaudirá, surgida del propio CGN, es la de **incorporar al acta un test de transparencia y comprensibilidad**, donde, con preguntas claras y sencillas, el Notario se asegure de que el prestatario ha recibido y entendido toda la información, cláusulas y aspectos esenciales del contrato. Esta propuesta notarial, si se consagra legalmente, va a suponer una importante contribución a la reforma y un avance sólido y decisivo en la resolución de los problemas actuales derivados del control de transparencia. Otras soluciones notariales más pasivas y simplemente protocolizadas podrían quedarse a medias y no resolver suficientemente la encrucijada actual en este punto.

En definitiva, **todo cambio es una oportunidad y ahora es el momento de hacer visible el firme compromiso de todos** —legislador, operadores jurídicos y entidades financieras— **por reforzar los derechos y la protección de los consumidores**. Desde el Notariado, creemos firmemente que la justicia preventiva es la solución, y trabajamos y seguiremos trabajando para conseguir un marco legal todavía más garantista para el ciudadano y ofreciendo siempre la máxima seguridad jurídica.



«Los ciudadanos saben que los notarios son una garantía de seguridad y confían plenamente en ellos»

Diana Wallis

Presidenta del Instituto Europeo de Derecho

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Diana Wallis (Hitchin, Reino Unido, 1954) se licenció en Historia por la North London Polytechnic, donde se graduó como Bachelor of Arts. Posteriormente, obtuvo el Master of Arts por la Universidad de Kent. Antes de ser elegida como miembro del Parlamento Europeo, ejerció como Abogada en Londres y Hull y fue Consejera en el Consejo del Condado de Humberside y East Riding.

De 2007 a 2012 fue Vicepresidenta del Parlamento Europeo, representando en esta institución al Partido Liberal Demócrata desde 1999. El impulso de la mediación figura entre sus principales apuestas de presente y de futuro, y es miembro del equipo de dirección del Instituto Internacional de Mediación y Mediadora del Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR). También es miembro del Comité Ejecutivo del Institute for European Traffic Law, miembro fundador del Instituto Europeo de Iniciativas y Referéndums y miembro observador del UK Law Society's EU Committee, entre otros.

Desde 2013 preside el Instituto Europeo de Derecho, entidad sin ánimo de lucro centrada en contribuir a la mejora de la legislación europea, al refuerzo de la integración jurídica europea y a la formación.



P: Como Presidenta del Instituto Europeo de Derecho, ¿cuáles son los principales retos que afronta?

R: En primer lugar, es importante tener en cuenta que el Instituto Europeo de Derecho es una institución muy joven, sobretodo comparado con el Instituto Americano de Derecho, que cuenta con noventa años de historia y que es nuestra referencia. Nuestro objetivo es alcanzar la misma posición en la sociedad que actualmente tiene el Instituto Americano, así como su nivel de influencia en el desarrollo del Derecho. Pero, como decía, el Instituto Europeo se creó hace solo cinco años y todavía somos una institución muy joven. Aun así, hemos desarrollado diversos proyectos con los que hemos intentado influenciar en el desarrollo del Derecho y hemos avanzado en muchos ámbitos. Hemos puesto en marcha importantes proyectos en el ámbito de los contratos digitales o en el del procedimiento civil, un proyecto que está tomando mucho relieve, ya que lo ha aceptado el Parlamento Europeo, que es el legislador. De este modo, aunque estaba concebido como una pequeña aportación legislativa, será utilizado para impulsar las cosas más lejos. También recientemente estamos llevando a cabo un proyecto sobre el rescate ante la insolvencia en los negocios, y nos estamos embarcando en un gran proyecto con la red europea jurídica tradicional sobre la relación con las distintas formas de resolución alternativa de conflictos y el sistema de Justicia en las Cortes, algo que está sobre la mesa de las instituciones y que afecta de lleno a los notarios. De modo que intentamos cubrir muy diversas áreas, tener impacto en ellas y evaluar el impacto posterior en las organizaciones con las que trabajamos.

P: ¿Cuáles son los pasos a seguir tras terminar un proyecto?

R: Nuestro objetivo es llegar al Parlamento Europeo, a la comunidad jurídica y a los ciudadanos. Parte del interés del trabajo que llevamos a cabo desde el Instituto Europeo de Derecho —y que también es característico del Instituto Americano— es que aunamos esfuerzos de todos los juristas: abogados, notarios, jueces, académicos... El objetivo es juntarnos todos en una comunidad democrática —ya que votamos los proyectos— para ayudar y potenciar el desarrollo del Derecho europeo. No se trata de hacer de *lobby* para nuestra profesión o

para nuestro propio proyecto, sino de prestar un servicio público con espíritu altruista para tratar de ayudar al desarrollo del Derecho europeo.

P: ¿Cuáles son los principales objetivos alcanzados hasta el momento?

R: Creo que todos los proyectos que llevamos a cabo tienen una considerable influencia. Por ejemplo, el que desarrollamos en el ámbito del Derecho Contractual, así como el proyecto digital, el del procedimiento civil, el de insolvencia en los negocios y también en otros campos, como la Ley de Jurisdicción Criminal.

P: ¿Cuál es la aportación de los notarios al Instituto Europeo de Justicia?

R: Contamos con notarios de todos los Estados Miembros, que colaboran como miembros individuales, además de contar con miembros de la Corte Europea de Justicia o de los tribunales. De modo que cubrimos un gran perfil de profesionales. ¡E incluso admitiríamos a una institución como el Colegio Notarial de Cataluña!

P: Anteriormente había trabajado como Abogada, centrándose en los litigios comerciales europeos. ¿Es entonces cuando entró por primera vez en contacto con la mediación?

R: Cuando empecé a ejercer como joven Abogada en Londres, que era

precisamente cuando se inició el proceso de la Convención, trabajé —y llegué a ser socia— en una pequeña firma que tenía muchos clientes alemanes, belgas y suizos. Nos especializamos en los litigios transfronterizos, un tema que nos divertía. Pero, finalmente, me di cuenta de que lo que para los abogados era divertido quizás no lo era para los clientes, y que debía existir una mejor forma de tratar estos temas. Y reforcé esta visión mucho más cuando llegué al Parlamento Europeo. De hecho, el primer dossier que aterrizó sobre mi mesa era un informe sobre una regulación única, y vi los mismos problemas que en la época en que trabajaba para ese despacho de abogados.

Frente a un proceso judicial mucho más rígido, la mediación facilita un foro neutral donde las partes están bajo control y desde donde pueden, con total seguridad, explorar sus intereses, aquello que las partes realmente quieren para resolver el conflicto

P: ¿Cuáles son las principales ventajas de la mediación?

R: Claramente, en primer lugar, el hecho de que facilita un foro neutral donde las partes están bajo control y desde donde pueden, con total seguridad, explorar sus





Entrevista

intereses en lugar de ir a un proceso judicial, mucho más rígido, donde posiblemente no podrán exponer así sus intereses, aquello que las partes realmente quieren para resolver el conflicto. Además, la mediación ofrece una estructura, un formato que predispone a llegar a puntos de encuentro, a salvar las relaciones de negocio y, finalmente, a reducir los gastos respecto a un proceso judicial.

La mediación es, y debe seguir siendo, un proceso voluntario. Cuestión diferente es la información que sobre dicho proceso haya de darse a las partes. Además, debemos caminar hacia el concepto de tribunales como centros de resolución de conflictos, con diversas opciones

P: ¿Y cuáles son los principales inconvenientes?

R: El inconveniente que más me preocupa desde hace mucho tiempo, aun siendo una apasionada de la mediación, es que pueda existir un poder de negociación desequilibrado, una parte más débil o que alguna de las partes no conozca sus derechos legales. Es necesario que se establezca una relación que facilite obtener las mejores ventajas de la mediación, en las que creo firmemente, pero también alcan-

zar un resultado justo. Y por ello es por lo que creo que algunas profesiones jurídicas son a menudo acusadas de prevenir contra la mediación. Pero, si podemos encontrar el encaje entre las profesiones jurídicas y la mediación —y creo que, con abogados o notarios, es posible ofrecer esta combinación—, la mediación es la mejor forma de obtener buenos resultados.

P: En España solo un 1 % recurre a la mediación. ¿Cómo podemos acelerar el proceso de introducción?

R: Creo que es realmente difícil, y es un tema que me preocupa. La mediación es, y debe seguir siendo, un proceso voluntario. Esta es parte de su magia, si podemos llamarlo así. E intentar hacerla obligatoria creo que no funcionará. A lo que sí puedes obligar es a que a las personas en una situación de conflicto se les dé información sobre la mediación. Es decir, que cuando lleguen a esta situación de conflicto, debemos trabajar como lo hacen en Estados Unidos, en el concepto que llaman *multi-door Courthouse*, es decir, los tribunales como un centro de resolución de conflictos que ofrezcan diversas opciones. Así, la persona acude al Tribunal de Justicia porque es la referencia que todo el mundo conoce, pero, una vez allí, se le expone que existen muy diversas opciones para ayudarla a resolver el conflicto. Y que la mediación es una de ellas. Creo que nos tenemos que mover hacia un sistema donde podamos elegir cómo resolver el conflicto disponien-

do de toda la información sobre las posibles opciones para poder valorar cuál es la mejor en cada conflicto en concreto.

P: ¿Qué países lideran la mediación en Europa?

R: Es difícil decirlo, ya que existen muchos países que están haciendo cosas muy diversas. Reino Unido tiene un mercado muy desarrollado, pero no sé si podríamos decir que lidera la mediación. Eslovenia, por ejemplo, que es un país pequeño, está haciendo un gran trabajo en mediación, en parte gracias al gran esfuerzo de su actual Ministro de Justicia para promoverla. De modo que es muy variable. Yo no utilizaría la expresión *liderar*, aunque, echando una mirada tanto al Parlamento Europeo como al Instituto Europeo de Derecho, diría que son los países grandes, como Reino Unido, Alemania, Francia —que tiene gran influencia— o, por qué no, también España. Cuando llegué al Parlamento Europeo, asistí a un primer comité encabezado por Ana Palacio, y había representantes españoles con fuerza, como el canario Manuel Medina Ortega. De modo que España está muy presente y hay que tenerla en cuenta, así como algunos países recién incorporados, que quieren dejar su huella. Precisamente, poco después de que Reino Unido votara salir de la Unión Europea, recibí un correo electrónico de un Profesor alemán, buen amigo mío, que me preguntaba si creía que era un buen momento para trabajar un Código Civil europeo. Le contesté que sí, que es buen momento, pero sin los británicos, aunque me gustaría que no fuese así.

Para tener una mediación equilibrada, se ha de asegurar que las partes tengan acceso a consejo legal para elaborar una propuesta de solución. Además, los tribunales deberían promoverla en la manera y en el momento correctos

P: ¿Cuál es el perfil ideal de un Mediador?

R: Quiero ser muy prudente para que no se interprete que debe ser un Abogado, pero reitero que, para tener





una mediación equilibrada, debes asegurar que las partes tienen acceso a consejo legal para elaborar una propuesta de solución. Sé que no todos comparten mi opinión, pero creo que es necesario, así como una supervisión posacuerdo, sobre todo teniendo en cuenta que el acuerdo va a tener la misma fuerza que una resolución judicial. Las partes han de sentirse cómodas, esto es ser legal.

P: ¿Es importante que la Judicatura promueva la mediación?

R: Sí, creo que los tribunales deberían promoverla y, de hecho, son conscientes de ello. Pero deben hacerlo de la manera y en el momento correctos. Precisamente desde el Instituto Europeo de Derecho estamos estudiando la forma de conseguirlo a través de un proyecto conjunto con la Judicatura.

P: Acabamos de presentar la Fundación Mediación Notarial. ¿Cómo cree que los notarios pueden contribuir a la mediación?

R: La Fundación Mediación Notarial tendrá su propio público, su red de contactos y una extensa base de conocimientos. El hecho de que una institución como esta promueva la mediación seguro que será de gran utilidad, ya que los ciudadanos saben que los notarios son una garantía de seguridad y confían plenamente en ellos. De modo que notarios y mediación son una buena combinación.

P: Antes de presidir el Instituto Europeo de Derecho, fue miembro del Parlamento Europeo durante más de doce años y Vicepresidenta durante cinco. ¿Cuáles cree que fueron los principales objetivos alcanzados durante su Vicepresidencia?

R: Es difícil decirlo, ya que estuve implicada en numerosos proyectos y son muchos los que podría destacar, pero escogeré aquellos que creo que marcan la diferencia en la vida de las personas o a nivel europeo. Nombraré tres, porque son muy ilustrativos de distintos aspectos del papel que juega el Parlamento Europeo, en un momento en que hay mucha gente crítica acerca de Europa. Durante mi etapa como Vicepresidenta, fui responsable de la Unidad de Transparencia e hicimos una enorme labor, junto a la Comisión Eu-



ropea, para poner en marcha un registro de transparencia para los *lobbies* o grupos con intereses representativos. Pusimos en marcha un Código de Conducta para los miembros del Parlamento Europeo que todavía hoy está en vigor. Creo que en esta área hicimos un enorme trabajo, y de gran importancia.

Otro tema que destacaría es que, precisamente en este momento en que mi país, Reino Unido, está considerando abandonar la Unión Europea, forzosa-mente debemos pensar en algunas leyes menores que hicimos entonces, pero que marcan una diferencia. Por ejemplo, como Abogada especializada en el ámbito transfronterizo, llevé casos de personas que habían tenido un accidente de tráfico en un país, resultando heridas o incluso con peores consecuencias, y vi las enormes dificultades que tenían para reclamar sus derechos. De modo que, una vez estuve en el Parlamento Europeo, tuve la oportunidad —y fue difícil conseguirlo— de juntar algunas disposiciones del procedimiento de una regulación única y la Directiva sobre monitorización de seguros. Esto significa que, si una persona sufre un accidente de tráfico en un país distinto al suyo, podrá reclamar en su país de origen. Y esto es muy importante, se lo aseguro, porque en ese momento la persona está en una situación de vulnerabilidad. Una medida que fue refrendada por el Tribunal de Justicia Europeo, siendo la mayor obligación no contractual dictada que afecta a la movilidad de ciudadanos europeos.

Por eso ahora me entristece pensar que los británicos, a raíz del Brexit, podemos perder este derecho.

Se debe poder «tocar», ver y sentir el trabajo del Parlamento Europeo. Se trata de ser más visibles con iniciativas en las que el Parlamento se dé a conocer más que firmando tratados. Esto puede marcar la diferencia

Y el último aspecto que querría destacar son aquellas pequeñas cosas que afectan a la gente normal y corriente que representamos. Por ejemplo, recuerdo el caso de una señora, precisamente de mi zona, que estaba inmersa en un divorcio en el que su cónyuge se había llevado a su hijo a Malta, y gracias a la delegación que este país tiene en el Parlamento Europeo pudimos resolverlo. Son pequeñas acciones como esta las que marcan la diferencia en las vidas de los ciudadanos y las que realmente son importantes.

P: ¿Cuál cree que es el futuro del Parlamento Europeo?

R: Es un momento complicado. Respeto el resultado del referéndum de mi país y entiendo por qué ha sucedido y que los unionistas estén arrepentidos, pero temo las consecuencias que tendrá. Espero que quede acotado a Reino Unido, que salgamos de



Entrevista



esta, y que no produzca un *efecto dominó* en Europa —que, por otro lado, creo que es suficientemente fuerte como para superar esta situación. Pero, por otra parte, espero que Europa haya tomado nota, porque esta no es una cuestión que afecte solo a los británicos, sino que indica que algo está fallando, que hay algo que no se ha hecho bien. Y debemos tenerlo en cuenta. Tenemos que estar muy alerta para detectar qué debemos cambiar. Creo que el Parlamento Europeo se percibe más como una institución que hace muchas pequeñas cosas y aportaciones legislativas menores, más que como una institución que se concentra en las grandes cuestiones. Esta percepción no ayuda en absoluto y debe cambiar.

También creo que debe haber una mejor relación de trabajo entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales. Sugiero dos cosas: una es que, cuando la Comisión presenta, anualmente, su programa de trabajo, debe existir una forma de facilitar un debate en los parlamentos nacionales —en el caso de España, ya sea en Madrid o incluso en parlamentos como el de Cataluña—, donde el programa se pueda debatir a la luz de los medios de comunicación y con la asistencia de algunos miembros del Parlamento Europeo para que capten el tono de los parlamentos nacionales, con el fin de acercar ambas instituciones. Y, por otro lado, siempre he dicho que el Parlamento Europeo gasta mucho dinero moviéndose de Bruselas a Estrasburgo, además de que, cada vez que hay una nueva Presidencia, esta viaja a las distintas capitales. Sería mejor que cada uno de los distintos comités —el de Asuntos Legales, el de Empleo, etc.— se reuniera, una

vez al año, en uno de los Estados Miembros, no en la capital. De esta forma, la gente podría «tocar», ver y sentir cuál es el trabajo del Parlamento Europeo. Son dos pequeñas cosas que pueden parecer una locura, pero creo firmemente que es con iniciativas como estas como el Parlamento Europeo debe darse a conocer, más que firmando tratados. Esto puede marcar la diferencia. Se trata simplemente de hacerse más visible.

Europa actúa con cierta esquizofrenia en su forma de desarrollar el Derecho europeo. Hay mucha tensión entre dos modelos de actuación: por un lado, el respeto a las leyes nacionales; por otro lado, la necesaria armonización de los mercados internos

P: ¿Hacia dónde cree que avanza el Derecho europeo?

R: Creo que es difícil decirlo, pero seguro que la mediación jugará un papel importante. Creo que Europa actúa con cierta esquizofrenia en su forma de desarrollar el Derecho europeo. Por un lado, respeta totalmente las leyes nacionales, ya que se utilizan para resolver el conflicto, y refuerza las leyes nacionales, lo que es comprensible y soy la primera en apoyarlo. Pero, por otro lado, tiene el espíritu de armonizar los mercados internos. Y hay mucha tensión entre estos dos

modelos de actuación. Cuando entré en el Parlamento Europeo por primera vez, una de las primeras cumbres que tuvieron lugar se centró en la Justicia, en las distintas visiones de la Justicia y en la necesidad del acceso a los tribunales de otros países miembros con la misma facilidad con que se accede a los del propio país. Suena perfecto, pero nunca lo hemos conseguido. Parece que hemos perdido la capacidad de tener una visión de la Justicia europea y hay gente con visiones que incluso asustan. Pero el mercado interior funciona, y de forma similar debemos tener un modelo de Justicia europeo que también funcione. Debemos ver hacia dónde vamos, en lugar de centrarnos en aproximaciones esquizofrénicas.

Estamos viviendo un momento de grandes cambios en la forma en que se nos presenta y ofrece la Justicia debido a los sistemas alternativos de resolución de conflictos y a las nuevas tecnologías

P: ¿La Justicia en el siglo XXI es imposible de imaginar sin los sistemas alternativos de resolución de conflictos?

R: Absolutamente. Creo que estamos viviendo un momento de grandes cambios en la forma en que se nos presenta y ofrece la Justicia, en parte gracias a los sistemas alternativos de resolución de conflictos y en parte por las nuevas tecnologías. Y debemos ver qué papel jugarán. Lo único que me preocupa un poco es que prime siempre la Justicia, también en los métodos de resolución alternativa de conflictos.

P: ¿Quiere mandar un mensaje a los notarios, a raíz de la creación de la Fundación Mediación Notarial?

R: Simplemente, decirles que es un excelente proyecto y que los notarios deben implicarse en él y jugar un papel muy importante en su desarrollo. No se trata de competir, sino de complementarse desarrollando su función, de forma que todos salgamos ganando.



«Hemos preservado la confianza en el Notariado»

Juan José López Burniol

Notario. Premio Puig Salellas 2016

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Juan José López Burniol (Alcanar, 1945) se licenció en Derecho por la Universidad de Navarra en 1967 y aprobó la oposición a Notario en 1971, año en que tomó posesión de su primera Notaría, en Valdegobia (Álava). Posteriormente, ejerció la profesión en Tudela (Pamplona) y, en 1977, fue nombrado Notario de Barcelona, donde ejerció hasta marzo de 2015, momento de su jubilación.

Entre los cargos en instituciones académicas y jurídicas, cabe destacar que fue Decano del Colegio Notarial de Cataluña (1987-1989) y que ha sido durante más de veinte años Profesor de Derecho Civil catalán en la Universidad Autónoma de Barcelona (1982-1990) y la Universidad Pompeu Fabra (1990-2003); Magistrado del Tribunal de la Mitra de Andorra (1987-1993) y primer Presidente del Tribunal Constitucional de aquel país (1993-1995); miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña; Presidente de Tribuna Barcelona (1995-2006); miembro y Presidente del Consejo Social de la Universidad de Barcelona (1995-2007); miembro de la Comisión Jurídica Asesora (1998-2005); miembro de la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió (2000-2004); miembro del Círculo de Economía y vocal de Junta (2002), y miembro del Consejo de Administración de "la Caixa" (2005), del Patronato de la Fundación "la Caixa" (2005) y de la comisión ejecutiva de CaixaBank (desde 2011).

Escritor, autor de numerosos artículos de opinión en prensa y colaborador en varios medios de comunicación, ha editado notables estudios sobre Derecho Civil, especialmente de Familia y Sucesiones, así como de Derecho Notarial y Derecho Público. También se ha especializado en materias del Derecho relacionadas con la situación jurídica de las personas discapacitadas.

Este año ha sido merecedor del premio Puig Salellas, el máximo galardón que otorga anualmente el Colegio de Notarios de Cataluña, en reconocimiento a su ejemplar y muy destacada trayectoria notarial.



Entrevista

P: ¿Qué balance hace de sus más de 40 años de Notario?

R: El balance es extraordinariamente positivo. El Notariado me ha dado el oficio que vertebra toda mi vida y una determinada manera de hacer que, en definitiva, he copiado de la manera de hacer de mi padre, que también era Notario. Por consiguiente, en primer lugar, me ha dado un medio de vida. En segundo lugar, me ha dado una plataforma absolutamente extraordinaria para captar el cambio social enorme que se ha producido en los últimos 40 años y más allá, ya que, como hijo de Notario, también puedo incorporar la experiencia comentada con mi padre. Desde después de la Guerra Civil, la Notaría ha sido un observatorio extraordinario para captar el cambio social. Y, en tercer lugar, me ha dado independencia, que es fundamental. Porque es un oficio en el que desarrollas una función pública con criterios profesionales, que te da una libertad de actuación extraordinaria, si la sabes aprovechar y la cultivas un poco. Por lo tanto, al final de mi vida, solo puedo sentir gratitud por un oficio que ha sido para mí tan determinante.

El Notariado me ha dado el oficio que vertebra toda mi vida, una plataforma extraordinaria para captar el cambio social enorme que se ha producido en los últimos 40 años e independencia

P: Desde la perspectiva que le ofrece el hecho de haber sido Notario en

un pueblo pequeño, Valdegobia (Álava), en una ciudad pequeña, Tudela, y en Barcelona, ¿cuáles cree que son las diferencias de ejercer en una población grande o pequeña?

R: Hay diferencias, evidentemente, pero también hay similitudes. En un ámbito reducido como Valdegobia, con 3.000 habitantes distribuidos en más de 20 núcleos urbanos, acabas conociendo absolutamente a todo el mundo y el oficio se desarrolla con una gran facilidad. Tudela, el segundo pueblo de Navarra, tenía una industria de una cierta envergadura y el boom de la construcción se dejó sentir con una fuerza tremenda, como en toda la cuenca del Ebro, pero, cuando llevabas allí dos años, ya llegabas a captar totalmente la situación. En Barcelona, hacerle un hueco es mucho más difícil y no llegas a tener nunca un conocimiento directo e inmediato de todas las personas que pueden venir a tu despacho. Ahora bien, también hay algunas similitudes, porque en todas partes, sea un pueblo pequeño o una ciudad mediana o grande, un Notario que arraiga y desarrolla su oficio buscando la confianza de la gente en su ejercicio profesional acaba actuando de forma muy parecida. Quizás aquella función de asesoramiento que en los pueblos ejerces directamente con la gente, en Barcelona, a menudo, la realizas a través de los abogados, aunque al final también la haces a través de la gente. Es decir, la raíz del oficio, que es la confianza, funciona idénticamente en todas partes.

P: ¿Es más gratificante ejercer en un tipo de población u otro?

R: Yo no digo que el ejercicio profesional es más gratificante en los

pueblos —que puede serlo— que en una ciudad, porque en los pueblos hay algunos inconvenientes que en la ciudad no existen. La ciudad tiene un cierto anonimato y, por consiguiente, la competencia entre notarios queda mucho más difuminada. En los pueblos, todo el mundo se conoce, y la competencia, en ocasiones, puede ser mucho más agria. Creo que lo que sí es positivo no solo para los notarios, sino también para los jueces, por ejemplo, es pasar primero por sitios pequeños para foguearse y aprender el oficio. Ir directamente a una ciudad grande creo que es una perversión del sistema. En Valdegobia, no tenía oficial y lo hacía todo: la matriz, las copias, cobraba las escrituras, tenía el contacto con el Colegio... Así aprendes el oficio. En Tudela, ya había una estructura, pero, a pesar de ello, el contacto es muy directo. Un Notario muchas veces tiene que decir que no, y aprender a decir que no se hace más sencillo en los pueblos que en las ciudades. Recuerdo las palabras del Notario Josep Faus Condomines, que ejerció prácticamente toda la vida en Guisóna, que decía: «A un Notario se lo conoce más por las escrituras que no firma que por las que firma».

P: ¿Cómo cree que debe ser un buen Notario?

R: En primer lugar, debe conocer el oficio. Y, en segundo lugar, debe ser buena persona, es decir, debe buscar la imparcialidad, porque ante el Notario comparecen dos partes. Si las dos partes son idénticas en fuerza, en economía, en conocimientos... ya se las arreglarán, pero muchas veces las posiciones de las partes son desiguales. El Notario, con su asesoramiento, debe ser «equilibrador», como decía el Notario Mezquita. Además de saber, el Notario debe darse cuenta de que su oficio no es la autenticación automática, no es un “Don Tancredo” que está presente en un contrato, sino que debe tener una función activa recibiendo la voluntad de las partes, dándole forma, asesorando respecto a las consecuencias de lo que quieren hacer, controlando la legalidad y, solo al final, se autentica. Y la gente lo capta extraordinariamente. En Cataluña había una frase que lo definía muy bien: hay notarios para ir a comprar y notarios para ir a vender.

P: De cada 100 libros que ha leído, ha afirmado que 15 son de Derecho, 70 de historia y el resto variados. ¿Cree





que ser un gran conocedor de la historia lo ha ayudado a ser un buen Notario?

R: Yo diría que el conocimiento de la historia sirve para todo, la experiencia anterior sirve tanto a un Notario como en nuestra vida personal. Tony Judt, Político inglés, decía que uno de los defectos de nuestro siglo es el desconocimiento de la historia. Los notarios, por ejemplo, que tuvieran un cierto conocimiento de la historia se habrían podido dar cuenta perfectamente, antes de estallar la última crisis económica, de que se estaba generando la misma burbuja que se había generado en los años 20 en Florida, y que terminó con el Crack del 29, que no solo fue bursátil, sino también inmobiliario. La historia sirve siempre, y ahora precisamente estamos viviendo tiempos absolutamente apasionantes y el conocimiento de lo que ha pasado antes es muy útil para saber lo que pasará. La historia nos dice que, cuando un determinado sistema político deja fuera a una parte significativa de la población, ese sistema fracasa. En estos momentos, nuestro sistema, el de los países occidentales, está dejando fuera a una parte significativa de la población, la que algunos denominan *los indignados* y que yo llamo *los no instalados*, es decir, aquellos que están en puestos de trabajo precarizados, con salarios que no son presentables y que comienzan a desconfiar extraordinariamente de las élites políticas, económicas, profesionales y mediáticas. Cuando esto ocurre, el sistema se resiente y puede acabar con un pequeño descalabro.

Un Notario debe conocer el oficio y ser buena persona. El Notario, con su asesoramiento, debe ser «equilibrador», su oficio no es la autenticación automática

P: En estos momentos parece que empezamos a salir de esta crisis que ha sido —o es— una de las más importantes de los últimos años. ¿Considera que vivimos en una sociedad inmersa en una doble crisis, política y económica?

R: Me impactó mucho lo que recogía el Historiador Jesús Pabón en la biografía de Cambó, donde decía que España era «un país desafortunado, porque le coinciden, a veces, la crisis política y la económica». Él hacía referencia a los años 30, cuando se

vivieron las consecuencias de la crisis económica de 1929 y se produjo la crisis política del cambio de régimen, pasando de la Monarquía a la República. En estos momentos, en España vivimos una situación similar. Iniciamos una crisis económica que estalló en 2007, una poco antes que la crisis económica mundial, que la agravó, y al mismo tiempo tenemos una crisis política muy notable, una crisis que yo diría que es la de la Segunda Restauración. Yo la comparo con el descalabro de después de la Primera Restauración, la época de Amadeo de Saboya, cuando hubo que reconstruir el Estado. ¿Y qué se hizo? Fue la primera vez que se restauró la Monarquía. Entonces, durante 30 o 35 años, las cosas fueron bien. Después, como dice Maura, los partidos fueron incapaces de gobernar, se intentaron gobiernos de coalición —en alguno participaba la Lliga de Cambó—, pero no lo consiguieron y acabó con la Dictadura de Primo de Rivera. Más adelante, con la muerte del General Franco después de una Dictadura de 39 años, la situación era complicada y se solucionó volviendo a la Monarquía y haciendo la Constitución. Hemos estado 30 o 35 años más en los que las cosas han funcionado, el país ha cambiado de piel, ha venido dinero de Europa... y a partir de un determinado momento, vuelve lo mismo de antes: los partidos son incapaces de gobernar, no hay posibilidad de hacer coaliciones y hemos estado 10 meses para formar gobierno.

En este momento, las élites deberían hacer un esfuerzo extraordinario para convencer a la gente e impulsar algunas reformas importantes, no solo la reforma constitucional

P: ¿Y hacia dónde cree que evolucionará?

R: Creo que, en este momento, las élites —y no solo las políticas, sino también las económicas, el funcionariado, la prensa, la comunicación...— deberían hacer un esfuerzo extraordinario para convencer a la gente e impulsar algunas reformas importantes, no solo la reforma constitucional. El otro día asistí a un debate extraordinariamente interesante en el que se hablaba de cómo se podría eliminar la marginación de mucha gente —hay un 16 % de la población que tiene contrato de trabajo y vive en el umbral de la pobreza en España—. Hay

quien dice que lo haremos solo con el crecimiento económico y otros, como yo, que creemos que por supuesto que lo haremos con el crecimiento económico, pero que necesitamos también hacer reformas importantes y tomar medidas de redistribución de la renta. No es posible, por ejemplo, que el Impuesto de Sociedades sea un 25 %, pero las empresas del IBEX paguen el 15 %, si llega. Es evidente que hay una crisis económica, una crisis política e, incluso, de élites, en Occidente, y si en los próximos tiempos no somos capaces de poner en marcha estas reformas, habrá situaciones de enorme tensión social. Y las consecuencias han sido el Brexit, la victoria de Trump, la emergencia de Marine Le Pen y veremos qué pasa con el referéndum de Renzi en Italia, en las elecciones en Alemania o en las presidenciales francesas. Creo que «los que llevan los gigantes», utilizando una expresión catalana tradicional, tendrían que reflexionar en este momento.

Es evidente que hay una crisis económica, una crisis política e, incluso, de élites, en Occidente

P: ¿Qué papel debe desarrollar el Notariado en esta crisis y en este contexto?

R: Recuerdo que, cuando terminé de preparar el programa de las oposiciones, antes de examinarme, con espíritu crítico me preguntaba por lo que hacía el Notario. Y llegué a la conclusión de que, básicamente, lo que hace es dar seguridad, y eso es fundamental. Hay progreso económico porque hay mercado, pero hay mercado porque hay seguridad jurídica. Y, dentro de la seguridad jurídica, la actuación del Notariado es fundamental. A mediados del siglo XIX, en virtud de la desamortización, se ponen en circulación las tierras que antes eran de los «manos muertas». Las compra la burguesía emergente y, luego, campesinos ricos. Cuando compran estas tierras, quieren seguridad, y se la da el orden público —entonces, la Guardia Civil—, y quieren seguridad en los títulos y la posibilidad de ir al crédito con garantía hipotecaria, motivo por el cual se hace la Ley Hipotecaria y la Ley del Notariado. Es decir, nosotros somos la respuesta a la exigencia de seguridad sin la cual la vida sería un desastre. Seguridad de la que nosotros estamos disfrutando.



Entrevista

Pero Freud decía que esta seguridad que en las civilizaciones pensamos que es una cosa dura, es extremadamente frágil y, en un momento determinado, revienta y sale lo que hay debajo. Es decir, damos seguridad y esta es la aportación fundamental del Notariado. Pero, para que haya seguridad auténtica, debe haber justicia; de ahí que el Notario no pueda estar impávido autorizando un contrato en el que uno le está marcando un gol al otro. Por ejemplo, si una viejecita va a vender un piso por 10 millones de las antiguas pesetas y le dan 2 al contado y quedan 8 aplazados, el Notario debe decirle: «Usted debe garantizar el cobro de estos 8 millones poniendo una condición resolutoria en la escritura, de modo que, si no le pagan los 8 millones, la propiedad vuelva a usted, y que esto se inscriba en el Registro». Y es posible que el vendedor se enfade, porque la escritura es más cara y se pagan más impuestos, pero el Notario tiene la obligación moral de decirlo. Y, si no lo dice, es un mal Notario y una mala persona.

Hay progreso económico porque hay mercado, pero hay mercado porque hay seguridad jurídica. Los notarios somos la respuesta a la exigencia de seguridad sin la cual la vida sería un desastre

P: ¿Hay alguna diferencia entre el ejercicio histórico del Notario en Cataluña y en el resto de España?

R: En Cataluña, además, el Notariado ha cumplido otra función, ya que aquí el Estado se ha visto siempre con mucha lejanía, en el mejor de los casos como «relativamente propio». Pero la consagración de lo público es necesaria, y eso lo ha hecho el Notariado. Dos ejemplos. En Castilla, la conservación de las casas principales se hacía a través del *mayorazgo*; el Rey otorgaba un privilegio y decía: «Este patrimonio es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable, y se transmite de generación en generación de acuerdo con los principios de primogenitura y masculinidad». En Cataluña, en cambio, el Rey quedaba lejos y los patrimonios eran más pequeños, y eso se hacía en las notarías, a través de los capítulos matrimoniales. El Notario, por lo tanto, aportaba un plus de público. Pierre Vilar dice que la reforma agraria que se hizo en Cataluña en el siglo XIX se hizo también en las notarías, y

Josep Pla dice que «*el paisaje del Ampurdán lo han hecho los notarios*». Creo que no es verdad, lo han hecho los payeses del Ampurdán, pero ha cristalizado en las notarías. Por eso, yo diría que el prestigio del Notariado en Cataluña ha sido superior al del resto de España, porque el Notariado aportaba eso, además de la seguridad, y un país no puede vivir sin instituciones públicas. Para un payés del Ampurdán, como decía Pla, el Estado está lejos y es el recaudador de contribuciones. Lo público, lo que le daba seguridad, era la intervención del Notario.

P: ¿Cuáles son los principales cambios —sociales, legislativos, tecnológicos, etc.— a los que ha tenido que adaptarse el Notario?

R: Yo diría que el cambio fundamental ha sido la contratación de masas. Si coge el *Anuario de la Dirección General de Registros* y mira los contratos que hacían los notarios que trabajaban en Barcelona antes de 1961, año de la Ley de Propiedad Horizontal, verá que los notarios hacían, como mucho, 300 contratos al año. Porque entonces apenas había propietarios, de edificios enteros. Con la Ley de Propiedad Horizontal —una de las más importantes desde un punto de vista sociológico—, se ha hecho propietarios a todos los españoles. Todo el mundo tiene un piso o un apartamento que se inscribe en el Registro de la Propiedad. Además, con el acceso a la vivienda a través del crédito, de las hipotecas, se ha realizado una contratación de masas. Eso es bueno y malo. Es bueno porque aumenta el trabajo del Notario, con las consecuencias evidentes, pero también se puede trivializar su oficio, se puede serializar la función de asesoramiento y la función puede debilitarse. Y también está el riesgo, como denunciaba Lluís Figa Faura, Notario de Barcelona de extraordinaria inteligencia, de la existencia del cliente poderoso, que dice: «*De notaris, jo en vull pocs i ben collats*» (notarios quiero pocos y bien sujetos). Pues bien, los notarios “bien sujetos” no son notarios. He hablado de seguridad, asesoramiento, imparcialidad... pero la imparcialidad, cuando dependes de un cliente poderoso que te da una parte muy importante de tu trabajo, depende de la calidad humana del Notario, que hará que ceda o no a esta presión. Este es el cambio fundamental. Y también hablaría de otro cambio sustancial, que es la desaparición del turno de documentos. Antes, todas las escrituras de las cajas y las instituciones públicas se repartían entre los notarios. Una observación superficial podría hacer pensar

que esto era para repartirse el dinero, pero era para preservar la independencia del Notario.

P: En los últimos tiempos, han cobrado fuerza los sistemas alternativos de conflictos, las nuevas atribuciones notariales en virtud de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la intensificación de la colaboración con la Administración. ¿El futuro del Notariado pasa por aquí?

R: Mi visión se ha construido sobre la base de mi experiencia profesional durante estos 40 años, y algunas de estas cosas son muy recientes, incluso posteriores a mi jubilación. Yo tengo una idea del Notariado, compartida con otros juristas, como Antonio Rodríguez Agradados, que es que el Notario es aquel que el Estado pone entre dos partes para que lo que hacen estas dos partes lo hagan con conocimiento de causa, para que ninguna engañe a la otra o para que no se pongan de acuerdo estas dos partes para engañar a un tercero, incluida como tercera la Hacienda Pública. Esta es la función fundamental, que es extraordinariamente importante. En definitiva, es un sistema de regulación del mercado que pone el Estado en los negocios. Y a esta función, añadimos otras. Estamos donde no hay conflicto, y es necesaria una función pública no tanto de asesoramiento y equilibradora como de consolidación de situaciones jurídicas. Con un límite: el Notario no debe decidir nunca. En un Estado de Derecho, solo decide el Juez. Y si el Notario debe tomar alguna decisión, siempre debe ser revisable judicialmente. Somos lo que somos, nada más y nada menos. Nosotros no somos jueces.

P: ¿Qué se ha hecho bien y en qué ha fallado el Notariado, en términos generales, en estos 40 años durante los cuales ha ejercido la profesión de Notario?

R: Yo diría que lo que se ha hecho bien es que, en lo sustancial, se ha conservado la confianza social. Creo que la gente todavía no es consciente de la confianza que nos tiene. ¿En qué otro sitio se hace un pago importante y quien entrega el dinero se va sin ningún papel y le dicen que tendrá la copia en 15 días? Eso es confianza y la hemos preservado, la gente sigue confiando en nosotros. Lo que hemos hecho peor creo que es, en ocasiones, la contratación en masa, que nos ha desbordado. La gente nos ha visto, a veces, como testigos mudos de un proceso de firma que prácticamente



no entendían. Para hacer de Notario, a cada escritura hay que dedicarle un tiempo; si este tiempo no se ha dedicado, es porque había una gran aglomeración.

P: ¿Cree que el Notariado se ha visto reforzado, debilitado o mantenido en estos años?

R: Hace unos años, quizá habría dicho que se había debilitado, pero precisamente el conocimiento de la historia me dice que no todo lo de antes era fantástico. Creo que, a pesar de que en estos 40 años hemos preservado lo esencial, en algunas cosas hemos aflojado un poco y, en otras, hemos mejorado. Por ejemplo, nosotros hacemos las escrituras mejor que nuestros padres. Ellos las hacían basándose en la confianza que la gente les tenía, pero las escrituras decían: «Libre de cargas, según dice; manifiesta que...». Todo eran declaraciones. Ahora disponemos de más medios técnicos, tenemos la nota del Registro, etc., y hacemos mejor las escrituras. Hemos perdido un poco de contacto, en algunas notarías y en algunas circunstancias, y eso es negativo. Pero diría que hemos salvado los muebles. Y visto lo que se despacha en general, en el Notariado, como decía Albert Camí, hay más cosas dignas de admiración que de menosprecio.

P: ¿Qué consejo daría a los notarios que acaban de ingresar en el Notariado?

R: Les diría dos cosas: que la gente tiene sed de verdad y que no hay nada que sustituya el boca a boca. Que la historia es pendular y está volviendo al boca a boca. Que un Notario que se siente en la silla y escuche a la gente —que no tiene a nadie que la escuche— calará hondo. Del mismo modo que debe hacerlo un Médico que hace medicina familiar. Un Notario no solo debe firmar; cuando uno tiene un hijo discapacitado, en una secta o un hijo alcohólico, el testamento que hace es el testamento de su vida, y debes dedicarle tiempo y explicarle cómo funciona. Al igual que, en el ámbito financiero, la firma de una hipoteca para un particular es el episodio financiero de su vida.

P: Como Decano del Colegio Notarial de Cataluña —lo fue de enero de 1987 a 1989—, ¿qué destacaría especialmente de aquella etapa?

R: El problema fundamental en el que participé fue el encarrilamiento de

la Ley de Tasas, que suponía la desnaturalización del Notariado en su configuración actual. Participé en las negociaciones sobre la Ley de Tasas, que pudimos encarrilar no para que se mantuviera un privilegio, sino porque la naturaleza de las cosas exigía que se siguieran haciendo de este modo. Este fue el momento más importante de mi Decanato. También hubo una reestructuración de personal muy importante, y se asentaron las bases de la nueva sede colegial, de la cual yo pedí el permiso de obras, aunque el mérito es de Robert Follia, el Decano que me sucedió. De hecho, no me ha interesado nunca demasiado el tema de las obras, pero lo hice porque la Generalitat, con esta capacidad de absorción que tienen todos los poderes públicos, quería que el Archivo Notarial pasara a sus manos. Y yo pienso que «el Notario hace escrituras y las guarda», porque guardarlas no es solo un tema formal, sino que quiere decir que nadie las puede cambiar a su conveniencia. Pero si el Archivo Notarial tenía que quedarse en el Colegio, debíamos tener una sede que lo permitiera. Nunca he querido —ni lo quiero— que la Generalitat o el Estado se queden con el Archivo.

P: Además de ejercer como Notario, ¿qué lo ha llevado a implicarse en un abanico tan amplio de instituciones?

R: Siempre digo una frase que decía Puig Salellas sobre sí mismo: «Yo no soy otra cosa que un Notario». Desde el día que dejé de ser Decano, en 1989, no he entrado nunca en la política corporativa y me

he dedicado a otras cosas que me gustaban: a la historia, el Derecho Público, la política, empecé a escribir en periódicos... Y muchas veces, a través de Puig Salellas, he accedido a lugares, como la Presidencia del Consejo Social de la Universidad de Barcelona o la de la Fundació Noguera. Otras cosas fueron viniendo, como dar clases, algo que siempre me ha gustado. Si no hubiera tenido un padre Notario, quizás hubiera sido Letrado del Consejo de Estado o Catedrático de Historia del Derecho. Di clases durante más de 20 años, primero en la Universidad Autónoma de Barcelona y, después, en la Universidad Pompeu Fabra. Por otro lado, en cuanto se produjo en Andorra una vacante en el Tribunal Superior de la Mitra, Lluís Puig Farriol dio mi nombre al Obispo, que me nombró. Estuve allí 7 años y, cuando se aprobó la Constitución y se creó el Tribunal Constitucional de Andorra —donde había 4 miembros, dos escogidos por el Parlamento, uno por el presidente de la República Francesa y otro por el Obispo de La Seu—, este me nombró a mí. Por sorteo, fui el primer Presidente y estuve allí 8 años. También he participado en la vida política, en el Partido Socialista de Cataluña, y he estado en la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió, entre otros.

P: ¿Destacaría su participación en especial en alguna de estas instituciones?

R: Algo que no se recuerda demasiado y que, para mí, fue extraordinariamente satisfactorio fue que durante 10 años presidí Tribuna Barcelona. Allí conocí a mucha gen-





Entrevista

te y fue una gran experiencia, porque había una imparcialidad ejemplar. Llevamos a gente de todos los colores y nunca vetamos ni instrumentalizamos a nadie. Siempre he procurado estar un tiempo e irme... También me han aportado un enriquecimiento personal extraordinario el Círculo de Economía — donde todavía estoy desde el año 2002— y “la Caixa”, que son dos mundos, el de la empresa y el financiero, donde no tenía ningún antecedente familiar.

P: También fue preparador de opositores...

R: Cualquier otra tarea es fácil comparada con esta, que es una tarea muy silenciosa. Yo preparé a 15 notarios. Eso se hace por vocación, porque te consume un tiempo infinito y te hace sufrir bastante. Pero tiene la retribución extraordinaria de la amistad de estas personas y el hecho de poder transmitirles las cosas de una forma determinada.

P: ¿Cómo valora el trabajo realizado desde la Fundació Noguera, dedicada a preservar y divulgar el patrimonio histórico documental catalán, especialmente el que ha generado la actividad notarial?

R: La Fundació Noguera ha realizado una tarea extraordinaria, desde los tiempos de Raimon Noguera y Josep M. Puig Salellas hasta la actualidad. Puig Salellas tenía una gran capacidad ejecutiva y, con la ayuda de otros miembros del Patronato, tuvo una visión financiera muy buena e hizo fructificar su patrimonio. Con este importante patrimonio, la Fundació Noguera ha hecho lo que las instituciones públicas no habían hecho, que es publicar los inventarios de los archivos y una parte de estudios y documentación notariales. Lo que en algunos países europeos evolucionados hizo el Estado en el siglo XIX, en Cataluña lo ha hecho la iniciativa privada de la Fundació en el siglo XX. Ha sido una tarea impagable. Piense que hasta ahora, que con la crisis económica los rendimientos han bajado, la Fundació Noguera publicaba una media de más de seis libros anuales.

P: ¿Qué supone para usted haber recibido el Premio Puig Salellas de este año?

R: Para mí es el final de una carrera profesional, y me siento muy honrado por dos razones. En primer lugar, por la re-

ferencia a Puig Salellas, que ha sido siempre mi Decano por antonomasia, un hombre determinante en mi trayectoria profesional, por quien siento una gran admiración y gratitud. Y después, agradecido a la Junta Directiva por la concesión que me he hecho, detallada en las explicaciones y que ha mostrado una gran generosidad conmigo. Mi padre, que fue siempre Notario de este Colegio —de Alcanar, de Ripoll y de Calella de la Costa—, sé que habría estado muy contento, y eso me hace muy feliz.

P: ¿Cómo valora la contribución de los notarios —tanto histórica como actualmente— en la construcción, la preservación y el desarrollo del Derecho Civil, especialmente en Cataluña?

R: En Cataluña, el papel del Notario ha sido determinante. El Derecho catalán se ha preservado en las notarías de una forma espléndida. Y no es extraño que, en el momento de la codificación, que fue la Compilación, la hicieran básicamente notarios, como Ramon M. Roca Sastre, Ramon Faus o Josep M. de Porcioles. Ernest Lluch una vez me dijo: «En los siglos XVIII y XIX, la defensa de la identidad catalana fue más con el Derecho que con la lengua», porque, en lo que respecta a la lengua, era muy evidente, aunque no se utilizara en las instituciones públicas, cuál era la lengua de la calle. En cambio, con el Derecho era más complicado: los jueces eran de fuera, y era más fácil aplicar el Derecho que habían estudiado que el que era de aquí. En la preservación del Derecho, ha habido una lucha enorme. Y a pesar de que no hay muchos jueces de origen catalán, ni abogados del Estado, ni diplomáticos... notarios catalanes había y ha habido muchos. Yo siempre digo que todos los notarios son hijos o nietos de payés. El Notario es quien ha aplicado el Derecho Civil, quien lo conocía. Y Cataluña tuvo suerte en una cosa: contó con un Jurista de excepción, Roca Sastre, uno de los juristas españoles más importantes del siglo XX con diferencia, y no solo por el tema del Derecho catalán, sino también por el Hipotecario, donde existe un antes y un después de Roca Sastre. Era un gran civilista y un gran romanista. De hecho, creo que si no fuera por la Guerra Civil, nunca habría ejercido de Notario, teniendo en cuenta que era Magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña, que creo que habría acabado presidiendo. También fue el autor material, de la primera a la última letra, de la Ley de Contratos de Cultivo, que fue la que provocó los Hechos de Octubre, cuando Lluís Companys proclamó el Estado catalán. Con la Guerra

Civil, decidió ejercer de Notario en la Pedrera para ganarse la vida y contribuir a la Compilación, un texto de una gran calidad técnica que contó también con Faus, inteligentísimo, y Porcioles, un buen Jurista.

P: Tendemos a hablar de referentes del Notariado que empiezan a quedar lejos. ¿Nos faltan referentes actualmente?

R: Hablamos de gente ya lejana, pero eso también pasa en Medicina, en Arquitectura o en otras profesiones. A veces, cuando nos hacemos mayores, tenemos una cierta tendencia a magnificar el pasado. Es verdad que hoy en día el ámbito profesional, sea cual sea, está más cuestionado, pero el Notario ejerce una función pública esencial. Si sabe preservar su independencia y le dedica horas, tiene que ir bien, porque es necesario. Una frase que siempre repito de Puig Salellas es la que me dijo el día que tomamos posesión: «Las instituciones solo se justifican por dos razones: porque sirvan para la función para la que han sido concebidas o porque sean más baratas que la alternativa». En este momento, el Notariado es útil para la función. Si eliminamos el Notariado, la seguridad jurídica de los mercados se va a pique. Y somos y seremos más baratos que las compañías de seguros. Garantizamos más, porque garantizamos quién es el propietario, quién vende y que no hay cargas, en tanto que la compañía de seguros solo te asegura una indemnización si te quedas sin finca. Imagínese lo que habría que pagar a una compañía de seguros por asegurar que te indemnice en caso de perder la compra de un piso. Hay Notariado para rato.

P: ¿La imagen social que se tiene del Notario se corresponde con la realidad?

R: En estos momentos, el Notario no se escapa de una regla general, que es que la gente tiene un mal concepto absoluto de todo el *establishment*; no solo de los políticos, sino también de los banqueros, los empresarios, los jueces, los notarios, los periodistas... Yo dividido a la gente en dos tipos: los instalados y los no instalados. Yo soy un instalado, pero también lo es un obrero de SEAT con un contrato indefinido. Los que no están instalados, que cada vez son más, empiezan a tener una desconfianza enorme de todos los instalados. Y esta gente es la que vota el Brexit, a Trump, Marine Le Pen, Podemos y Sí que es Pot. La situación es de crisis y habrá que tomar medidas importantes.



P: Tenemos un Derecho Civil especialmente desarrollado, pero a la vez parece que estamos encaminados a que cada vez tengan más peso la política europea y el Derecho europeo internacional. ¿Cómo se entiende esta dicotomía?

R: Últimamente, he detectado que, en la normativa europea, cada vez se prescinde más de la nacionalidad y se va más al lugar de residencia. Eso quiere decir que, lentamente, no de forma inmediata, las viejas estructuras estatales se irán debilitando. Ahora Europa pasará unos años malos, pero después tendrá que retomarse la Unión. Creo que, al final, será común en toda Europa el Derecho Patrimonial auténtico —contratos, obligaciones y contratos, sociedades—, mientras que en Familia y Sucesiones cada país seguirá su propio Derecho. Temas como el régimen económico matrimonial, por ejemplo, y todo lo que hace referencia a la familia y las sucesiones están muy vinculados a una cultura de país, como también, hasta cierto punto, los derechos reales, el sistema de adquisición. Los romanos decían: «*Ubi societas, ibi ius*»; donde hay una sociedad, hay un Derecho. Yo digo: «*Donde hay un mercado, hay un Derecho*». Es decir, si el mercado es Europa, el Derecho debe ser europeo: la compraventa, las sociedades, etc. En cambio, el tema de la familia es muy difícil de cambiar. Por ejemplo, los holandeses están casados en comunidad universal; en Cataluña, tenemos separación de bienes y, en Extremadura, régimen de gananciales. ¿Qué es mejor? Depende. El régimen de separación de bienes era el régimen de Roma, donde había 50 familias que lo que querían era mantener el patrimonio dentro de la familia. En Cataluña, por ejemplo, hasta la Ley del Registro Civil, el apellido no se transmitía por vía paterna, sino para la casa a la que se pertenecía. Al final, la auténtica cuestión no era ser hombre o mujer, era ser rico o pobre.

Donde hay un mercado, hay un Derecho. Si el mercado es Europa, el Derecho debe ser europeo: la compraventa, las sociedades, etc.

P: ¿Cree que tenemos demasiadas leyes?

R: En España, lo que ha pasado en las 17 autonomías es un disparate. Que la Rioja, por poner un ejemplo, tenga más de



1.000 leyes no puede ser Antonio Fontán, que fue Presidente del Senado y Ministro de Administraciones Públicas con el primer gobierno de Suárez, creía que el tema se tenía que afrontar restableciendo los estatutos que se habían aprobado durante la República, como hizo Tarradellas. En Cataluña, el País Vasco, Galicia y basta. Si se hubiera hecho así, ahora no estaríamos como estamos. Lo hemos hecho mal y ya veremos cómo se arregla. Creo que Europa se unificará en algunos aspectos; por ejemplo, antes o después, deberá tener una unidad fiscal. Pero, como decía antes, ahora vienen unos años de expiación, en los que las cosas irán mal, y solo cuando la gente se dé cuenta de que con la Unión sale adelante y sin la Unión no, daremos el siguiente el paso.

P: ¿Cree que viviremos grandes cambios?

R: En mi generación, y quizás la siguiente, hemos sido extraordinariamente privilegiados. La generación de mis padres hizo la guerra, nosotros hemos tenido una situación óptima y los que vienen ahora sufrirán. Las sociedades solo funcionan cuando tienen miedo. Después de la Guerra Mundial, se decía: «*Esto nunca más*», y llegó el Estado del Bienestar y la Unión Europea. Cuando muere Franco, se hace la Transición. Y cuando se olvida, como decía un poeta castellano, «*hemos vuelto donde solíamos*». Quizás, más que miedo, lo que hay que hacer es tener conciencia del pasado. Europa debe darse cuenta de que no va bien por el camino que lleva en este mo-

mento. Me impacta mucho de estos últimos tiempos el hecho de que la clase dominante haya perdido el control de la información. Ahora se accede directamente a la información a través de la red, pero es una información que no está matizada. Como decía el periodista de *La Vanguardia* Xavier Batalla: «*La noticia debe contextualizarse*», y hoy en día la gente no lo hace. Iñaki Gabilondo decía hace poco: «*Ahora la información es como un tsunami: hay agua por todas partes, pero es muy difícil encontrar el agua potable*».

P: Finalmente, volviendo al ámbito jurídico, ¿cómo cree que debe ser la Justicia del siglo XXI?

R: Cuando haces encuestas, la gente se queja básicamente de la lentitud y la imprevisibilidad. En lo que respecta a los juzgados o las audiencias, no se habla de mediatización política, sino de esto. En el siglo XXI, pediría que la Justicia fuera más rápida y previsible. Y la previsible tiene que ver con la formación de los jueces, su estabilidad, la reforma de la Oficina Judicial... De hecho, en España, el arbitraje no ha tenido éxito, lo cual quiere decir que la gente prefiere un Juez que no conoce nadie antes que un árbitro. Es parecido a lo que ocurre con la confianza en el Notario. Otro tema es el del Tribunal Constitucional y la judicialización de la política o la politización de la Justicia, que es un disparate muy concreto que debe erradicarse. Normalmente soy bastante benévolo con los políticos porque creo que no tienen la culpa de todo, pero en esta cuestión la culpa sí es suya.

Poder general VS Poder concebido en términos generales

Dirección General de los Registros y del Notariado
VS
Tribunal Supremo^(*)

Josep Maria Valls Xufre
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. REPRESENTACIÓN, MANDATO Y PODER
- III. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA DIRECTA E INDIRECTA
- IV. MANDATO Y PODER
- V. MANDATO GENERAL Y ESPECIAL. PODER CONCEBIDO EN TÉRMINOS GENERALES Y PODER GENERAL
- VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2013 (RJ 2013/7261)
- VII. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 (BOE A-2016-10823)

I. PLANTEAMIENTO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7261) ha hecho temblar los cimientos de una

(*) Artículo entregado en diciembre de 2016.



institución, el poder general, que durante siglos ha demostrado no solamente su eficacia en el tráfico jurídico, sino también su necesidad social, poniendo especialmente a la profesión notarial y a los profesionales del Derecho en general en un verdadero dilema, tanto respecto de nuestra actuación futura como de los poderes otorgados con anterioridad, máxime cuando en la propia sentencia su Ponente, el Excmo. Sr. D. Xavier

O'CALLAGHAN MUÑOZ, concluye diciendo literalmente: «[...] conforme a la doctrina jurisprudencial que ahora se reitera, [...] **el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición solo alcanza a un acto concreto, cuando este ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada**» (FD 6.º).

La magistral Resolución de la Dirección General de los Registros y del No-



tariado de 25 de octubre de 2016 (JUR 2016/248859) ha puesto las cosas en su lugar, enfrentándose a la sentencia antes citada, diciendo que «*deben valorarse las decisiones que en la práctica judicial buscan medidas correctoras de situaciones de abuso en el caso concreto para conseguir la solución más justa o equitativa. En este ámbito deben encuadrarse sentencias como la de 6 de diciembre de 2013 [...]. Pero tal circunstancia no puede impedir que ex ante, en el ámbito de actuación de notarios y registradores, se apliquen las normas de Derecho positivo. Por ello, a falta de una norma como la del Código Civil italiano (cuyo art. 778 establece que es nulo “il mandato con cui si attriuisce ad altri la facoltà de designare la persona del donatario o di determinare l’oggetto della donazione”), o como la del art. 221 CC —del que resulta la prohibición de recibir el representante (tutor) liberalidades del representado legalmente (tutelado)—, en nuestro Derecho debe concluirse **la admisibilidad del apoderamiento para donar, sin necesidad de que especifique la persona del donatario o el bien que se dona, sin perjuicio de una posible valoración judicial de la existencia de eventual abuso o extralimitación respecto de un mandato representativo no reflejado en los términos de la escritura de poder.***»

Ha de admitirse el apoderamiento para donar sin necesidad de que especifique la persona del donatario o el bien que se dona, sin perjuicio de una posible valoración judicial de la existencia de eventual abuso o extralimitación respecto de un mandato representativo no reflejado en los términos de la escritura de poder

Dicho esto, que es el final, vayamos al principio, empezando por repasar los conceptos básicos de *representación, mandato y poder*.

La representación es una institución jurídica, como lo es, por ejemplo, la sucesión hereditaria, y al igual que esta puede ser voluntaria o legal.

El poder es el instrumento jurídico por el que se manifiesta la representación voluntaria y se dirige fundamentalmente a los terceros, a fin de que el apoderado pueda acreditar ante ellos las facultades representativas que el poderdante le ha conferido.

FICHA TÉCNICA



Resumen: Mediante el presente trabajo, el autor analiza la última doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la institución del «poder». Finalmente, completa el panorama jurisprudencial con una breve referencia a la protección de terceros desde un punto de vista meramente civil, y, por tanto, dejando aparte la protección hipotecaria.

Palabras clave: Poder, representación y mandato.

Abstract: In this work, the author examines the latest caselaw of the Supreme Court and of the Registries and Notaries Directorate-General in relation to the institution that is 'the power of attorney'. The jurisprudential landscape is completed with a brief reference to the protection of third parties, from a merely civil-law perspective, and as such leaving protection under mortgage law to one side.

Keywords: Power of attorney, representation and mandate.

El mandato es el contrato que regula las relaciones entre mandante y mandatario, y puede ser o no representativo. Si es representativo, se exterioriza mediante el poder.

Después de esta primera aproximación, veamos de forma resumida cómo se relacionan entre sí estas figuras jurídicas.

II. REPRESENTACIÓN, MANDATO Y PODER

En el Derecho romano se utilizaba la figura del *nuntius* o 'mensajero', pues regía el principio *per liberam personam adquiri nobis nihil potest* ('nadie puede adquirir por otro'). Quien actuaba por otro o para otro realizaba un acto cuya eficacia se producía únicamente en su propio patrimonio y esfera jurídica, y no en el patrimonio o esfera jurídica del representado. De este modo, el tercero que contrataba con el gestor adquiría derechos y contraía obligaciones con quien contrataba, sin perjuicio de la obligación que hubiera asumido el gestor de transmitir los efectos jurídicos obtenidos a quien le hubiera encomendado la gestión (*dominus negotii*).

En la Edad Media continuó la prohibición de representación con efectos directos. Fue el Derecho Canónico el que acogió esta figura para dar respuesta a las necesidades comerciales italianas de finales de la Edad Media. De ahí que las *Partidas* distinguieran las siguientes modalidades de mandato: el dado en interés del mandante, el dado en interés de un tercero, el dado en interés del mandante y de un tercero, el dado en interés del mandante y del mandatario y, finalmente, el dado en interés del mandatario y de un tercero. Como explica PACHECO CABALLERO, la actuación del representante era conocida en todos estos casos por los terceros, pues no se admitía el mandato tácito⁽¹⁾.

A principios del siglo XIX, el artículo 1984 del Código Civil francés (o Código de Napoleón) **equipararía mandato y representación**, al considerar la representación un elemento inseparable del mismo. En cambio, los pandectistas alemanes optarían por distinguir el mandato, un contrato generador de obligaciones recíprocas entre mandante y mandatario, y la representación, un acto unilateral por el cual se otorgaba un poder de representación a otro. Fue IHERING el primero en afirmar que **la coexistencia de mandato y poder era algo puramente accidental**. Posteriormente, WINDSCHEID y LABAND sentaron la distinción entre ambas figuras, que hallarían calado en los códigos civiles alemán e italiano.

El Código de Napoleón equipararía mandato y representación.

En cambio, los pandectistas alemanes optarían por distinguir el mandato (contrato generador de obligaciones recíprocas entre mandante y mandatario) y la representación (acto unilateral por el cual se otorgaba un poder de representación a otro)

En nuestra jurisprudencia, la tesis pandectista se ha ido extendiendo desde la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1935. Entre las más recientes, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2007/7774), según la cual: «*Mientras el mandato tiene su origen en un contrato [...], la representación [...], como mera facultad de*

obrar en nombre y por cuenta de otro, surge, si hablamos de la voluntaria, de un negocio bilateral de apoderamiento [...], que puede ser independiente del contrato de mandato y existir sin él. Solo en el caso de que la representación tenga su origen en un contrato de mandato se habla de mandato representativo [...]. Aunque es ordinario que los poderes vayan ligados a una relación jurídica de mandato, no es esencial esta coincidencia, ni son idénticos los principios y normas a que han de ajustarse [...].

Sin embargo, esta doctrina ha sido puesta en entredicho por quienes defienden que la base económico-social y, por ello, la función práctica de ambas instituciones es única. Aunque en abstracto quepa imaginar una actuación representativa con solo un poder del interesado o sin poder, la posible ratificación posterior indica que el poder mediante el cual se ha conferido la representación se ha otorgado por mediar una relación previa (contractual o de confianza) entre representado y representante. Defienden esta postura LACRUZ BERDEJO, citando a diversos autores —«La representación es precisamente el “esquema funcional típico de species facti del mandato” (Ferrari), es decir, el mecanismo jurídico a través del cual funciona»—, y DíEZ-PICAZO —«[...] la regulación del mandato [...] ha establecido lo que podríamos llamar la disciplina normativa típica de una relación representativa. De aquí se sigue que, aunque la representación encuentre su fundamento en una relación de gestión distinta del mandato, a esta relación, en cuanto representativa, habrá que aplicarle aquella normativa típica». A veces se ha llegado al extremo de afirmar, como así lo hiciera HERNÁNDEZ MORENO, que «**el mandato es siempre representativo** y confiere siempre poder de representación»⁽²⁾. Más recientemente, GONZÁLEZ CARRASCO⁽³⁾ ha señalado que «[...] aunque la jurisprudencia sigue tradicionalmente la tesis dualista de la distinción entre mandato como contrato bilateral y poder como negocio unilateral, la diferenciación se introduce de forma incidental o no suele tener ulteriores consecuencias en la resolución del caso concreto. El Tribunal Supremo alude a la diferenciación entre mandato y poder para impedir que el mandante cargue con los efectos de actuaciones extralimitadas [...]; para establecer la responsabilidad directa del comisionista que actuó ocultando el nombre del principal [...]; para establecer razonamientos a fortiori en relación con la autonomía de los poderes generales otorgados años atrás [...], o para permitir resolver el contrato de gestión a pesar de la

duración señalada en el documento de poder notarial otorgado al mandatario [...]. Es evidente que, para llegar a todas las anteriores conclusiones, **la consideración del poder como negocio distinto e independiente del mandato era innecesaria**».

III. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA DIRECTA E INDIRECTA

Por la representación, una persona (representado) —o la propia ley— faculta a otra (representante) para actuar en su esfera jurídica. Como dice el artículo 1259 CC, «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal».

La concepción más clásica veía en la representación un fenómeno jurídico por el cual una persona actuaba en nombre e interés de otra, produciéndose en el patrimonio o esfera jurídica de esta última los efectos de aquella actuación. Para que el negocio jurídico celebrado fuera eficaz, el representante debía cumplir una serie de requisitos: i) tener capacidad suficiente para realizar actos jurídicos, aunque no tuviera la capacidad especial requerida para la validez del acto o contrato concreto de que se tratara, pues los efectos de este se producían directamente en el representado; ii) ostentar título bastante, es decir, que se le hubiera otorgado la representación y el negocio realizado estuviera dentro de sus límites, y iii) actuar en concepto de representante, en nombre y por cuenta ajena (*contemplatio domini*). Por tanto, no había representación cuando el representante obraba en nombre propio, aunque fuera por cuenta ajena, ni tampoco cuando actuaba como *nuntius*, limitándose a transmitir a un tercero la voluntad ya formada y definida por el *dominus*.

La doctrina moderna ha elaborado un concepto amplio y general de representación que engloba tanto la voluntaria como la legal, la directa y la indirecta e, incluso, la del nuntius, siempre y cuando el interés gestionado por el representante sea el del representado y no el suyo propio

La doctrina moderna (DE CASTRO, ALBALADEJO, GULLÓN, DíEZ-PICAZO, LA-

CRUZ) se ha apartado de este criterio restringido clásico y ha elaborado un concepto más amplio y general de *representación* que engloba tanto la voluntaria como la legal, la directa y la indirecta e, incluso, la del *nuntius*, siempre y cuando el interés gestionado por el representante sea el del representado y no el suyo propio.

Dentro de la representación voluntaria, se distingue la representación directa y la indirecta. En la **representación directa**, que es la forma natural de representación, los efectos del negocio concertado entre el representante y el tercero recaen inmediatamente sobre el representado, y el representante no responde personalmente frente al tercero con quien contrata. En la **representación indirecta**, en cambio, el representante se obliga personalmente frente al tercero, salvo la excepción legal de que se trate de cosas propias del representado (artículo 1717, párrafo 2.º, CC)⁽⁴⁾, aunque se compromete, en la relación interna, a que los efectos de lo actuado recaigan sobre el representado. Además, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante (artículo 1717, párrafo 1.º, CC), y el mandatario no responde personalmente frente al tercero «sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes» (artículo 1725 CC). Este sería el resumen de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al respecto, que afirma que la incomunicación de efectos entre el representado y el tercero solo se da por lo que se refiere a las acciones, no a la transferencia de los derechos adquiridos o transmitidos, ya que los bienes o derechos que el representante adquiere del tercero pasan directamente a poder del representado, aunque no se haya celebrado el contrato en su nombre, bastando para ello que exista un mandato. Así, si el representante compra en su propio nombre con dinero del representado, o si vende como propio un bien del mismo, el bien o dinero que ingrese formalmente el representante pertenecerán materialmente al representado.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de julio de 2006 (RJ 2006/6411) explica con una claridad meridiana las posturas doctrinales al respecto. Según la **tesis clásica**, la gestión del representante en nombre propio determinaba que la única vinculación por efecto del negocio celebrado con el tercero fuera exclusivamente la suya propia y que los úni-



cos efectos que derivaban de la relación de representación fueran internos u obligacionales. Consecuentemente, se negaba cualquier tipo de vinculación entre el tercero y el *dominus negotii*, y era necesario un acto posterior de transmisión del derecho real o personal en favor del último. En la práctica, esta postura equivalía a eliminar el carácter representativo de la actuación del gestor, lo que venía ratificado con la afirmación de que la *contemplatio domini* era requisito esencial de la institución representativa. Para la **tesis moderna**, es necesario partir de la intención real de las partes, que se sintetiza en la atribución al gestor de facultades suficientes para la realización de un acto determinado en interés del dominus. A tal fin, este último habrá dado al gestor las instrucciones precisas y, acaso, los fondos necesarios para el desempeño de su cometido. Siguiendo esta tesis moderna, la **tendencia hoy dominante** es partidaria de afirmar que la representación indirecta (o mediata) es una auténtica forma de representación que permite atribuir efectos directos a la actuación del representante. Pero la titularidad del representado, siquiera sea de forma provisional, puede permanecer oculta como consecuencia de la propia mecánica de la representación indirecta. En esta situación, la titularidad del *dominus* se podrá acreditar mediante una escritura pública otorgada por el representante y el representado, en la que el primero reconoce *erga omnes* el derecho del *dominus* (cfr. art. 540 CC), o una sentencia declarativa de la relación representativa y del dominio del sujeto representado una vez que en el proceso se haya probado dicha relación representativa. Todo ello nos lleva a afirmar que la representación voluntaria siempre trae causa de una relación entre dos sujetos, representante y representado, en la que es esencial la conexión entre ambos, aunque permanezca interna y no se haya dado a conocer frente a los terceros.

IV. MANDATO Y PODER

El artículo 1709 CC define el contrato de mandato como aquel por el cual «se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra». Esta definición tan amplia permite afirmar que las normas del mandato serán de aplicación a cualquier contrato o relación jurídica en la que una de las partes deba llevar a cabo actos jurídicos por cuenta o encargo de la otra, como sucede con el

arrendamiento de servicios, el contrato de obra, la comisión mercantil, el contrato de mediación, la gestión de negocios ajenos e, incluso, el albaceazgo.

La forma en que normalmente se externalizará el mandato será el poder, aunque en nuestro Derecho positivo no se regule como negocio abstracto o como el elemento necesario para constituir la representación

Lo que me interesa destacar aquí es que **la forma en que normalmente se externalizará el mandato será el poder, aunque en nuestro Derecho positivo no se regule como negocio abstracto o como el elemento necesario para constituir la representación** a través de la cual desarrollar el contrato de gestión subyacente. Merece traer a colación en este punto los comentarios de BERCOVITZ en cuanto a la distinción entre *mandato* y *poder*: «El apoderamiento suele ir acompañado de algún otro tipo de contrato —mandato, arrendamiento de servicios—, por lo que algunos autores confunden ambas figuras, fundamentalmente el contrato de mandato y el apoderamiento. La doctrina [...] y la jurisprudencia mayoritarias [...] defienden la independencia entre el apoderamiento y la relación subyacente, afirmando que nuestro Código admite la posibilidad de que se produzcan mandatos desprovistos de todo signo de representación, así como poderes desligados de una relación de mandato y vinculados a otras relaciones jurídicas (sociedad, arrendamiento de servicios, etc.); añade esta doctrina que existen múltiples diferencias en el nacimiento, perfección, requisitos, etc., de ambas figuras, y concluye sosteniendo que, mientras el mandato hace referencia a las relaciones internas existentes entre el representante y el representado, el poder atañe a las relaciones externas, con los terceros. Ahora bien, esta doctrina mayoritaria se divide a la hora de calificar el apoderamiento como un negocio causal o abstracto; unos afirman que mandato y poder, además de ser dos negocios conceptualmente independientes, también lo son causalmente, configurándose el apoderamiento como un negocio abstracto y quedando afectados los terceros que contraten con el mandatario solamente por lo que haga referencia al poder y no a la relación subyacente de mandato.

Otros autores, por el contrario, sostienen que, a pesar de la independencia conceptual, el mandato constituye la causa del apoderamiento y va a desplegar una cierta eficacia sobre él [...]»⁽⁵⁾.

Cualquiera que sea la tesis que se defiende, no hay duda de que un poder, sin una relación causal que le sirva de base y de la cual sea consecuencia, carece de regulación en nuestro Derecho y pasará a regirse por las normas del mandato desde el mismo momento en que el apoderado ejecute cualquiera de las facultades que le hayan sido conferidas. **Ese ejercicio implica la ratificación tácita por el apoderado del mandato subyacente.** De esta forma, tanto si el poder obedece a un contrato de gestión previo como si no lo hace, las normas del contrato de mandato contenidas en los artículos 1709 y siguientes, en principio dispositivas, ampararán la relación entre poderdante y apoderado.

Por la misma razón, le serán aplicables los preceptos que el Código dedica a los contratos en general en los artículos 1254 y siguientes. El poder, en nuestro Derecho, a diferencia de otros ordenamientos, no es un negocio jurídico autónomo, sino un instrumento jurídico para llevar a cabo lo pretendido por las partes en un negocio jurídico subyacente⁽⁶⁾.

En conclusión, el mandato puede existir sin la exteriorización de un poder, y el poder puede otorgarse sin que se haya concertado previamente un mandato entre poderdante y apoderado. Pero, en este último caso, el del poder sin mandato, la relación entre poderdante y apoderado se bilateralizará a partir del momento en que el segundo ejercite alguna de las facultades que el poderdante le ha confiado y se regirá, en todo aquello no contemplado en el poder, por las normas del contrato de mandato del Código Civil. De ahí la necesidad de que el poder que no esté vinculado a un contrato de mandato contemple y regule, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las reglas de actuación del apoderado, tanto en su relación con el poderdante como en su relación con terceros, porque en lo no previsto se aplicará, como se ha dicho, la regulación del mandato y de los contratos en general.

La independencia entre mandato y poder ha sido justificada en la protección de los terceros, a fin de que estos queden a salvo de las vicisitudes de las relaciones internas entre mandante y mandatario. Por

ello, también he de reconocer que, cuanto más exprese el poder del contenido del mandato subyacente, mejor instrumento de representación será y mejor garantizará la seguridad del tráfico jurídico.

V. MANDATO GENERAL Y ESPECIAL. PODER CONCEBIDO EN TÉRMINOS GENERALES Y PODER GENERAL

El artículo 1712 CC dice que «*el mandato es general o especial. El primero comprende todos los negocios del mandante. El segundo, uno o más negocios determinados*». Y el artículo 1713 CC, que «*el mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso [...]*».

El mandato expreso es el concedido para los actos de riguroso dominio, y el mandato concebido en términos generales, para los actos de mera administración. Pero esta clasificación no debe confundirse con la de mandato general o especial que prevé el artículo 1712 CC

En resumen, el **mandato expreso** es el concedido para los actos de riguroso dominio, y el **mandato concebido en términos generales**, para los actos de mera administración. Pero esta clasificación no debe confundirse con la de **mandato general o especial** que prevé el artículo 1712 CC, ya que un mandato concebido en términos generales puede ser especial, si abarca solo una parte de la esfera negocial del mandante, o general, si se extiende a todos sus negocios. Y, al contrario, un mandato expreso, otorgado en el sentido del artículo 1713 CC para realizar actos de riguroso dominio, puede ser especial, para determinados actos, o general, si abarca todos los intereses del mandante. Este último es el típico poder general que autorizamos los notarios.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1996** (RJ 1996/7951) dice que «*conviene distinguir el concepto y alcance del apoderamiento o mandato concebido en términos generales de aquel otro que abarca una generalidad de negocios perfectamente*

determinados [...], como comprar, vender y permutar, pura o condicionalmente [...]»⁽⁷⁾. En cambio, en otras sentencias, la simple enumeración de facultades dispositivas, sin determinar el objeto negocial (por ejemplo, la enajenación de inmuebles, pero sin determinar que se incluía la venta de la vivienda familiar habitual), se ha calificado como poder concebido en términos generales y, por tanto, no apto para realizar actos de riguroso dominio, como veremos a continuación.

Lo cierto es que una cuestión tan sencilla y puramente gramatical se ha convertido en un paradigma de problemas jurídicos, tanto por el desconocimiento de la labor notarial como por la poca profundidad jurídica de algunas sentencias, que, con la buena intención de alcanzar una solución justa al caso concreto, han socavado las bases de la figura del poder general en un momento en que la prolongación de la esperanza de vida lo hacen más necesario que nunca para subvenir las deficiencias físicas y, a veces, psíquicas propias de la edad. Pensemos en los poderes preventivos y en el daño que una inseguridad jurisprudencial puede hacerles, ya que, una vez otorgados, el poderdante, cuya capacidad vaya disminuyendo paulatinamente, se verá imposibilitado a partir de algún momento para modificar los poderes, adaptándolos a los criterios jurisprudenciales.

El **poder general** es el que comprende todos los negocios del mandante y se contrapone al **poder especial**, que se otorga para uno o más negocios determinados. Como se ha dicho, ambos pueden ser concebidos en términos generales o de forma expresa. En el **poder concebido en términos generales**, el poderdante otorga facultades para que el apoderado cuide de todos sus asuntos o de uno o varios negocios, pero sin que le faculte particularmente para actos que exceden de la administración ordinaria. Para que la gente nos entienda, lo que los notarios llamamos «poderes del día a día».

En cambio, los **poderes concebidos en forma expresa** son aquellos que, junto con la determinación de su ámbito de actuación (todos o una parte de los asuntos del poderdante), contemplan facultades que exceden de la administración ordinaria, o sea, los actos de riguroso dominio. Si el ámbito de actuación de estos poderes expresos se extiende a todos los ámbitos delegables del poderdante, estaremos ante el típico poder general notarial, el poder «para arruinar» o «de confianza total».

Si su ámbito de riguroso dominio se constriñe a un determinado o determinados negocios del mandante, estaremos ante un poder específico, que no es más que un poder especial y expreso, según la terminología del Código. En resumen, el **poder notarial general típico** (de ruina) no es más que un poder expreso para todos los actos que se enumeran en él, y que comprende casi todos los asuntos patrimoniales del poderdante. Esto es lo que dice el Código con una claridad meridiana y así ha de interpretarse.

El artículo 1710 CC contrapone poder expreso a tácito porque, con arreglo a lo anterior, el poder para realizar actos de disposición no puede ser tácito, ni presunto, sino que debe ser expreso, lo cual no quiere decir por documento público o privado, pues puede darse aun de palabra.

El poder expreso no se equipara, pues, al poder especial para uno o más negocios determinados, ya que puede comprender todos los negocios del mandante y, como veremos, ello constituye el gran error jurisprudencial en la sentencia que examinaremos.

Otra cosa es el mal uso que el apoderado pueda hacer del poder general, en cuyo caso el Código Civil pone a disposición del poderdante multitud de remedios, desde las normas sobre la interpretación de los contratos y, por ende, del mandato que subyace en el poder, hasta el principio de la buena fe que debe presidir toda actuación jurídica.

Lo que no puede admitirse es que la jurisprudencia interprete los artículos 1710, 1712 y 1713 CC haciéndoles decir cosas que no dicen y que contrarían el espíritu de la institución, con base en un temor infundado en el poder general como consecuencia de una pobre labor hermenéutica de los textos legales y una deficiente constatación y prueba de los antecedentes de hecho, todo ello aunque sea en aras de encontrar una solución justa al caso concreto planteado.

VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2013 (RJ 2013/7261)

A) Hechos

Del análisis de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013** (RJ 2013/7261) y de la sentencia de la que trae causa, la dictada por la **Audiencia Provincial de Barcelona el 31 de enero de 2011**



(RJ 2011/29), podemos adivinar el siguiente conflicto familiar: Ginés, antes de ingresar en una residencia en marzo de 1998, otorgó poder general en favor de su hijo Adrián «para que le gestionara el día a día, ya que su padre se encontraba en una situación difícil» (declaración del propio Adrián). Este poder contenía una enumeración de facultades muy amplia y detallada, entre las cuales se hallaba la de «hacer y aceptar donaciones puras, condicionales u onerosas». En octubre de 1999, Adrián, haciendo uso de dicho poder (de hecho, queda probado que solo utilizó el poder para este acto), hizo donación de una finca a su pareja, Esperanza, quien reconoció durante el procedimiento de instancia que Ginés continuó pagando desde entonces los impuestos y gastos generados por dicha finca. En octubre de 2001, Ginés salió de la residencia, revocó el poder y otorgó testamento en favor de su otra hija, Rosa, la demandante en la sentencia que estamos comentando. Ginés falleció en 2006 sin haber impugnado la donación, la cual se inscribió en el Registro de la Propiedad tres meses después del fallecimiento, poniéndose de relieve que ni Rosa ni su padre tuvieron conocimiento en vida de este de dicha donación.

Como ha reiterado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, los hechos probados no pueden ser objetados en casación, salvo error patente y a través del recurso extraordinario por infracción procesal (cfr. artículo 469 LEC).

Por regla general, la interpretación del alcance del mandato subyacente en el poder corresponde a los tribunales de instancia «con arreglo a los criterios hermenéuticos previstos en el propio Código Civil y, entre ellos, el que para juzgar la intención de los contratantes atiende a los actos de estos posteriores al contrato»

Por regla general, la interpretación del alcance del mandato subyacente en el poder corresponde a los tribunales de instancia «con arreglo a los criterios hermenéuticos previstos en el propio Código Civil y, entre ellos, el que para juzgar la intención de los contratantes atiende a los actos de estos posteriores al contrato» [STS, Sala 1.ª, 4 de abril de 2006 (RJ 2006/1918)]. Y a ellos corresponde también averiguar y hacer cumplir las instrucciones que el mandante ha



dado al mandatario sin traspasar sus límites (artículos 1714 y 1719 CC), salvo que aquellas se hayan cumplido de una manera más ventajosa para el mandante (cfr. artículo 1715 CC). En el poder otorgado por Ginés, este había autorizado a su hijo Adrián a realizar toda clase de actos de disposición, incluso a hacer y aceptar donaciones. Pero se demostró que en el mandato subyacente la idea era que el apoderado se encargara del día a día, como reconoció el propio Adrián en su declaración.

En el caso que examinamos, el poder debe interpretarse con arreglo a las más que evidentes limitaciones que se deducen de los hechos probados. En el mandato verbal, expreso o tácito, que domina este supuesto prevalecerán las instrucciones del mandante a la propia redacción del poder. Estas instrucciones podrán ser modificadas en el tiempo (incluso con una simple actuación indirecta) por el mandante, como si hubiera habido un mandato tácito posterior que modificara el anterior, aunque este estuviera documentado. El mandante deberá poner en conocimiento directo del mandatario tales modificaciones para que no se extralimite en su actuación, a pesar —repito— de lo contenido en el poder notarial. En cualquier caso, la modificación de las instrucciones deberá realizarse mediante una conducta inequívoca, como dice la **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007** (RJ 2007/4000): «Para dar carta de naturaleza a un mandato tácito, ello se tiene que derivar de actos que impliquen necesariamente [...] la existencia de una deter-

minada declaración de voluntad». Y todo ello salvando, lógicamente, los intereses de los terceros de buena fe. Nótese que, en este caso, la persona con quien había contratado el apoderado —Esperanza, «su pareja en matrimonio de hecho»⁽⁸⁾— no era un tercero de buena fe a los efectos del artículo 34 LH (que, evidentemente, no era aplicable), ni tampoco desde un punto de vista puramente civil, pues la donataria no había adquirido a título oneroso ni de buena fe, y ni tan siquiera tenía la consideración de tercero.

Por otro lado, en la relación interna entre mandante y mandatario no existió la debida fidelidad del apoderado. El artículo 33 LH proclama que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes», y en este supuesto hay que reconocer que la actuación del apoderado no fue ejemplar, al donar la finca a su pareja —literalmente, según la sentencia, «pareja en matrimonio de hecho [...] y de cuya unión había nacido un hijo [...]»— sin conocimiento del poderdante, quien continuaba pagando todos los impuestos y gastos de la misma, y quien acabaría siendo acogido por su hija al salir de la residencia porque probablemente el hijo habría descuidado su cuidado personal.

Tampoco cabría acudir a la ratificación del artículo 1259 CC, pues el padre no llegó a conocer la donación que su hijo había hecho a su pareja. En realidad, lo ocultaron hasta después de su muerte, inscribiendo la donación tres meses después. Ciertamente, la ratificación habría podido ser incluso tácita o presun-

ta, pero no procedería en el caso, teniendo en cuenta que el padre jamás llegó a conocer el hecho de la donación. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2013 (RJ 2013/7427), resumiendo la jurisprudencia anterior: «*La ratificación tácita tiene lugar cuando [...] el mandante acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización*». En nuestro caso, ni hubo conocimiento ni provecho del mandante.

Ciertamente, la donación efectuada en tales circunstancias no merece la protección jurídica que tendría si la transmisión hubiera sido a título oneroso, aunque fuera por una cantidad a pagar a plazos que hubiera servido para pagar la residencia y los gastos ordinarios del poderdante y de la finca.

El abuso del apoderado, su mala fe y la ausencia de buena fe por parte de la donataria hacen que este caso se encuadre en un supuesto de ejercicio extralimitado del poder, que conlleva la ineficacia de la donación, sin que la donataria pueda alegar, ni hipotecaria (adquiere a título gratuito) ni civilmente, su buena fe. Y para ello **no es necesario acudir a interpretaciones que tergiversen las normas del mandato, ni crear nuevas disposiciones legales a golpe de sentencia. Basta con acudir a la buena fe ex artículo 1258 CC y a los principios de la buena fe y del abuso del Derecho del artículo 7 CC**, cuyo resumen es que toda actividad jurídica debe ser conforme a la buena fe, al uso y a la ley, y sin excederse de sus límites normales de ejercicio.

Todo poder es, en el momento de otorgarse, un acto unilateral que, en el momento en que es ejecutado por el apoderado, consume el contrato de mandato subyacente. Si no existe previamente, lo hace nacer a partir del primer acto que ejecute el apoderado, y hará que a su relación con el poderdante le sean aplicables, además de las reglas acordadas por las partes, si las hay, las establecidas en el Código Civil para dicho contrato y las que regulan los contratos en general

Como ya he defendido antes, **todo poder es, en el momento de otorgarse, un acto unilateral que, en el momento en que**

es ejecutado por el apoderado, consume el contrato de mandato subyacente. Si no existe previamente, lo hace nacer a partir del primer acto que ejecute el apoderado, y hará que a su relación con el poderdante le sean aplicables, además de las reglas acordadas por las partes, si las hay, las establecidas en el Código Civil para dicho contrato y las que regulan los contratos en general (artículos 1254 a 1314 CC, especialmente, 1256, 1258, 1259, 1261, 1274, 1276, 1281 a 1289, 1300, 1303, 1306, 1307, 1309, 1311, 1313 y 1314). Tenemos normas suficientes para completar la regulación del mandato y los pactos o instrucciones del mandante que deben considerarse condiciones en el ejercicio del cargo por el mandatario.

Es en esta dirección por donde debería haberse atacado la donación, completando la argumentación jurisprudencial con el principio general de ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso del Derecho. El artículo 7 CC eleva al rango de norma legal positiva estos dos principios generales, que son la base y fundamento de todo Estado de Derecho. Tales principios también se integran en el artículo 1 CC, que, en su apartado 4.º, establece que «*los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre [...]*». La diferencia radica en que el ejercicio de los derechos de buena fe y la prohibición del abuso del Derecho son directamente invocables por las partes y directamente aplicables como norma positiva (*iura novit curia*), a diferencia de otros principios no plasmados en la ley y que, según reiteradísima jurisprudencia, solo pueden ser invocados en casación si han sido alegados y admitidos, citando a tales efectos las sentencias del Tribunal Supremo que los hayan sancionado y declarado aplicables como normas de Derecho.

No es el caso del principio de buena fe y la prohibición del abuso del Derecho, que las partes pueden invocar, pero que también puede apreciarse directamente por nuestros tribunales aunque no hayan sido alegados expresamente por las partes. Así sucede en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009** (RJ 2009/4764), de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER. El supuesto de hecho es muy parecido al de la sentencia analizada, pues los padres otorgaron poderes generales a su hijo, incluyendo hacer y aceptar donaciones, y salvando la figura del autocontrato. En virtud de dichos poderes, el hijo apoderado

constituyó una sociedad limitada aportando todo el patrimonio inmobiliario de los padres y adjudicando todas las participaciones sociales a sus progenitores. No obstante, un tiempo después, utilizó esos mismos poderes para donar tales participaciones en favor de sí mismo y de su hija. El Juzgado de Primera Instancia declaró la validez de la donación por haberse consentido en los poderes la autocontratación. La Audiencia Provincial declaró la nulidad de la donación por «*[...] haberse efectuado con extralimitación en el ejercicio del mandato conferido y generando un innegable perjuicio a los donantes [...], contraviniendo lo preceptuado en los arts. 634 y 636 CC*». En casación se alegó, junto con tales artículos en materia de donación, la vulneración de los artículos 1709 y 1727 CC. **El Tribunal Supremo negó la aplicación de las normas alegadas como infringidas y fundamentó la nulidad de la donación en la buena fe, el uso y la ley, citando expresamente los artículos 7 y 1258 CC, aunque no hubieran sido invocados.** Tras citar una sentencia anterior, de 27 de enero de 2000, dijo que «*[...] el mandato, singularmente cuando es de carácter general en cuanto comprensivo de un amplísimo catálogo de negocios jurídicos para cuya realización se faculta al mandatario en nombre y representación del mandante, resulta frecuente en el ámbito de las relaciones familiares, y aún más cuando se otorga por padres a hijos con base en la relación máxima de confianza existente entre las partes, en cuya virtud no solo se presupone la normal comunicación al mandante de los actos realizados al amparo de la autorización concedida, sino además la seguridad, que se inserta en la intención común de los contratantes, de que no se ha de actuar conscientemente en perjuicio de los intereses de aquel. De ahí que, en el ámbito señalado, adquiere especial relevancia no solo la necesidad de que el mandatario actúe en general con respeto al principio de la buena fe (artículo 7 del Código Civil) en el ejercicio de los derechos que el mandato le confiere, sino además que se observe la obligación general establecida en el artículo 1258 del Código Civil, conforme a la cual el contratante ha de sujetarse en su actuación a la propia naturaleza del contrato en relación con las exigencias de acomodación a los postulados de la buena fe, el uso y la ley. La quiebra de tal modo normal de proceder puede plantear problemas cuando se implica por el mandatario en la contratación a terceros de buena fe que pudieran intervenir en negocios de carácter oneroso, realizando por su parte una prestación de carácter patrimonial amparada en la existencia*



del mandato; situación que no se da en casos como el presente, en que las disposiciones se hacen a título gratuito dentro del propio círculo familiar del mandatario y con la consecuencia de despatrimonializar absolutamente al mandante aprovechando la confianza que este depositó en el mandatario, supuestos en que la extralimitación aparece clara y se impone la consecuencia de la nulidad de los actos perjudiciales realizados» (FD 4º).

Concluye esta sentencia diciendo que «[...] la extralimitación o no ha de determinarse atendiendo no de manera automática y sumisa a la literalidad del poder, sino principalmente a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación con las circunstancias concurrentes», extremos que se han de completar con la consideración de las relaciones existentes entre mandante y mandatario, así como la naturaleza de los actos efectuados, en particular su trascendencia en cuanto a posibles terceros de buena fe. Los argumentos expuestos han sido reiterados por la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2016** (RJ 2016/2295), que examinaremos al final.

Esta es la jurisprudencia que hay que seguir, la que resuelve el caso concreto con arreglo a criterios basados en la interpretación y la aplicación de normas destinadas a acomodarlas al caso concreto, y no, como veremos a continuación, como hace la sentencia que examinamos, cuyos fundamentos de Derecho son un auténtico ejemplo a no seguir de arbitrariedad jurisprudencial.

B) Fundamentos de Derecho

Es incuestionable que el Ponente pretendía dar una solución justa al caso concreto que se planteaba(9), aunque se equivocó en los medios, quizás influido por la Sentencia de la Audiencia recurrida en casación y, también, por la anterior del Juzgado de Primera Instancia.

Pero lo cierto es que, de una sentencia a otra, se produce un aumento gradual de las incorrecciones jurídicas a la hora de interpretar lo que es un mandato expreso y un mandato concebido en términos generales, y lo que define y diferencia un poder general de un poder especial. Así queda patente en el siguiente fragmento de la sentencia que nos ocupa: «La Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia [...] estimó la demanda porque la

donación se realizó a través de un poder general en el que se relacionaron toda una serie de facultades genéricas, entre las que, pese a incluirse la facultad para hacer donaciones, no puede entenderse que dicha facultad puesta de tal modo equivalga al mandato expreso exigido legalmente».

La Sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la anterior, argumentando que «[...] el artículo 1713 del Código Civil exige, para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, la existencia de mandato expreso. La Sentencia del TSJC de 30 julio 1998⁽¹⁰⁾, interpretando esta norma, exige mandato expreso para el concreto acto de disposición dominical que sea y sin que baste el mero apoderamiento general, aunque en el mismo se comprendan los negocios jurídicos que sirven de base para la realización de aquellos actos».

«Por tanto, la cuestión que se plantea [...] es si el poder de representación que implica un mandato con representación alcanza a disponer de una concreta finca como donación a una concreta persona (su pareja de hecho). De admitirse, debería desestimarse la demanda. De no aceptarse, se daría el caso de que el mandatario, representante, carece del consentimiento para contratar porque no tiene el poder para ello y el mandante representado no ha dado su consentimiento en el poder (que no incluye tal concreta disposición), ni lo ha ratificado, es decir, añadiendo el elemento que faltaba (el consentimiento) al contrato de donación, por lo cual carece esta de elementos del contrato (artículo 1261.1.º del Código Civil), lo que provoca la inexistencia o nulidad radical [...]» (FD 2.º).

El mandato expreso es el que se contrapone al tácito, en el artículo 1710 CC, y al concebido en términos generales, en el artículo 1713 CC, aunque tanto uno como otro pueda ser general o especial, para todos o uno o más negocios del mandante, como expresa el artículo 1712 CC

El Tribunal Supremo centra el problema en el caso concreto que se juzga, que es una donación. Pero, a partir de aquí, da un enorme salto cuantitativo y cualitativo, ya que, citando la Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1315), que veremos después,

hace un suma y sigue, y no solo resuelve el caso planteado de la donación, sino que intenta sentar jurisprudencia, con base en dicha sentencia y en la propia, para toda clase de actos de disposición.

La sentencia del 2013 que analizamos dice que «[...] el art. 1713, párrafo segundo, exige mandato expreso (o específico) para actos de disposición (acto de riguroso dominio...)» (FD 6.º). Ya he comentado lo claro que es el Código Civil en la terminología utilizada. De ahí que no pueda llegar a entenderse a qué se refiere el Ponente cuando, después de la expresión «mandato expreso», añade entre paréntesis «o específico». **He aquí un primer gran error, pues el mandato expreso es el que se contrapone al tácito, en el artículo 1710 CC, y al concebido en términos generales, en el artículo 1713 CC, aunque tanto uno como otro pueda ser general o especial, para todos o uno o más negocios del mandante, como expresa el artículo 1712 CC.**

Es decir, para realizar actos de disposición, el mandato no puede ser tácito, al menos ha de ser verbal, y por otra parte no puede estar concebido en términos generales, como sería la expresión «ocuparse de la gestión patrimonial», sino que ha de expresar las facultades dominicales que se confieren al apoderado, tales como comprar, vender, permutar, hacer y aceptar donaciones.

Intentar asimilar *mandato expreso* y *mandato específico* es contrario a la propia dicción del Código Civil, que no contempla en ningún caso esa expresión. Por «específico», entendemos detallado, concretando persona y objeto, lo cual convierte al apoderado en un mero *nuntius*, como ocurre en el caso del poder para contraer matrimonio (artículo 55 CC: «En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad»). Nótese que, si aceptásemos la tesis que trata de imponer la sentencia, sería algo así como si el Tribunal Supremo añadiera al artículo 1713 CC, con carácter general, un párrafo semejante al transcrito para el matrimonio, exigiendo que para los actos de riguroso dominio se determine el sujeto y el objeto del acto dispositivo.

La sentencia también dice que «conforme a la doctrina jurisprudencial que ahora se reitera, el mandato representativo [...] solo alcanza a un acto concreto cuando este ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma

determinada» (FD 6.º). **Esa otra doctrina jurisprudencial a la que se hace referencia para justificar su reiteración es la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2010** (RJ 2011/1315), de la que transcribe lo siguiente: «El grado de concreción necesario en la designación del objeto del mandato depende del carácter general y de las circunstancias de aquel» (FD 4.º). Dicha sentencia merece varias consideraciones.

C) La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2010

En primer lugar, téngase en cuenta que la sentencia del 2010 planteaba el problema de si un poder general para pleitos, en el que se contemplaba la facultad de transigir, era suficiente para la transacción extrajudicial operada por el procurador. El poder general para pleitos, realizado en favor de procuradores de los tribunales, no sirve para transigir, porque el **artículo 25.2.1.º LEC exige para ello un poder especial, que no significa más que indicar en el poder el pleito concreto para el que se faculta a transigir**. Si el poder no concreta el proceso judicial para el que se confiere, aunque contemple la facultad de transigir, el poderdante deberá ratificar la transacción. Explicado este extremo, se entiende el párrafo transcrito como relativo al poder general para pleitos, y así continúa diciendo la sentencia de 2010: «En el caso del mandato para transigir, es necesario que se especifique con precisión el conflicto al que se refiere la transacción en términos objetivos y subjetivos, distinguiéndolo de cualquier otro, y los aspectos jurídicos o de hecho sobre los que se autoriza a transigir. No es necesario, sin embargo, que se establezcan los términos en los cuales ha de tener lugar la negociación o la transacción, ni que se especifiquen límites máximos o mínimos para llevarla a cabo, puesto que esta exigencia haría en muchos casos ineficaz el mandato o colocaría al mandante en una situación desfavorable frente a la parte con la que mantiene un litigio, dado que la transacción comporta en sí misma una negociación entre las partes partiendo de una situación de incertidumbre que haga posible obtener ventajas mediante la realización de recíprocas concesiones» (FD 4.º).

En segundo lugar, la sentencia del 2010 revoca la decisión de la Audiencia, en el sentido de que «el carácter del poder como poder general para pleitos no es determinante de la calificación de la totalidad de su contenido, sino que en él se contiene una cláusula especial para transigir» (FD 4.º).

Recordemos que, según el **artículo 25 LEC**: «1. **El poder general para pleitos facultará al procurador para realizar válidamente en nombre de su poderdante todos los actos procesales comprendidos de ordinario en la tramitación de aquellos [...]. 2. Será necesario poder especial [...]** para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocésal [...]».

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.2.1.º LEC, constaba una cláusula en la que se autorizaba para transigir las indemnizaciones derivadas de un accidente de trabajo sufrido por el poderdante, objeto del litigio.

Por tanto, **no es verdad, como dice la sentencia del 2013, que la jurisprudencia «se reitera»**, pues no hay identidad de razón ni de solución con la sentencia del 2010, en la que se admite que el artículo 25 LEC queda suficientemente cumplido con la referencia al accidente laboral transigido, y lo mismo queda cumplido el artículo 1713 CC cuando dice que «para transigir [...] se necesita mandato expreso».

Leyendo ambos preceptos, el artículo 1713 CC y el artículo 25 LEC, me atrevo a decir que he encontrado la causa de la confusión jurisprudencial. El artículo 1713 CC habla de *mandato expreso* como opuesto a *mandato tácito*, y el artículo 25 LEC, de *poder especial para un litigio concreto* como opuesto a *poder general para cualquier pleito del poderdante*.

El poder para pleitos que todos conocemos, y que se utiliza habitualmente en los juzgados, sería un poder especial, según la terminología del Código Civil, para los asuntos judiciales del poderdante, pero también sería un poder expreso, ya que contempla, normalmente, la facultad de transigir, allanarse o desistir. Pero, claro está, como antes indicaba, que el término «expreso» del Código Civil no debe confundirse con el término «especial» de la LEC. Por ello, cuando surge una transacción y el poder no ha sido otorgado para un litigio concreto, el poderdante (o sea, la parte procesal) tiene que ratificar la transacción operada. En cambio, cuando el poder se da para un pleito determinado concretándolo en su objeto, ya no hace falta la ratificación del interesado, dado que, como dijimos, en el poder figurará la facultad de transigir.

Para los jueces acostumbrados a contraponer el poder general para pleitos al especial

que el artículo 25 LEC exige en la transacción es fácil confundirse al aplicar el artículo 1713 CC, que para transigir exige poder expreso. **Ahí está el error: poder expreso igual a poder especial para el caso concreto, y, evidentemente, no es así**. La correcta interpretación de ambos preceptos es que, para transigir, es necesario un mandato expreso (no tácito), como es siempre el poder (artículo 1710 CC), que contemple expresamente esa facultad (artículo 1713 CC), y que, además, para transigir en un asunto determinado, el poder debe contemplar el litigio en cuestión («especial», según la dicción del artículo 1712 CC y del propio artículo 25 LEC). Todo lo cual podrá incluirse en un poder general para pleitos y otorgarse tanto por vía notarial (artículo 1280 CC) como judicial *apud acta*.

La LEC no contradice al Código Civil, simplemente añade que, para transigir, además de ser un poder expreso para este fin, deberá también ser especial para el litigio de que se trate. Se debería reconocer la incorrección de la asimilación (poder expreso igual a poder especial, o lo que es peor, específico), como pretende la sentencia del 2013

Es decir, la LEC no contradice al Código Civil, simplemente añade que, para transigir, además de ser un poder expreso para este fin, deberá también ser especial para el litigio de que se trate. Ojalá se medite sobre esto y **se reconozca la incorrección de la asimilación (poder expreso igual a poder especial, o lo que es peor, específico), como pretende la sentencia del 2013**.

La confusión puede obedecer a que, en la práctica, visualmente, un poder general típico y un poder para pleitos se parecen bastante en cuanto a su presentación externa. En ambos se detallan exhaustiva y expresamente una serie de facultades que se confieren al apoderado. Pero en el poder general esas facultades se refieren a todo el patrimonio del poderdante y, además, enumeran todos los actos y negocios jurídicos que se pueden delegar, comprendiendo tanto actos de administración ordinaria como de disposición o de riguroso dominio. En cambio, los poderes para pleitos comprenden solo una parte, la representación procesal e institucional ante organismos públicos, y, aunque



contienen también una larga enumeración de facultades, solo unas pocas son de disposición, como transigir, allanarse, desistir, renunciar, someter a arbitraje, etc. Como hemos dicho, el poder para pleitos para transigir debe ser un poder expreso (artículo 1713 CC) y, además, especial para el asunto controvertido (artículo 25 LEC). De esta forma, en la práctica judicial, si el poder para pleitos faculta para transigir en un determinado contencioso, no se hace necesaria la ratificación. Si el poder contempla la facultad de transigir pero no hace referencia al litigio concreto, la transacción realizada por el Letrado habrá de ser ratificada por el poderdante.

De ahí la deducción errónea: los poderes expresos del Código Civil deben contemplar también el asunto u objeto sobre el que recaen las facultades de riguroso dominio concedidas. En otro caso, habrá de ratificar el poderdante.

Pero ni la terminología ni el fundamento teleológico de los poderes para pleitos son aplicables a los demás poderes. Los poderes para pleitos se otorgan de ordinario ante un litigio que se ha planteado o que se prevé va a plantearse en un futuro próximo. Esos poderes van a utilizarse, normalmente, para un solo proceso judicial. En cambio, los poderes generales típicos, civiles o mercantiles, no contemplan el caso inmediato, sino que se dan con vocación de perdurar en el tiempo. En el juicio, el poder para transigir debe contemplar el litigio para el que se da, y por eso la LEC lo llama «poder especial». En realidad, es un poder especial con la facultad expresa para transigir. En el ámbito civil, el poder puede haberse otorgado para todos los asuntos patrimoniales (general) o para una parte de ellos (especial), y tanto en uno como en otro caso, si el poderdante quiere que el apoderado tenga facultades dispositivas de riguroso dominio, deberá hacerlas constar en el propio poder (expreso).

En tercer lugar, la sentencia del 2010 contiene un voto particular, el del propio Ponente de la sentencia del 2013, que no prosperó pero que, en cambio, se presenta en la sentencia del 2013 como si hubiera sido el fallo. En ese voto particular, el Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ plantea su argumentación en el ámbito de la justicia material, tratando de buscar una solución justa «al desgraciado accidente» que sufrió el demandante «al caerse desde una altura de 6 o 7 metros, que le causó graves lesiones y secuelas, quedando en silla de ruedas y con labilidad

emocional e incapacidad de elaborar órdenes complejas que le han provocado una minusvalía del 75 %» (apartado 1.º VP). Y añade que «se realizó una supuesta transacción plasmada en un recibo firmado por los abogados, el de la parte demandante y el de la entidad que entregó el cheque» (apartado 2.º VP). El problema surge cuando la víctima del accidente laboral niega el poder de representación del Letrado e incluso le sustituye por otro que obtiene la venia. Termina la exposición haciendo alusión a «la miserable cantidad» obtenida en la transacción, en comparación a la inicialmente solicitada, que califica de «mezquina». A continuación, trata de explicar los conceptos *mandato general y especial, expreso y tácito, concebido en términos generales y específico*. Veamos atentamente los siguientes pronunciamientos contenidos en su voto particular: «El mandato es general, cuando comprende toda o una generalidad de la actividad jurídica del mandante, o especial, si se refiere a actos jurídicos concretos (artículo 1712 del Código Civil), y, a su vez, puede ser expreso, formado por declaraciones expresas de la voluntad de las partes, orales o escritas, y tácito, cuando la voluntad se desprende del comportamiento de ellas (artículo 1710). Asimismo, y en lo que aquí más interesa, puede ser en términos generales, que comprende los actos de administración, o específico, que el artículo 1713 llama «expreso», dando lugar a confusiones [...], que comprende los actos de disposición. [...] De toda la jurisprudencia, que ahora se reitera, se desprende, en primer lugar, que para los actos de disposición se precisa un mandato específico, llamado normalmente expreso o especial, en el sentido de detallar concretamente los actos de disposición que comprende no en términos generales, sino específicamente» (apartado 2.º VP).

No puede haber más errores de concepto en tan pocas líneas.

D) Conclusiones críticas

Todas estas malinterpretaciones del Código sirven para justificar una solución humana a un problema concreto cuando la vía a seguir, si no se quiere atentar contra la seguridad del tráfico jurídico, es acudir a los artículos 1258 CC y concordantes, así como al principio de la buena fe y a la prohibición del abuso del Derecho del artículo 7 CC. Este es el criterio que sustentó la sentencia ya citada de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/4427) y que **recientemente ha sido reiterado en la de 20 de mayo de 2016** (RJ 2016/2295), diciendo que «el fundamento del contrato de mandato es el recíproco vínculo de confianza

entre mandante y mandatario, también deben destacarse los deberes de fidelidad y lealtad que constituyen auténticas directrices en el desenvolvimiento de la actividad de gestión que realiza el mandatario [...]. Estos deberes, con fundamento **tanto en el principio general de buena fe (artículo 7 del Código Civil) como en su proyección en el artículo 1258 del mismo cuerpo legal** (consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe), y también en el criterio general de la diligencia específica aplicable en los negocios de gestión (artículo 1719 del Código Civil), implican que el mandatario debe comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza depositada (servare fidem), diligentemente y en favor del interés gestionado, con subordinación del propio interés».

Incluso podemos afirmar que, **debido a las críticas a la Sentencia de 6 de noviembre de 2013, el Ponente de la misma prescindió de la tesis sostenida allí solo unos meses después, en la Sentencia de 1 de julio de 2014** (RJ 2014/2831), de la que también fue Ponente. En esta última, no se alude a la doctrina, sentada por la primera, acerca de la suficiencia del poder general para realizar donaciones de inmuebles en un caso en el que la apoderada otorga escritura pública donándose a sí misma. Se resuelve el litigio con base en argumentos de otra índole: en la Audiencia, por falta de objeto, pues el inmueble había sido vendido previamente por el poderdante, aunque no se inscribió la escritura porque la finca no estaba inmatriculada; en el Tribunal Supremo, por falta de poder de disposición del mandante y falta de la protección registral a la apoderada y donataria que había inmatriculado la finca donada, por carecer de buena fe y adquirir a título gratuito.

Incluso podemos afirmar que, debido a las críticas a la Sentencia de 6 de noviembre de 2013, el Ponente de la misma prescindió de la tesis sostenida allí solo unos meses después, en la Sentencia de 1 de julio de 2014, de la que también fue Ponente

Aunque no es el objeto de este trabajo, para completar el panorama jurisprudencial, debo hacer una breve referencia a la protección de terceros, aunque solo sea desde un punto de vista meramente civil y,

por tanto, dejando expresamente aparte la protección hipotecaria.

E) La protección de terceros

En alguna sentencia, refiriéndose a casos de extralimitación del poder, el Tribunal Supremo ha declarado que «[...] la extralimitación del poder por parte del apoderado entra dentro del juego de la sanción del art. 1259 CC, ya que en caso alguno ese contrato puede ser eficaz, puesto que no ha habido ratificación por parte de la persona a cuyo nombre se otorga» (FD 4.º) [STS, Sala 1.ª, 29 de abril de 2000 (RJ 2000/3190)], y **proclama la nulidad radical, como si no se hubiera otorgado ningún poder**, salvo, claro está, la ratificación posterior por el poderdante, que puede ser expresa o tácita (cfr. artículo 1727 CC).

El mandatario que ha actuado como tal, sin extralimitación, no es responsable frente a terceros. Ello es la consecuencia lógica del mandato representativo que ha ejercido, tanto si ese mandato fue expreso como tácito. El mandante ostenta la condición de parte en el negocio jurídico concluido y deviene titular de todas las acciones que surgen frente al tercero. Ahora bien, para que se produzca esta vinculación directa del mandante y el tercero, es necesario que el negocio celebrado por este y el mandatario sea válido [STS, Sala 1.ª, 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8957)].

Si el mandatario dio al tercero conocimiento de sus poderes, aunque en su actuación se extralimite, no será responsable frente al tercero, dado que ese tercero que negoció con él conoce la extralimitación con la que actúa y negocia con él por su propia cuenta y riesgo. El mandante, en este caso, tampoco será responsable frente a dicho tercero, salvo ratificación (cfr. artículo 1727 CC). Lo único que surgirá en este caso es la responsabilidad del mandatario frente al mandante *ad intra*, derivada de la relación interna de mandato que les une.

En esta relación interna, el principio es que el mandante debe ser restituido como si el mandatario no hubiese celebrado el negocio. Como dice la **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005 (RJ 2005/4422)**, «[...] el mandatario está obligado a dar cuenta de la utilización del mandato, y a devolver el valor de lo recibido, cuando se extralimite en el uso del poder (art. 1720), valor que se convierte en el que correspondiere a la cosa cuando se perdió (art. 1307), que es

el que, por su transferencia a tercero hipotecario, o de buena fe, la convierte en “pérdida” jurídicamente, o sea, en el presente caso, en el momento en que la sentencia del pleito precedente, que ordena la restitución, se convierte en inejecutable, precio que no consta y que se debe determinar, como es obvio, a través de una prueba pericial» (FD 4.º).

En la relación externa, la protección de los terceros frente a los supuestos de falta de poder o extralimitación del apoderado se basará en la buena fe del tercero y en la protección de la apariencia creada y del tráfico jurídico.

El Código Civil hace referencias expresas a la revocación, en cuyo caso entran en juego los artículos 1734 y 1738 CC, cuya interpretación parece consolidada al decir la **Sentencia de 22 de enero de 2015 (RJ 2015/135)** que: «*Si el poder se hubiese otorgado para contratar con determinadas personas, su revocación no podría perjudicar a estas, si no se les hubiera hecho saber, como dispone el artículo 1734 del Código Civil. Ahora bien, si se trata de un mandato general, que es el caso, la revocación sí puede perjudicar a los terceros, salvo que concurra el supuesto excepcional previsto en el artículo 1738 del Código Civil, que, según doctrina de la Sala, requiere buena fe por parte de mandatario y tercero. [...] Interpreta el artículo 1738 del Código Civil en el sentido de exigir para su aplicación la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea, que desconociera la anterior extinción del mandato, condición que se da en el supuesto que enjuiciamos, y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquier otra de las causas que hacen cesar el mandato, condición esta que no concurre en el presente supuesto, en el que el mandatario usó el poder cuando le había sido debidamente notificada su revocación.*

Por ello, la tesis de la sentencia, en aras de la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero, resulta incomprensible con el propio texto de la norma y la doctrina de la Sala que lo interpreta.

Al no ser aplicable dicho precepto, lo realizado por el mandatario tras la extinción del mandato (STS de 24 de octubre de 2008) es nulo (artículo 1259 CC) y, como tal, no vincula al mandante (artículo 1727 CC) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (artículo 1725 CC)» (FD 3.º).

VII. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 (BOE A-2016-10823)

A) Hechos

En marzo de 2010 se otorga un poder general, de los típicos, por una madre en favor de su hija, incluyendo en él una exhaustiva enumeración de facultades, entre las que figura la de «*hacer y aceptar donaciones puras o condicionales*» y con relación a bienes de toda clase, muebles o inmuebles, salvando el conflicto de intereses y aunque se incida en la figura jurídica de la autocontratación. En mayo de 2016, el apoderado, haciendo uso de ese poder general que le tiene conferido su madre, se otorga a sí mismo una donación, cuya escritura pública se presenta en el Registro de la Propiedad y es **calificada negativamente, con base en la interpretación que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013 hace del artículo 1713 CC**. La Registradora transcribe literalmente en sus fundamentos de Derecho parte de la sentencia citada, recalcando que la jurisprudencia exige para la validez de un concreto acto dispositivo que se concrete, en el mandato con poder de representación, el acto y el objeto con sus esenciales detalles, es decir, que se haya especificado el sujeto y el objeto en forma bien determinada. Y acaba diciendo de su propia cosecha: «*A pesar de que el Notario autorizante de la escritura que motiva la presente emite juicio de suficiencia de las facultades representativas del compareciente, atendida la doctrina antes expuesta del Tribunal Supremo, y a la vista de la reseña de las facultades representativas, dicho juicio de suficiencia no puede considerarse congruente con el negocio realizado, en la medida que de la propia reseña del poder resulta que se trata de un poder general de administración y disposición concedido con carácter genérico, con relación a bienes de todas clases y sin que se designen específicamente los bienes de que el apoderado puede disponer a título gratuito.*»

El Letrado que interpuso recurso contra la calificación registral alega que dicha calificación, al contrariar el criterio del Notario, que sí «*entendió suficientes las facultades representativas, contraría incluso el criterio del propio Registro, el cual, dos años antes (ya después de la STS indicada), procedió sin cortapiensa alguna a la inscripción de idéntica donación por parte de iguales partes, de la madre al hijo [...], en virtud de idéntico poder [...]. ¿Cómo no*



consideró entonces el Registro que el mismo poder no era útil, válido o suficiente y ahora sí? La STS había sido dictada ocho meses antes, pero ello entendemos tampoco sería excusa, desde el momento en que el desconocimiento de la ley no exime en modo alguno de su cumplimiento, menos aún de aquellos que vienen con especial celo obligados a su conocimiento y cumplimiento. Así, entendemos que tal denegación vulnera de forma manifiesta el art. 6 del Código Civil, bien al inscribir la primera escritura, bien al denegar ahora la segunda ignorancia juris non excusat».

Acaba el recurso el Letrado alegando la vulneración del principio de legalidad de la doctrina de los actos propios creando una manifiesta inseguridad jurídica.

B) Fundamentos de Derecho

La Dirección General de los Registros y del Notariado, citando varias sentencias del Tribunal Supremo, deja clara la diferencia entre los conceptos de *mandato expreso* en los artículos 1710 y 1713 CC.

La Dirección General pone de relieve que el artículo 1713 CC regula una cuestión de extensión del mandato y no de forma del mismo, contraponiendo el mandato concebido en términos generales y el mandato expreso

En el artículo 1710 CC, el concepto **expreso se contrapone a tácito**, y así lo recoge la Dirección General en los siguientes términos: «[...] según la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1990, la calificación de un mandato como expreso no depende de que su otorgamiento exigiese una determinada formalidad y constancia escrituraria, y así se ve que el artículo 1710, párrafo segundo, del Código permite que pueda darse por instrumento público o privado y aun de palabra; en esta misma línea se encuentra la doctrina jurisprudencial, al establecer que la validez del mandato, por su carácter consensual, viene determinada por la existencia del consentimiento cualquiera que sea la forma en que se manifieste, expresa o tácita, por escrito o verbal».

La Dirección General pone de relieve que el artículo 1713 CC regula una cuestión de extensión del mandato y no

de forma del mismo, contraponiendo el mandato concebido en términos generales y el mandato expreso. Citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1996 (RJ 1996/2357), declara que el mandato concebido en términos generales faculta para la gestión y el expreso, para la disposición que en la práctica configura el llamado *poder general* por el que se conceden facultades de disposición, que, además, se detallan mediante una enumeración extensísima de actos de riguroso dominio, como comprar, vender y permutar, pura o condicionalmente, a retro con precio confesado, al contado o a plazo, toda clase de muebles, inmuebles, etc.

Dentro de estas consideraciones teóricas, distingue entre el mandato general y el especial a que se refiere el artículo 1712 CC, diciendo que en esta distinción «no atiene de el legislador a los actos, sino a los negocios que comprende el mandato, pudiendo por ello referirse un mandato concebido en términos generales no solo a un mandato general (comprensivo de todos los negocios del mandante), como cuando se confía genéricamente la misión de realizar cuanto sea necesario para una determinada gestión, sino también a un mandato especial (que abarca solamente uno o más negocios determinados)».

Centrándose ya en el problema de si, para la realización de actos de riguroso dominio, es necesario o no que el poder especifique los bienes sobre los que el apoderado puede ejercitar las facultades conferidas, la Dirección General cita numerosas sentencias en que el Tribunal Supremo **se ha pronunciado proclamando la no necesidad de que en el poder se concreten los bienes que son objeto del mismo**, bastando que consten expresamente las facultades de disposición que autorizan al apoderado para comprar, vender, donar, etc. (sentencias de 7 de julio de 1932 y de 20 de noviembre de 1989). **Enumera también las sentencias que han admitido la validez de las donaciones otorgadas mediante los denominados poderes generales** (sentencias de 6 de marzo de 2001 y de 16 de mayo de 2008). Incluso trae a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 de julio de 1993, que admitió con carácter general la posibilidad de otorgar donaciones con un poder general, aunque, en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estimó extralimitación por el apoderado. De esta sentencia, destaca que el poder objeto del

caso era un poder general (no concebido en términos generales) y expreso, en cuanto se autorizaban actos de disposición de riguroso dominio, y no era un poder especial, dado que no se limitaba a uno o más negocios determinados, afirmando que en nuestro ordenamiento jurídico se admite la donación por medio de apoderado con poder expreso y que no se exige para su validez que el poder determine el objeto a donar y el sujeto donatario. Además, **esta sentencia ya citó el artículo 778 del Código Civil italiano**, que, como hemos visto, luego es recogido en la resolución que estamos analizando y que declara la nulidad del mandato en el que se atribuye a otro la facultad de designar la persona del donatario o de determinar el objeto de la donación.

Con ello, la Dirección General entra ya en lo que verdaderamente es el **fondo de la resolución**. Acogiendo la tesis causalista, no tiene inconveniente en afirmar que «[...] las vicisitudes del negocio subyacente afectan al apoderamiento, si bien con el matiz fundamental de que los terceros, cuya buena fe debe presumirse [...], deben sujetarse a los límites formales establecidos en el título formal del apoderamiento, salvo que se tenga constancia cierta de que el contenido de la relación básica queda contrariado por la específica actuación del apoderado».

Y a continuación **separa nítidamente la relación interna poderante-apoderado de la relación externa, pero no solo respecto de los terceros, sino también de la comunidad jurídica en general**, diciendo: «[...] cuestión distinta es que [...] el apoderado no haya seguido las instrucciones que hubiera dispuesto el mandante o exista abuso o extralimitación en el uso del poder por el mandatario, algo que podrá ser valorado en sede judicial, pero sin que esa posibilidad pueda llevar a concluir que la validez de un mandato [...] dependa de que se designen específicamente los bienes sobre los que el apoderado puede ejercer las facultades conferidas».

Apoya la Dirección General sus argumentos en la reciente —y ya citada— **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2016**, de la que deduce la siguiente conclusión: «Cuando esta última sentencia, de 20 de mayo de 2016, para declarar nulo un acto como el controvertido, acude a los criterios interpretativos del Código Civil en sede de mandato y gestión de negocios, tales como la extralimitación y falta al deber de fidelidad, pero sin objetar nada a la amplitud

de facultades conferidas en el poder general, está marcando la pauta para resolver la cuestión que en este expediente subyace, en el sentido de que la valoración de aquellas circunstancias —que son las realmente decisorias— necesariamente **debe ventilarse en sede judicial y queda al margen de las funciones de notarios y registradores**».

En efecto, la relación interna entre poderdante y apoderado queda al margen de la labor del Notario, y más si cabe aún del Registrador; no tiene ninguna conexión con la posible realidad de la relación entre mandante y mandatario.

El Notario autorizante del poder quizá pueda tenerla, pues contacta personalmente al menos con el poderdante y puede llegar a conocer sus intenciones o instrucciones iniciales. **Pero tales instrucciones, si no se plasman en el mismo poder, no limitan y el apoderado queda legitimado en el tráfico jurídico por el contenido formal del poder. Ni los notarios que después autorizan los actos de disposición otorgados por el apoderado, ni el Registrador que los inscribe, pueden atenerse a otra cosa que no sea el propio contenido del poder**, que — recordemos — es el instrumento jurídico que externaliza la representación voluntaria.

La relación interna entre poderdante y apoderado queda al margen de la labor del Notario, y más si cabe aún del Registrador; no tiene ninguna conexión con la posible realidad de la relación entre mandante y mandatario

Revocando la calificación registral impugnada, con base en lo anterior, la Dirección General destaca las consecuencias negativas que se seguirían de admitirse la argumentación de la Registradora: «[...] quedaría cercenada una vía tan frecuente y útil en la práctica como la de otorgamiento de poderes generales que de ordinario atienden a casos [...] de realización por un mismo apoderado de diversos actos o negocios de riguroso dominio en una fase temporal prolongada, sin necesidad de concesión de varios apoderamientos específicos ad hoc de forma sucesiva».

Siendo esto así para los poderes normales, no digamos respecto de los preven-

tivos, que están destinados a desligarse incluso de la relación interna mandante-mandatario, en cuanto el poderdante vaya perdiendo su capacidad para modificarlos e incluso para pedir la rendición de cuentas al apoderado.

Los notarios, en la formalización de apoderamientos generales, a la hora de redactar la escritura pública, han de extremar su celo y hacer las indagaciones oportunas sobre la intención y alcance que el otorgante desee dar al apoderamiento, pues son evidentes las necesarias dosis de prudencia que han de emplearse cuando de poderes generales se trata

Por esta razón, la resolución aprovecha la oportunidad para recordar a los notarios «[...] **la necesidad, más bien exigencia, de que en la formalización de apoderamientos generales [...] el Notario, a la hora de redactar la escritura pública, extreme su celo y haga las indagaciones oportunas sobre la intención y alcance que el otorgante desee dar al apoderamiento, pues son evidentes las necesarias dosis de prudencia que han de emplearse cuando de poderes generales se trata**».

C) Otras resoluciones recientes

Por último, querría hacer mención de dos recientes resoluciones de la Dirección General en las que, a pesar de tratar supuestos de donación, se ha obviado el tema de la necesidad de que el poder concrete el objeto y el sujeto de la donación.

La primera, de 20 de octubre de 2015 (RJ 2015/6468). El supuesto de hecho es el de poder general que utiliza el apoderado para donarse a sí mismo un inmueble, pero centrándose en el problema del juicio notarial de suficiencia del poder acerca de la facultad de autocontratación. La Registradora consideró insuficiente la afirmación del Notario de que «[...] a mi juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para la presente escritura de donación».

El argumento de la Registradora para suspender la inscripción se basa en que no se puede apreciar la congruencia del juicio de suficiencia, ya que no resulta del mismo

ninguna referencia a la facultad de autocontratación. Por su parte, el Notario, en el recurso, aduce que, si a pesar de la literalidad del artículo 98 de la Ley 24/2001 se establecieran excepciones, como la de que el Notario tuviera que salvar expresamente el conflicto de intereses, se podrían añadir otras como, por ejemplo, la de que el poder incluya el supuesto de incapacitación sobrevinida y seguir hasta que el artículo no tuviera aplicación práctica alguna.

La Dirección General estima que el juicio notarial de suficiencia no se haya formulado correctamente, pues para «*la revisión de la congruencia del juicio de suficiencia con el contenido del título, exige que se incluyan en la escritura los actos necesarios para hacer una comparación entre la facultad que presupone y el contrato documentado*» (FD 3.º).

No aparece en la calificación, ni después en el informe de la Registradora, alusión alguna a la validez del poder; tampoco en la resolución de la Dirección General, que podía entrar en ello, pues recordemos que el Centro Directivo no se halla sujeto al principio de justicia rogada, que sí afecta a los tribunales.

La segunda resolución es de 11 de abril de 2016 (RJ 2016/2990), en la que se plantea el problema de la validez del poder otorgado por un administrador solidario facultando al apoderado para donar activos sociales, incluyendo también la autocontratación. Argumentación brillante, tanto la del Registrador Mercantil como la del Notario, resolviendo la Dirección General que, de acuerdo con el artículo 230 LSC, la dispensa de la autocontratación corresponde, como regla, a la junta general, y solo excepcionalmente, en los casos concretos que enumera, al órgano de administración, pero «[...] *nada permite en la normativa señalada concluir que el órgano de administración puede otorgar una dispensa general a cualquier situación de conflicto que se produzca entre los intereses del principal, la sociedad y el apoderado representante*» (FD 5.º).

En relación al otro problema planteado, el de la validez de la facultad para donar activos sociales con carácter general, entendido como equivalente a todo el patrimonio social, afirma que «[...] *como la cláusula debatida hace referencia globalmente a todos los activos sociales, la misma debe quedar comprendida entre los actos que, no pudiendo realizar libremente el ad-*



ministrador, [...] tampoco puede conferirlos a un tercero» (FD 11.º).

La jurisprudencia resuelve casos concretos, no formula reglas de carácter general aplicables a todos los casos. Los órganos jurisdiccionales, cuya cúspide es el Tribunal Supremo, tienen la función de aplicar las fuentes del Derecho, no la de crearlas

Al igual que la anterior, no se plantea el problema de la validez del poder para donar que no exprese el objeto y el sujeto, pero indirectamente lo está admitiendo.

Querría terminar el artículo con unas líneas del propio Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, publicadas en *La Ley*⁽¹¹⁾:

Del recurso de casación [...] nace la jurisprudencia. [...] ¿La jurisprudencia es fuente del Derecho? La respuesta es negativa. La jurisprudencia no es fuente del Derecho: ni tiene poder social con facultad normativa creadora (fuente material), ni es una forma externa de manifestarse el Derecho positivo (fuente formal). Resuelve casos concretos, no formula reglas de carácter general aplicables a todos los casos; en la división de poderes que señala la Constitución Española, el poder judicial está separado del poder legislativo. Los órganos jurisdiccionales —cuya cúspide es el Tribunal Supremo— tienen la función de aplicar las fuentes del Derecho, no la de crearlas.

- (1) Francisco Luis PACHECO CABALLERO, «La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas», en *Revista de Derecho Privado*, vol. LXXIV, 1990, págs. 655-670.
- (2) José Luis LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pág. 209.
- (3) María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 4.ª ed., Cizur Menor, 2013, pág. 11672.
- (4) Dice Ángel CARRASCO PERERA (dir.), *Derecho Civil*, Ed. Tecno, 5.ª ed., Madrid, 2016, pág. 364, que «[...] se duda sobre todo qué quiera decir cosas propias del mandante. A pesar de que existen al respecto diversidad de opiniones, lo que pare-

ce más sensato es interpretar la norma en el sentido siguiente: a) el mandante tiene acción contra el tercero, pero no puede fundar la misma en ningún título o razón que no pudiera utilizar el mandatario contra el tercero; b) el mandatario siempre responde ante el tercero, aunque se descubra o se haga patente ulteriormente la relación gestora que le une con el mandante oculto; c) el tercero no puede proceder contra el mandante en tanto en cuanto este continúe queriendo mantener oculta la relación representativa, aunque sea conocida del tercero; solo cuando el mandante hace manifiesta esta relación, asumiendo hacia afuera los efectos de la gestión representativa y presentándose como principal, podrá el tercero considerar que este principal ha asumido los efectos del contrato con efectos frente a terceros, ofreciéndose como obligado a las resultas del mismo; d) el mandatario no está obligado a manifestar por cuenta de quién actúa».

- (5) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VIII: Arts. 1485 a 1759, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 2239-2240.
- (6) En este sentido, María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 4.ª ed., Cizur Menor, 2013, pág. 11671, para quien el poder por sí mismo no se puede definir como negocio, sino como instrumento formal de legitimación en la ejecución del mandato.
- (7) Véase un comentario a esta sentencia en María DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, «Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1996. Autocontratación: abuso de Derecho en su ejercicio, negocio bajo persona interpuesta; distinción entre mandato concebido en términos generales y mandato que abarca una generalidad de negocios; acción reivindicatoria», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 41, 1996, págs. 899-908.
- (8) Es curioso cómo el Ponente, el Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, resalta siempre aspectos subjetivos en las sentencias en que busca la justicia material del caso concreto, utilizando frases o expresiones muy descriptivas de la situación. Así, por ejemplo, en el voto particular en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1315), que es antecedente de la que nos ocupa, dijo: «[...] y como tal mandatario aceptó una cantidad (**ciertamente miserable**) y firmó el recibí que se aduce como transacción».
- (9) El Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ ya había emitido un voto particular en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1315),

que empezaba diciendo: «El presente voto particular disiente totalmente del contenido de la sentencia [...] y coincide con el de la sentencia recurrida, de estimación de la demanda: lo contrario entiendo que sería una solución intrínsecamente injusta y los órganos jurisdiccionales tienen la función de hacer justicia, de acuerdo con el Derecho, y en el caso presente, lo que se mantiene en el voto particular es una solución justa, de acuerdo con el Derecho, a conciencia de que toda cuestión jurídica, como toda cuestión humana, es discutible y defendible, de aquí que insisto en destacar el respeto que me merece la opinión de la mayoría».

- (10) En realidad, esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no contemplaba un caso de donación realizada mediante un poder en el que se incluía la facultad de donar, sino que se discutía si la facultad de «disponer y aceptar adjudicaciones de bienes hereditarios y entregas de legados [...] pagar y aceptar o renunciar legítimas y fideicomisos» implicaba también la de hacer donaciones. En la relación de bienes presentada a Hacienda, la apoderada de la heredera, de acuerdo con lo establecido por el testador, había asignado al hijo del causante el usufructo vitalicio de una finca en pago de sus derechos legítimos y, en lo que excediera, como mera liberalidad. Poco tiempo después, se formalizó notarialmente por la misma apoderada, esposa del usufructuario, la aceptación de la herencia en nombre de la heredera, hija de ambos, en la que se modificó lo anterior diciendo en el otorgamiento que «la finca legada y adjudicada en usufructo en la relación de bienes debe entenderse adjudicada en plena propiedad y en pago de la legítima». En este caso, se daba además la circunstancia que en el texto del poder figuraba expresamente la facultad de aceptar donaciones, pero no se decía nada de la posibilidad de hacerlas. Por ello, no considero acertada la cita de esta sentencia, aunque es verdad que en ella se anuncia peligrosamente la confusión terminológica, al decir que «para cualquier acto de disposición dominical, se precisa mandato expreso, o lo que es lo mismo, poder especial para la disposición concreta que se realiza, no bastando para la validez de estos actos el mero apoderamiento general, aunque en el mismo se comprendan los negocios jurídicos que sirven de base para la realización de aquellos actos [...]».
- (11) Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La jurisprudencia y los recursos extraordinarios», en *Actualidad Civil*, n.º 1, sección Doctrina, 2002, págs. 1-16.

El contrato de cuentas en participación no es un contrato de sociedad

Francisco Vicent Chuliá

Profesor Emérito de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia
Socio de Honor de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

SUMARIO

- I. UN PROBLEMA METODOLÓGICO
- II. NATURALEZA Y CARACTERES DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN
- III. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO Y EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL
- IV. DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN CON OTROS CONTRATOS
- V. IMPOSIBILIDAD DE INCORPORACIÓN DE LA CONDICIÓN DE CUENTAPARTÍCIPE A UN TÍTULO VALOR
- VI. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN HA DEJADO DE SER TÍTULO JURÍDICO DE OBTECCIÓN DE FONDOS PROPIOS
- VII. CONCLUSIONES

I. UN PROBLEMA METODOLÓGICO

Un amplio sector de la doctrina mercantilista española defiende que el contrato de



cuentas en participación regulado en los arts. 239 a 243 del Código de Comercio de 1885 es un contrato de «*sociedad interna*», partiendo de un concepto doctrinal amplio de *contrato de sociedad* en el que caben todos los contratos con un fin común, distinto al concepto definido en los arts. 1665 CC y 116 CCom. De este modo, trasladan a la interpretación de la regulación española del contrato de cuentas en participación

la doctrina alemana elaborada a partir del Código de Comercio alemán de 1897 (en adelante, HGB), que lo define todavía como un contrato de sociedad interna (la *stille Gesellschaft*), cuando nuestro Código de Comercio de 1885 y, después, el Código Civil italiano de 1942 regulan el contrato de forma más sencilla, como un contrato bilateral de colaboración con fines de financiación o inversión⁽¹⁾.



La cuestión afecta a la ingeniería social propia de la Abogacía. El Abogado, además de defensor de los intereses de su cliente (*Advocate*) y de la ley (*Lawkeeper*), es un «ingeniero de costes de transacción» encargado de organizar las operaciones económicas, de forma que sean válidas, seguras, eficientes y eficaces, evitando en lo posible la oscuridad y la inseguridad⁽²⁾.

Hay que tener en cuenta, y es algo fundamental, que el contrato bilateral de cuentas en participación organiza una distribución de riesgos distinta al contrato de sociedad

Hoy, como demuestran los numerosos casos judiciales, celebrar un «contrato de sociedad (*sic*) de cuentas en participación» entraña peligro de confusión, cuando las partes generalmente desean formalizar una simple inversión. El contrato típico de cuentas en participación regulado en los arts. 239 a 243 CCom. no equivale exactamente al contrato de «sociedad oculta» del art. 1669 CC (que es una verdadera sociedad), ni es una «sociedad (*mercantil*) interna» (que ninguna norma legal regula), sino un contrato bilateral de inversión del partícipe en la actividad del gestor a cambio de participar en sus resultados, sin constitución de un fondo o patrimonio común ni de una organización corporativa. La superposición sobre la escueta regulación de estos artículos de todo el Derecho de Sociedades comporta riesgos evidentes de incompreensión. Así, cuando se pretende que el «gestor» de las cuentas ha de defender el interés común, el propio y el del partícipe, actuando en el ejercicio del «cargo» de gestor, introduciendo un ingrediente perturbador de «representación» (que pertenece a las categorías de los contratos de sociedad o de gestión)⁽³⁾; o cuando se afirma que en la liquidación de las cuentas el partícipe tiene derecho a la cuota de liquidación, participando en las plusvalías de la empresa del gestor⁽⁴⁾; o, finalmente, cuando se postula la posibilidad de que el partícipe se introduzca en la gestión (mediante derechos de voto, o de impartición de instrucciones, o incluso sustituyendo sin más al gestor, sin perjuicio de que pueda terminar respondiendo personalmente y sin límite de las obligaciones contraídas y de todas las pérdidas)⁽⁵⁾.

FICHA TÉCNICA



Resumen: El contrato de cuentas en participación regulado en los arts. 239 a 243 del Código de Comercio español de 1885 es un contrato bilateral de colaboración, distinto al contrato de sociedad. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 sigue la regulación del Código de Comercio, limitándose a aclararlo en algunos puntos. También la normativa contable, concursal y fiscal regula el contrato de cuentas en participación como un contrato bilateral y no como un contrato de sociedad. El Código de Comercio de 1885 rectificó el anterior Código de Comercio de 1829, que, siguiendo la legislación francesa, regulaba el contrato de cuentas en participación como un contrato de sociedad, y reguló en títulos sucesivos tres categorías distintas de contratos: de sociedad, de cuentas en participación y de gestión (comisión). Sin embargo, un sector de la doctrina defiende que el contrato de cuentas en participación es un «contrato de sociedad interna», dentro de un concepto amplio de *sociedad* (distinto al definido en nuestros códigos de Comercio de 1885 y Civil de 1889). Con ello, se aparta del tipo de contrato que regula el Código de Comercio y que en la mayoría de los casos las partes desean celebrar, como un simple contrato bilateral de inversión. La confusión que esta doctrina ha creado obliga a los tribunales a realizar un gran esfuerzo para resolver los numerosos casos que se plantean.

Palabras clave: Derecho Mercantil, contrato de cuentas en participación, naturaleza jurídica.

Abstract: The participation account agreement (*contrato de cuentas en participación*) regulated by sections 239 to 243 of the Spanish Commercial Code of 1885 is a bilateral collaboration agreement, different than the company agreement (*contrato de sociedad*). The Mercantile Code Draft Bill, of May 30, 2014, follows the guidelines set forth in the Commercial Code, yet is limited to clarifying various points. Accounting, insolvency and tax regulations also govern the participation account agreement as a bilateral agreement as opposed to a company agreement. The Commercial Code of 1885 corrected the foregoing Commercial Code of 1829, which, as per French legislation, had governed the participation account agreement as a company agreement and proceeded, in subsequent sections, to establish three distinct categories of contracts: company agreements, participation account agreements and agency (*contratos de gestión, comisión*). One sector of scholarly doctrine, however, argues that the participation account agreement is an internal company contract («contrato de sociedad interna»), within a broader concept of *company* (different from that defined in our Commercial and Civil codes of 1885 and 1889, respectively). This distances it from the type of contract governed by the Commercial Code and that, in the majority of cases, the parties wish to execute, such as a simple, bilateral investment agreement (*contrato bilateral de inversión*). The confusion produced by this doctrine complicates the resolution for courts of the numerous cases that arise.

Keywords: Commercial Law, participation account agreement, legal concept.

Lo fundamental es que *el contrato bilateral de cuentas en participación organiza una distribución de riesgos distinta al contrato de sociedad*. El llamado *gestor* es, realmente, el propietario de la empresa, el *dominus negotii*, y en su explotación asume una responsabilidad patrimonial, directa, objetiva, de acuerdo con el art. 1911 CC. Por consiguiente, actúa no solo en nombre propio, sino también por cuenta y riesgo propios, por lo que debe guiarse por su propio criterio y no por el de un «representante leal» de los intereses (también) del partícipe. Aunque superara el examen de la discrecionalidad empresarial, que le exonera de responsabilidad como administrador en las decisiones estratégicas y de negocio (cfr. art. 226 LSC⁽⁶⁾), seguiría respondiendo de todas las obligaciones derivadas de dicha actividad. Es absolutamente incompatible ser dueño y representante leal de otro. El partícipe puede ejercer medidas de control, como otros acreedores, gracias a

su derecho de información, pero con su inversión pone su confianza enteramente en el criterio empresarial del llamado *gestor*.

Por supuesto, los contratantes pueden celebrar libremente un contrato de sociedad con todas estas especialidades (cualquiera que sea la denominación que le den): el gestor, además de explotar su empresa según su propio criterio, celebra un contrato para financiar una determinada actividad u operaciones, que gestiona siguiendo las indicaciones del partícipe, y reparte con él al final del contrato el patrimonio constituido con la aportación del partícipe e incluso con sus propias aportaciones. Pero esto no es el contrato de cuentas en participación que define el Código de Comercio y el que generalmente se celebra en el tráfico actual.

La Universidad española consume recursos escasos y susceptibles de uso alternativo, por lo que sus esfuerzos deben



devolver a la sociedad los resultados que espera de sus sacrificios. Estamos preocupados ante el descenso de la matrícula en nuestras escuelas de Ingeniería (en torno a un 25 %), a pesar del desafío tecnológico y su ingente oferta de empleo, inmediata y en el futuro más próximo (que hace que en los Estados Unidos la demanda de trabajo en nuevas tecnologías esté superando a la oferta, con el encarecimiento de los costes laborales). La estructura económica española pide a gritos recuperar la vocación industrial⁽⁷⁾. Es preocupante que, en un país donde no somos capaces ni siquiera de modificar una Constitución obsoleta (solo dos veces, por imposición de la Unión Europea, cuando los alemanes han modificado su magistral Constitución hasta 58 veces), se desprecie el arquetipo de Ingeniero para inclinarnos por otros, por desgracia, más enraizados en nuestra psicología social.

Debemos vigilar la utilidad social de la investigación universitaria del Derecho, evitando esfuerzos estériles. Aquí no se plantea el falso dilema entre ciencia teórica y ciencia aplicada, ya que el progreso científico depende a corto y a largo plazo de la primera. Pero la especulación en el campo jurídico es humo de pajas. En el campo de la ciencia jurídica, los jueces y abogados exigen soluciones prácticas, claras y seguras para los problemas que se plantean, y no confusas elucubraciones. Durante años, fueron elogiadas las construcciones del Derecho Hipotecario de Roca Sastre y otros juristas, sin someterlas al yunque del nuevo Derecho de los Consumidores, dejándonos hoy en evidencia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el denominado Espacio de Derecho Europeo.

Otro aspecto metodológico importante es el reconocimiento del postulado de la unidad del ordenamiento jurídico, y en especial del Derecho Privado Patrimonial. En este sentido, la discusión sobre la naturaleza del contrato de cuentas en participación debe contemplar su actual regulación concursal, contable y fiscal. La Ley 22/2003, concursal, contiene un Derecho Privado Patrimonial unificado en el que no se reconoce al contrato de cuentas en participación ningún rasgo societario (está muy lejos el histórico art. 926 CCom.), sino que lo trata como un contrato bilateral de duración, que otorga al partícipe en el concurso del gestor un crédito concursal ordinario contingente (pendiente de liquidación de las pérdidas y ganancias). Por su parte, el Derecho Contable,

que también constituye Derecho Privado Patrimonial unificado (aunque se califique de Derecho Mercantil Contable), reconoce la aportación del partícipe al patrimonio del gestor como un «pasivo» o deuda, ya que los acreedores necesitan saber que el gestor está obligado a liquidarle y hacerle efectiva su aportación más/menos las ganancias y pérdidas habidas, y esta representación contable, en virtud del principio de hegemonía del Derecho Contable sobre el Fiscal (reconocido ya en el art. 10.3 LIS 43/1975), marca la pauta en la liquidación de la deuda por los impuestos directos, el de Sociedades y el IRPF. No hace falta destacar la importancia que tiene el Derecho Contable para el Derecho Privado Patrimonial y, en especial, para el Derecho Mercantil, hasta el punto que he afirmado que «la contabilidad mercantil es piedra angular del Derecho Mercantil, porque es el lenguaje en que se expresa el Derecho Mercantil como Derecho de la organización y del tráfico empresarial, desde sus orígenes modernos, a partir del siglo XI»⁽⁸⁾.

El problema metodológico es uno de los motivos para escribir el presente artículo, admitiendo, como hacemos en los dictámenes, cualquier opinión contraria fundada en Derecho, y expresando el mayor respeto a los colegas discrepantes.

Al igual que en un trabajo anterior de «reivindicación de la comanditaria por acciones»⁽⁹⁾, el motivo de volver sobre una figura jurídica clásica no se debe al prurito de mantener las propias convicciones en polémicas de escuela, sino a la práctica de la Abogacía, que compatibilizo con la actividad universitaria. Además, en ambos temas, también existe un motivo de preocupación por la legislación mercantil, tanto la vigente como el Anteproyecto de Código Mercantil (esfuerzo doctrinal importante, aunque políticamente desafortunado, por promover una reforma constitucional mediante la legislación mercantil, por ahora, hibernada).

En el caso de la sociedad comanditaria por acciones, me esforcé por demostrar que el legislador español la inutilizó en 1989 como herramienta de ingeniería empresarial por el doble error de: 1) escoger el modelo legislativo suizo-italiano, en lugar del francés-alemán (que es el que ha tenido éxito, porque respeta el necesario dualismo, esencial en esta figura; lo mismo que el dualismo gestor/partícipe en el contrato de cuentas en participación), y 2) prohibir el ejercicio del voto al accionista/administrador/con res-

ponsabilidad ilimitada («socio colectivo») en las votaciones sobre su separación mediante modificación de estatutos (art. 252.4 LSC; RDLeg. 1/2010, de 2 de julio), grave desatino, probablemente inconstitucional por ser contrario al derecho de propiedad protegido por el art. 33 CE (incomprensible hoy, después de la correcta regulación de los conflictos de intereses socio/sociedad en el art. 190 LSC); un error que se perpetúa en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

El contrato de cuentas en participación dispone de una regulación legal correcta, aunque escueta, contenida en los arts. 239 a 243 CCom. 1885, que, además, el Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 mantiene y perfecciona

En el caso del contrato de cuentas en participación, por el contrario, contamos con una regulación legal correcta, aunque escueta, contenida en los arts. 239 a 243 del Código de Comercio vigente, de 1885, que, además, el Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 mantiene y perfecciona. En este caso, nuestro legislador sigue el modelo legislativo correcto, el italiano, y no el alemán. Pero la figura del contrato de cuentas en participación, que trae causa, como la sociedad comanditaria, del mismo tronco común medieval de la *commendata* (los autores se remontan incluso al Código de Hammurabi), ha venido siendo oscurecida por la doctrina de la «*societas interna*», con la afirmación (en mi opinión, errónea) de que el contrato de cuentas en participación es un contrato de sociedad que tiene su equivalente en la «*societas occulta*» del art. 1669 CC, con la consiguiente aplicación de «*las disposiciones relativas a la comunidad de bienes*»⁽¹⁰⁾. De este modo, cuclan de rondón en el contrato la complejidad de la doctrina alemana sobre la *stille Gesellschaft* (no menos compleja que la del derecho de sociedades por acciones, el derecho de los grupos de sociedades o el derecho de la competencia desleal, con su hiperjuridificación y problematización). Y surge el riesgo de que las soluciones a todos los problemas sean opinables, lo que se advierte a veces en los mismos manuales de Derecho Mercantil, y no digamos en los pleitos que esta oscuridad propicia.



De nuevo son las exigencias de la práctica de la Abogacía las que motivan mi reflexión. El estudio de la sociedad comanditaria por acciones se debió al encargo de un importante grupo familiar catalán de averiguar si aquella figura podía servirles para ampliar su capital sin riesgo de pérdida del control, como hacen grupos competidores suyos alemanes y franceses. Llegué a la conclusión de que no servía, a pesar de que la extensa doctrina española no llegó a descubrirlo. Al estudio sobre las cuentas en participación he vuelto al comprobar, en un asunto del despacho, el riesgo que comporta la afirmación de que este contrato es un contrato de sociedad, sobre todo cuando se plasma en formularios para el uso de la práctica que prevén que «se le aplicarán los arts. 239 a 243 CCom. y —también— los arts. 1665 y ss. CC».

II. NATURALEZA Y CARACTERES DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

1. Concepto y regulación positiva

Podemos definir el contrato de cuentas en participación, de forma descriptiva, como un *contrato bilateral de colaboración*⁽¹¹⁾, en virtud del cual un sujeto («*cuentapartícipe*» o «*partícipe*») hace una aportación patrimonial a un empresario o profesional («*gestor*»), obligándose este a aplicar dicha aportación a una determinada operación o actividad *de forma independiente y en nombre propio*, y a informar, rendir cuentas y dar participación al partícipe en las *ganancias y pérdidas* que resulten, limitando las pérdidas de este al importe de la aportación.

El contrato siempre es *bilateral, conmutativo o sinalagmático*, aunque sean varias las personas ocupando la posición de partícipes (siempre frente a un gestor). Tiene que haber dos partes contractuales⁽¹²⁾. La resolución por incumplimiento (art. 1124 CC), la incapacidad, el fallecimiento, etc., de una de las dos partes produce su extinción. *No es posible estipularlo como un contrato plurilateral, como es el de sociedad*, cuya estructura y funcionamiento teorizó con claridad y sencillez el Prof. Tullio ASCARELLI⁽¹³⁾. Parece claro que el contrato de cuentas en participación es un contrato bilateral, conmutativo o sinalagmático, en el que si una parte no cumple, la otra puede resolver el contrato exigiendo la reparación de los perjuicios sufridos, con base en el art. 1124 CC. Así lo explicaron los autores que comentaron con

gran claridad la regulación vigente de la *associazione in partecipazione* en el Código Civil italiano de 1942 (GHIDINI, COTTINO, MESSINEO, etc.)⁽¹⁴⁾.

Si la distribución de riesgos es distinta en el contrato de cuentas en participación y en el contrato de sociedad, como hemos expuesto antes, no menos visible es la diferencia entre ellos en su funcionamiento y en la solución de sus situaciones patológicas, por ser un contrato bilateral y no un contrato plurilateral o societario. Como veremos, el Tribunal Supremo, en numerosas ocasiones, ha tenido que dilucidar si el caso de autos era uno u otro contrato, para resolver la *litis* separando: 1) por un lado, los supuestos de sociedad con puesta en común, que, por no haberse constituido regularmente, califica como «*sociedad irregular*» (mejor sería decir *sociedad oculta*, del art. 1669 CC), aplicándole las normas de la comunidad de bienes, 2) de los supuestos, por otro lado, de verdadero contrato bilateral de cuentas en participación, en los que se aplicarán las reglas de los arts. 239 y ss. CCom., aun en el caso de que no fuera intención de las partes acudir a esta modalidad contractual típica.

Así lo destaca Antonio F. GALACHO BOLAFIO comentando la STS de 29 de mayo de 2014⁽¹⁵⁾, añadiendo, con gran clarividencia, que «*las repercusiones jurídicas son diametralmente opuestas [...]. La aportación del cuentapartícipe no lo es en concepto de aportación societaria, ni aportación de capital (v. SAP Madrid de 7 mayo 2004, AC/2004/1719), en contrapartida de la cual se convierta en socio, por ende, investido de una serie de derechos mínimos recogidos en la LSC (sic), razón*

*por la cual el plazo para reclamar las cantidades resultantes no es el de 5 años, tal como se desprende del art. 947 CCom., sino de 15 años, en virtud del art. 1964 CC, al que se llega a su vez por remisión del art. 50 CCom. (v. SAP Tarragona de 1 abril 2000, AC/2000/2327)»⁽¹⁶⁾. La STS comentada, añade, se basó en la falta de información y en la desastrosa contabilidad del gestor para considerar incumplido el contrato, produciéndose su resolución a instancia del cuentapartícipe, con las consecuencias de la extinción de las obligaciones (arts. 1156 a 1213 CC). Sin embargo, el Tribunal Supremo, en lugar de aplicar el art. 1124 CC para la resolución del contrato, remite al art. 243 CCom., donde se establece la obligación de liquidar las cuentas una vez cumplido el contrato al concluirse la actividad empresarial. Esto, observa el comentarista, habría sido correcto en caso de extinción del contrato por mutuo disenso, transcurso del plazo o imposibilidad sobrevenida, pero no en caso de incumplimiento y resolución del contrato por la parte cumplidora exigiendo la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (SAP Barcelona de 13 de mayo de 2014, AC/2014/1016), en cuyo caso no tiene sentido solicitar al mismo tiempo las liquidaciones parciales de los períodos en que el contrato estuvo en vigor (SAP Madrid de 31 de marzo de 2011, JUR 2011, 188332)⁽¹⁷⁾. Como *contrato de colaboración, análogo en este aspecto al de sociedad* (aunque no sea un contrato de sociedad), la doctrina ha propuesto extenderle, pero solo por analogía, y solo cuando exista «*identidad de razón*» (art. 4.2 CC), algunas normas del régimen del contrato de sociedad. De lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en las mayores incongruencias.*





Buen ejemplo de tales riesgos fue la STS de 3 de mayo de 1960, R. 1711, *caso Cerámica Arenales Ángel V.* (ponente: Francisco Bonet Ramón). Como es sabido, los hechos del caso son indispensables para comprender la doctrina de toda sentencia. De las oscuras referencias a los hechos en los considerandos de la sentencia parece que: 1) las partes tenían concertado un contrato denominado por ellas mismas *de cuentas en participación* de fecha 23 de marzo de 1944, pactando la participación por mitad en los beneficios y en las pérdidas; la industria de cerámica objeto del contrato estaba instalada en una finca de la que ambas eran arrendatarias; 2) el empresario gestor adquirió en nombre propio dicha finca, haciéndola de su propiedad privativa; 3) resuelto el contrato, el partícipe demanda judicialmente que se le liquide parte del valor de la finca (quizás la mitad), por considerar que entre ambos existe un contrato de sociedad mercantil irregular o incluso, subsidiariamente, un contrato de cuentas en participación, con base en la buena fe y en la prohibición del autocontrato (Considerando 1.º). Tanto las dos instancias como el Tribunal Supremo dan la razón al demandado, con base en que «se trata realmente de un contrato de cuentas en participación, distinto del contrato de sociedad» (la participación en ganancias y pérdidas no comportaba la participación en la propiedad), siendo «aventurado y peligroso el criterio de analogía entre ambas instituciones» (Considerando 8.º), pero añadiendo, sorprendentemente, a continuación: «[...] debiendo, por tanto, suplirse las deficiencias del Código de Comercio por los preceptos del Código Civil sobre comunidad de bienes, situación jurídica la más análoga a la de las cuentas, teniendo presente lo dispuesto en los artículos segundo y cincuenta del Código Mercantil». Claro *obiter dictum*, absolutamente marginal e incongruente con el fallo de la sentencia, que confirmó el rechazo de la demanda⁽¹⁸⁾.

Naturalmente, la analogía solo procederá cuando el contrato de cuentas en participación no dé solución expresa a estos problemas o conflictos de intereses. Así, cuando el art. 241 CCom. prohíbe en el contrato de cuentas en participación (propriadamente dicho) adoptar una razón común al gestor y al partícipe y que el gestor use el crédito del partícipe en las negociaciones con los terceros, *sin establecer la sanción*, es pacífico aplicar por analogía la de los arts. 126, apdos. 2.º y 3.º, y 147 CCom., que hacen responder al socio comanditario en ta-

les circunstancias como socio colectivo; al igual que si el partícipe se interfiere o participa en la gestión⁽¹⁹⁾. También se le aplica la prohibición de las cláusulas leoninas en el contrato de sociedad (art. 1691 CC), y el deber de información del gestor de comunicar el balance de las cuentas al partícipe a fin de año, como el Código de Comercio impone imperativamente al socio colectivo a favor del socio comanditario (art. 150.2 CCom.), sin perjuicio de que, además, puedan pactar el acceso del partícipe a examinar el estado y la situación de la administración de las cuentas en participación (como prevé el art. 150.1 CCom. a favor del socio comanditario); el régimen de aportación y saneamiento de aportaciones (art. 172 CCom.), y el régimen de separación del socio, si es de duración indefinida (arts. 224 CCom. y 1675 CC). En cada uno de estos supuestos, para hacer valer la «*identidad de razón*», no es necesario probar que el contrato de cuentas en participación es un contrato de sociedad, sino que basta con admitir que se trata de un contrato bilateral de colaboración (y, también, de inversión) y que las normas aplicadas por analogía no son excepcionales (cfr. art. 4 CC).

Es evidente, sin embargo, que, para evitar conflictos y la necesidad de recurrir a los tribunales o al arbitraje, convendrá que el contrato regule expresamente cada una de estas facultades de manera precisa. En especial, tratándose de un *contrato de inversión*, será conveniente establecer un sistema de control o supervisión de la forma en que dicha inversión es realizada y gestionada, con sus criterios propios, por el gestor.

El contrato de cuentas en participación no debe confundirse con el contrato de sociedad, tal y como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo y reconoce la doctrina respetuosa con su jurisprudencia

Pero, insistimos, *el contrato de cuentas en participación no debe confundirse con el contrato de sociedad, tal y como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo y reconoce la doctrina respetuosa con su jurisprudencia*. El contrato de cuentas en participación está regulado con autonomía propia en los arts. 239 a 243 del Código de

Comercio vigente, de 1885 (vigente ya 131 años, sin que se haya visto la necesidad de modificar estos artículos). El Código de Comercio vigente (a diferencia del anterior, de 1829, de clara inspiración francesa) separa este contrato claramente del contrato de sociedad, aunque existan entre ellos analogías derivadas del fin de obtener beneficios repartibles, pero sin que para lograr este fin desarrollen una colaboración efectiva (no hay propiamente *affectio societatis*: no hay «socios», ni la condición de socio en cada una de las dos partes), ni puesta en común ni una organización propia, ni actuación colectiva frente a los terceros, ni menos aún personalidad jurídica autónoma. Así lo declaró la STS de 3 de mayo de 1960, siguiendo lo ya declarado por las de 8 de abril de 1897, 16 de diciembre de 1946 y 10 de abril de 1954 (citadas en su Considerando 5.º), y es *doctrina constante del Tribunal Supremo*.

El contrato de cuentas en participación está situado sistemáticamente en el Código de Comercio entre el contrato de sociedad (Libro I, Título I) y el contrato de comisión (Libro I, Título III), separando *las tres grandes categorías o arquetipos de colaboración en el tráfico empresarial: de sociedad, de participación y de gestión de intereses ajenos*, perfectamente identificados en la práctica de los comerciantes desde la Edad Media. La regulación del contrato en nuestro Derecho coincide con la del Código Civil italiano vigente, de 1942, resultado de una larga evolución del Derecho Comparado, tanto que su definición del contrato de *associazione in partecipazione* corresponde a la configuración del mismo en nuestro Código de Comercio (que carece de definición legal), como «un contrato por el que el gestor atribuye al partícipe una participación en los beneficios de su empresa o de uno o más negocios concretos en contraprestación a su aportación» (art. 2549 CC italiano, en cuya definición falta añadir que también participa en las pérdidas y limitadamente a la aportación prometida, tal y como establece su art. 2553)⁽²⁰⁾.

La escueta regulación del contrato en los arts. 239 a 243 CCom. lo caracteriza como «un contrato con autonomía propia, que no hace ninguna remisión con carácter supletorio a la regulación del contrato de sociedad»; no habla de socios, sino de «partícipes» e «interesados», ni de disolución y liquidación social, a pesar de su paralelismo (por su origen histórico) con la sociedad comanditaria simple. Si los interesados celebran un contrato de cuentas en parti-



cipación, es que no han querido constituir una sociedad, ni manifestada o publicada ni tampoco interna, oculta o irregular, sometándose (generalmente, de forma expresa) a los arts. 239 a 243 CCom., y añadiendo en el mismo contrato, en su caso, pactos que no desnaturalicen o tergiversen su estructura lógica y negocial.

2. Funciones del contrato en un escenario de desintermediación financiera

El capítulo de las funciones que ha desempeñado y puede desempeñar el contrato de cuentas en participación es amplísimo. Desde la organización del comercio de diamantes hasta los sindicatos bancarios, pasando por toda clase de supuestos en los que es recomendable que el capitalista o inversor no aparezca públicamente, en pequeñas y grandes empresas.

Si varios inversores se unen para explotar un restaurante en común, pueden ser copropietarios del mismo, actuando uno de ellos como empresario a efectos administrativos, fiscales y laborales (contrato de sociedad oculta), o pueden aportar fondos a uno de ellos, chef de reconocido prestigio, para que este monte el establecimiento y lo explote en nombre propio, compartiendo beneficios y pérdidas (contrato de cuentas en participación).

Si, por el contrario, la actividad a la que se dedica el gestor es reglada o exclusiva de una determinada forma jurídica, solo será posible un contrato de inversión sin puesta en común ni intervención en la actividad, como ocurre en el caso de una Farmacia, o de constitución de una SOCIMI, ya que la Ley 11/2009 exige que la totalidad del capital social de tales entidades —esto es, las contempladas por el apartado 1.c) del art. 2 de la Ley 11/2009— pertenezca a otras SOCIMI o a entidades no residentes en territorio español con el mismo objeto social que aquellas y sometidas a un régimen similar en cuanto a política de inversiones.

La actual desintermediación en el mercado financiero responde a la necesidad de crear canales de inversión directa, sea a través del capital riesgo o de la financiación participativa.

Como alternativa a la financiación a través del Mercado de Valores, se recurre cada vez más a la *inversión de capital riesgo*, definida como «*estrategias de inversión que*

canalizan financiación de forma directa o indirecta a empresas, maximizan el valor de la empresa generando gestión y asesoramiento profesional y desinvierten en la misma con el objetivo de aportar elevadas plusvalías para los inversores» —Preámbulo de la extensa Ley 22/2014, de 12 de noviembre (BOE del 13), que deroga la anterior Ley 25/2005, de 24 de noviembre (BOE del 25), que a su vez sustituyó a la Ley 1/1999, de 5 de enero.

La actual desintermediación en el mercado financiero responde a la necesidad de crear canales de inversión directa, sea a través del capital riesgo o de la financiación participativa

La nueva Ley 22/2014, de 12 de noviembre (LECRI), regula las *entidades de capital riesgo*, otras *entidades de inversión colectiva de tipo cerrado* y las sociedades gestoras de estas, y, además, modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (LIIC), aunque la deja vigente. Estas últimas son las que habían sido armonizadas a nivel comunitario europeo, al estar dirigidas al inversor minorista (Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009). Las de inversión alternativa, en cambio, comprenden los fondos de inversión libre, dirigidos a inversores profesionales (*hedge funds*); los fondos inmobiliarios, y los de capital riesgo, y han sido reguladas por la Directiva 2011/61/CE, de 8 de junio de 2011, que también transpone la LECRI. La financiación de las pymes ha sido el objetivo de los reglamentos (UE) n.º 345/2013 y n.º 346/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013, sobre fondos de capital riesgo europeos y sobre fondos de emprendimiento social europeos (que han influido en la regulación de las entidades de capital riesgo-pyme en la LECRI).

La LECRI regula el régimen del «*capital riesgo formal*», es decir, las entidades de capital riesgo (fondos y sociedades) y sus sociedades gestoras, sometidas a autorización y a supervisión administrativa, a diferencia del que podemos llamar *capital riesgo material* (que no se somete a dichas instituciones y autorizaciones, sino que va por libre). No obstante, parece que la ley debe interpretarse en el sentido de que prohíbe el capital riesgo libre o no regulado, de con-

formidad con la normativa de la UE. La Ley 22/2014 regula el capital riesgo dentro de la «*inversión colectiva de tipo cerrado*» (con desinversión simultánea para todos los inversores o partícipes en proporción a sus respectivos derechos), siendo las entidades de capital riesgo las de inversión colectiva de tipo cerrado que obtienen capital de una serie de inversores mediante una actividad comercial para la toma de participaciones en el capital de empresas de naturaleza no inmobiliaria ni financiera que en ese momento no coticen en un mercado regulado, con el fin de obtener beneficios repartibles (arts. 2, 3 y 9 de la Ley 22/2014).

El contrato de cuentas en participación puede ser un instrumento muy útil para la inversión de capital riesgo, sobre todo si evitamos su conflictividad haciéndolo más claro.

Especial interés ha cobrado también la llamada *financiación participativa* o *crowdfunding*. La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (LFFE), en su Capítulo V regula extensamente (arts. 46 a 93) las que denomina «*plataformas de financiación participativa*» (en adelante, PFP) como forma de desintermediación financiera apoyada en internet, que «*pone en contacto promotores de proyectos que demandan fondos con múltiples inversores*», sean no profesionales o profesionales («*acreditados*»), conocida como *crowdfunding* (financiación por multitudes). Dicho Capítulo V viene a ser una pequeña *Crowdfunding Act*, aunque no incluida en la LMV, como en los Estados Unidos, sino en la Ley de Fomento de la Financiación Empresarial.

El art. 46.1 LFFE establece que «*son PFP las empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario, denominadas inversores, con personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio para destinarla a un proyecto de financiación participativa, denominadas promotores*».

Su apdo. 2 excluye la financiación mediante donaciones, venta de bienes y servicios y préstamos sin intereses. Por tanto, las PFP se incluyen sistemáticamente en los *contratos de financiación* (más que, por ejemplo, en el Derecho de Sociedades Especiales o en el Derecho del Mercado de Valores).



Existen, en la práctica universal, *cuatro clases de crowdfunding*: el *donation crowdfunding*, o *crowdfunding* de mecenazgo, para financiar proyectos de interés general; el *reward crowdfunding*, o de compra o adquisición del producto o servicio para cuando el promotor consiga financiación para producirlo; el *investment crowdfunding*, o adquisición de participación del inversor en los derechos del proyecto del promotor mediante suscripción de acciones, participaciones o *contrato de cuentas en participación*, y el *lending crowdfunding*, o *préstamo retribuido* que realiza el inversor al promotor del proyecto. Estas dos últimas figuras son las que incluye la ley, porque en ambas el inversor percibe retribución del proyecto del promotor y es la «financiación» que el legislador quiere fomentar.

El art. 47 LFFE limita su aplicación al territorio nacional, y el art. 48 establece la reserva de actividad y de denominación a estas «*plataformas*», constituidas como *sociedades de capital* —art. 55.c) LFFE— autorizadas por e inscritas en un registro de la CNMV.

El art. 49 LFFE establece los *requisitos* que deberán tener los *proyectos de financiación participativa*: a) dirigidos a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que, invirtiendo, de forma profesional o no, esperan obtener un rendimiento dinerario; b) realizados por promotores que solicitan la financiación en nombre propio; c) destinando la financiación a un proyecto del promotor, sea empresarial, formativo o de consumo, que no puede ser la financiación

profesional a terceros, ni la suscripción de valores en un mercado regulado, ni un sistema multilateral o equivalentes, ni la inversión en acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva, y d) *financiarse a través de algunas de las formas previstas en el art. 50*.

El art. 50 LFFE regula las *formas jurídicas* en que deberán instrumentarse estas financiaciones: emisión de obligaciones y acciones que no precise y carezca efectivamente de folleto de emisión del Mercado de Valores; emisión o suscripción de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada, y préstamos, incluidos los participativos. *Aquí no se menciona el contrato de cuentas en participación, que, sin embargo, puede ser muy útil en la financiación por las PFP de los proyectos de los promotores*. Serán promotores las propias sociedades emisoras (actuando en interés propio) o las personas prestatarias (con la intermediación de las PFP).

3. *La doctrina del contrato de sociedad de cuentas en participación*

Debemos «*dar la razón al legislador*» en su regulación del contrato de cuentas en participación y no empeñarnos en enmendarle la plana convirtiéndolo en un contrato de «*sociedad (sic) de cuentas en participación*»⁽²¹⁾, como observamos en el conocido *Formulario* del Prof. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA («*Escritura de constitución de una sociedad de cuentas en participación*», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 10, 1998, págs.

243-256), donde la «*sociedad de cuentas en participación*» tiene contabilidad propia y realiza transacciones con terceros, y la sociedad gestora (el «*gestor*») «*está obligada a explotar la empresa común*» (sic), añadiendo que «*en todo lo no previsto en el presente documento serán de aplicar las disposiciones contenidas en los arts. 239 y ss. del Código de Comercio y 1665 y ss. CC*», mezclando dos regulaciones que son o pueden llegar a ser incompatibles. Admite el autor, incluso, «*el caso extremo de cesión de facultades gestoras, que —afirma— es aquel en que el partícipe se convierte en dueño único de la empresa (sic), quedando el gestor totalmente excluido de la administración, sin otras funciones que las de llevar a cabo en su nombre y bajo su responsabilidad las operaciones decididas por el partícipe*»⁽²²⁾.

De inmediato, con esta construcción doctrinal, los papeles del gestor y del partícipe regulados en el Código de Comercio resultan invertidos. Pero, además, la regulación como sociedad comportará la responsabilidad de socio del partícipe frente a terceros y, siendo la actividad desarrollada mercantil, será la propia del régimen de sociedad mercantil irregular, es decir, personal, ilimitada y solidaria, y, además, subsidiaria a la del patrimonio de la sociedad, como en la sociedad colectiva, si bien aquí no existe patrimonio social (arts. 127 y 237 CCom.).

Un amplio sector de la doctrina, como decimos, concibe todavía el contrato de cuentas en participación como una «*sociedad interna*», hasta el punto de afirmar que, en realidad, es la única sociedad interna regulada legalmente⁽²³⁾.

Recientemente, en 2014, el Prof. Francisco LEÓN SANZ, en un trabajo en colaboración (tratando él los aspectos mercantiles y Amparo NAVARRO FAURE, los fiscales)⁽²⁴⁾, defiende la tesis de la sociedad interna, aunque de forma algo perpleja y contradictoria, porque reconoce que: 1) la regulación del Código de Comercio sigue el modelo italiano y no el francés (que regula la *association en participation* como sociedad interna o no inscrita); 2) aun tratándose de un «*contrato asociativo*», dice, no da origen a un fondo o patrimonio común, ni origina una personalidad jurídica societaria, y 3) «*a diferencia de otros tipos de sociedades, el gestor, como titular de la actividad, la lleva a cabo en interés propio...*», aunque el contrato «*le obliga a promover el fin común y a atender a los intereses comunes con el cuentapartícipe*»⁽²⁵⁾.



Por su parte, la Prof. Amparo NAVARRO FAURE, en el citado artículo, observa que el sistema fiscal parece atender a la naturaleza económica del contrato en la imposición indirecta (art. 22 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre), con su «equiparación» a la sociedad, como «operación societaria». Mientras que, «por el contrario, en la imposición directa (IRPF o IS del gestor), el Derecho Fiscal atiende a su verdadera naturaleza jurídica como “cesión de fondos propios”», en sentido fiscal, por lo que el rendimiento obtenido debe calificarse como «rendimientos del capital mobiliario, deducibles como gasto en el IRPF del empresario gestor» —art. 25.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF)⁽²⁶⁾.

4. Vuelta a la doctrina clásica del contrato de cuentas en participación

El Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina mercantilista clásica y la mayoría de la doctrina actual (reflejada en el Anteproyecto de Código Mercantil), reconoce la estructura bilateral (conmutativa, sinalagmática, de prestaciones recíprocas) y no societaria del contrato de cuentas en participación, en su regulación en el Código de Comercio y en la práctica, como un contrato de colaboración no societario. Por eso se debe exponer este contrato separado del Derecho de Sociedades, por razones científicas, pedagógicas y de orientación a la práctica⁽²⁷⁾.

En la exposición clásica de la doctrina del contrato de cuentas en participación, hemos de volver al Prof. GARRIGUES, siempre respetuoso positivista, que interpreta que el Código de Comercio regula el contrato de cuentas en participación «como forma de tránsito entre la compañía mercantil, que crea una personalidad jurídica, y la relación puramente contractual». A continuación, tras reconocer su origen histórico en la *commenda* y su similitud económica con la actual sociedad comanditaria, destaca las grandes diferencias: faltan la puesta en común de alguna cosa, la constitución de un patrimonio propio de la sociedad y la creación de una nueva personalidad jurídica («el pacto de cuenta en participación da lugar únicamente a una pura relación contractual entre los interesados»⁽²⁸⁾).

Al no crearse un ente colectivo: 1) no se exigen los requisitos de escritura pública e

inscripción registral para la constitución del contrato; 2) no se puede utilizar una razón social en las relaciones con terceros; 3) el negocio no actúa en el tráfico como un sujeto en nombre propio, sino que lo hace el gestor en su propio nombre, y 4) no existe un patrimonio de las cuentas en participación, sino que «se confunde con el patrimonio del comerciante gestor de la cuenta».

El Prof. GARRIGUES, sin embargo, todavía parece referirse aquí a una cierta «entidad objetiva», una «sociedad», cuando afirma que «todas las relaciones jurídicas derivadas de este contrato están dominadas por la idea de que se trata de una sociedad cuya existencia no se revela al exterior. Las relaciones internas entre los contratantes son las propias del contrato de sociedad [...] (aunque luego vemos que no del todo). Hay, por tanto, la posibilidad de aplicación analógica de las normas sobre el contrato de sociedad mercantil a la relación interna, e imposibilidad de aplicar esas normas a las relaciones jurídicas externas».

El gestor, añade GARRIGUES, ejerce la actividad en nombre propio, pero «esta gestión no es la normal que por definición corresponde al empresario en su propia empresa, sin necesidad de calificarle como gestor. Si se habla de gestor, es justamente para expresar la idea de que se están administrando no solo los intereses propios, sino los intereses ajenos, y esta realidad es la que justifica lo que en otro caso no tendría justificación, y es el calificar como gestor de su propia empresa a un empresario independiente». Por tanto, el gestor está obligado a iniciar o a continuar la actividad empresarial pactada, y a emplear la aportación del partícipe de manera adecuada a la finalidad del negocio, sin poder transformar por su sola voluntad el objeto de la empresa y sin detraer elementos de su empresa para llevarlos a otra, aunque no sean los aportados por el partícipe⁽²⁹⁾. GARRIGUES considera obligado al gestor a informar al partícipe, rindiendo cuentas y distribuyendo ganancias o pérdidas de forma periódica, sufriendo así el silencio del Código de Comercio en estos puntos.

En cuanto a las relaciones jurídicas externas, que asume el gestor, GARRIGUES las considera un supuesto de representación de intereses (actuando en interés propio y del partícipe), como un caso de «representación mediata o indirecta». El gestor actúa en nombre propio, los terceros solo pueden dirigir sus acciones contra él, pero tiene que

actuar defendiendo los intereses del partícipe, además de los propios. Tampoco el partícipe tiene acción contra terceros: «No hay, por tanto, deudas propias de la cuenta en participación, sino deudas propias del gestor».

La exposición de la «extinción de la cuenta en participación» revela, una vez más, que GARRIGUES tiende a objetivar la relación contractual (aunque sin citar las causas legales de disolución del contrato de sociedad), cuando, realmente, las causas de extinción que enumera son las propias de los contratos en general, y en ningún caso añade causas de disolución de la sociedad aplicadas por analogía. Son: el mutuo acuerdo; el transcurso del tiempo fijado en el contrato; la denuncia libre, si se pactó por tiempo indefinido, y la resolución por justa causa, si es por tiempo limitado; la conclusión de la empresa pactada; la muerte del comerciante gestor, y la quiebra del gestor (hoy, muerte del gestor y aplicación del art. 61.2 LC). La liquidación de la «cuenta» tampoco es una liquidación social, sino la propia de un contrato, y el partícipe no se considera socio del gestor, sometido a la preferencia de los acreedores no socios, no pudiendo exigir su haber en la liquidación mientras no hayan cobrado todos (art. 235 CCom.), sino un acreedor ordinario del gestor, al nivel de los demás⁽³⁰⁾.

III. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO Y EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

El art. 239 CCom. prevé que «los comerciantes podrán interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen» (clara reminiscencia del fin social de obtener lucro del art. 116 CCom.). Según el art. 240, «las cuentas en participación no estarán sujetas en su formación a ninguna solemnidad, pudiendo contraerse privadamente de palabra o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho conforme a lo dispuesto en el art. 51» (frente a las formalidades establecidas para el contrato de sociedad en los arts. 117 a 120). Añade que «en las negociaciones de que tratan los dos artículos anteriores no se podrá adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, ni usar de más crédito directo que el del comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual» (art. 241, que expresa el



postulado esencial de que, en las relaciones con terceros, el comerciante que hace las negociaciones solo puede actuar como *sole proprietor*, como comerciante individual, en su propio nombre).

El art. 242 CCom., corolario de aquel postulado, establece que «*los que contraten con el comerciante que lleve el nombre de la negociación solo tendrán acción contra él, y no contra los demás interesados (los partícipes), quienes tampoco la tendrán contra el tercero que contrató con el gestor, a no ser que este les haga cesión formal de sus derechos*». Por último, el art. 243 añade que «*la liquidación se hará por el gestor, el cual, terminadas las operaciones, rendirá cuenta justificada de sus resultados*».

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014 (en adelante, Código Mercantil) constituye una gran aportación de la doctrina mercantilista mayoritaria. El denominado *contrato de participación* figura entre los *contratos de colaboración*, regulados, como nueva categoría jurídica, en los arts. 545-1 a 545-5 (no en el Libro II, «De las sociedades», sino muy lejos de allí, en el Libro V, «De los contratos mercantiles en particular»). Su regulación y su emplazamiento sistemático revelan lo que piensa la doctrina verdaderamente mayoritaria actual, coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ambas respetuosas con la regulación del Código de Comercio.

En la regulación del contrato del proyectado Código Mercantil, observamos fidelidad al modelo del Código de Comercio vigente y un esfuerzo por aclarar su regulación y completar pequeñas lagunas, que la práctica se ha encargado de descubrir e integrar

En la regulación del contrato del proyectado Código Mercantil, observamos: 1) fidelidad al modelo del Código de Comercio vigente, y 2) un esfuerzo por aclarar su regulación y completar pequeñas lagunas (que la práctica se ha encargado de descubrir e integrar).

El proyectado Código Mercantil establece que «*por el contrato de participación, una persona, llamada partícipe, se obliga a entre-*

gar dinero, bienes o derechos patrimoniales a un operador del mercado, llamado gestor, para destinarlos a una determinada actividad económica en condiciones convenidas», y que por el mismo «*no se crea un patrimonio común ni una personalidad distinta de las que son partes del mismo*» (art. 545-1, apdos. 1 y 2). No se prevé la aportación de industria o trabajo, congruentemente con la idea de que la gestión quede claramente en la esfera del gestor. El contrato «*no otorga al partícipe ningún derecho a intervenir en la gestión de la actividad desarrollada por el operador del mercado*», aunque «*tendrá derecho a ser informado de su desarrollo*» y «*a percibir del gestor el porcentaje pactado sobre los beneficios en las fechas convenidas y, a falta de pacto, al término de cada ejercicio*», y «*soportará las pérdidas conforme a lo pactado y, a falta de pacto, en la misma medida en la que participa en los beneficios, con el límite del valor de lo entregado*» (art. 545-2, apdos. 1 a 4).

El gestor deberá destinar lo recibido del partícipe a la actividad económica determinada en el contrato y rendir cuentas al partícipe en los términos y plazos fijados en el contrato o, al menos, al término de cada ejercicio y a la extinción del contrato (art. 545-3). Además, «*en el desarrollo de la actividad participada no se podrá adoptar un nombre comercial, razón o denominación social distinta de la del gestor, ni usar de más crédito directo que el suyo*»; «*sin perjuicio del conocimiento por terceros de la existencia del contrato de participación, el gestor será el único responsable frente a ellos de la actividad desarrollada en participación*», y «*el partícipe no tendrá ninguna acción contra los terceros que contraten con el gestor, salvo en caso de cesión de los derechos de este último frente a aquellos*» (art. 545-4).

Por último, «*se extinguirá, además de por las causas comunes (a todos los contratos), por el cese de la actividad participada*», y «*el partícipe tendrá derecho a la devolución de lo entregado o su equivalente económico, si no fuere posible la devolución, incrementado, en su caso, con la participación en los beneficios pendientes de pago o disminuido en el importe de su participación en las pérdidas*» (art. 545-5). Así pues, nada de cuota de liquidación del partícipe en la liquidación de un (inexistente) fondo común. Las plusvalías permanecen en el patrimonio del gestor.

El contrato de cuentas en participación (tal y como aparece regulado en el Código de Comercio vigente y en el proyectado

Código Mercantil) hunde sus raíces en el célebre contrato de *commenda*, del que surgieron, como dos ramas distintas, el contrato de sociedad comanditaria (formada por socios colectivos y comanditarios inscritos y publicados como tales en el Registro Mercantil) y una modalidad estrictamente contractual caracterizada por el hecho de que (por razones sociales históricas) el *commendator* o aportante de fondos (a veces un noble, o un clérigo, que tenían prohibido el comercio) aparecía oculto en las negociaciones que el *tractator* o comerciante gestor desarrollaba con sus clientes. Habiendo perdido este rasgo en la actualidad, queda transformado en la necesidad de no confundir a los terceros haciéndoles creer que contratan con una sociedad, que el partícipe no es tal, sino un verdadero socio (que compromete en el negocio su «*crédito*» o responsabilidad)⁽³¹⁾.

El contrato de cuentas en participación es un contrato de colaboración por el fin común de compartir los resultados económicos, y no en el sentido de «*contrato de gestión*» (mandato, comisión, agencia), porque entre el gestor y el partícipe no existe una relación de gestión de intereses ajenos, que obligaría al gestor, congruentemente, a actuar como «*representante legal*» y a seguir las instrucciones del partícipe. El gestor comparte los resultados de su negocio, pero lo gestiona a su buen criterio, siempre respetando la buena fe en sentido objetivo (arts. 1258 CC o 57 CCom., según los casos).

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, en su construcción doctrinal, reconoce, en efecto, que la equiparación entre el «*gestor*» de las cuentas en participación y el comisionista «*resulta insostenible*», porque «*el comisionista actúa por cuenta del comitente, mientras que el gestor lo hace por cuenta común*»⁽³²⁾. Solo en algún caso real, como el de gestión comercial de un supermercado que enjuicia la SAP Baleares, Secc. 5.ª, n.º 254/2004, de 21 de junio (AC 958), puede darse esta confusión, arrastrada por la redacción del propio contrato, que reconocía a favor del gestor una remuneración por asesoramiento y gestión (pero solo si había beneficios de explotación) y, además, en el contrato mediaba un préstamo y la participación en el 50 % de los beneficios netos anuales, por lo que era un contrato de cuentas en participación (aunque nada se decía de pérdidas, se sobrentiende que el partícipe no participaba en ellas).



El contrato es mercantil si el gestor es comerciante y si la aportación del partícipe se destina a una actividad mercantil (como en su regulación en el Código de Comercio), aunque el partícipe no sea comerciante (SSTS de 8 de julio de 1894 y de 24 de septiembre de 1987, R. 6193, que cita aquel lejano precedente). El Tribunal Supremo ha tenido que resolver este problema condicionado por la idea de que era necesario que las partes se sometieran al Código de Comercio, como una especie de reminiscencia del poder vinculante de la *mancipatio* romana para la válida transmisión de las *res mancipi* (inmuebles, etc.), pero, en realidad, se puede pactar un contrato de cuentas en participación sin ninguna mención ni conexión con los arts. 239 a 243 CCom.⁽³³⁾ Como declara la SAP Baleares de 15 de abril de 2010, «no hay [...] dificultad para que se recurra a ellas en el tráfico civil, creando una forma análoga, usando la libertad contractual»⁽³⁴⁾.

IV. DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN CON OTROS CONTRATOS

1. El problema de la interpretación del contrato

El contrato de cuentas en participación se distingue con facilidad, al menos teóricamente, de otros contratos típicos con los que en ocasiones se confunde en la práctica, planteando una cuestión esencial para la interpretación de los pactos incongruentes con su naturaleza jurídica: o bien tales pactos desvirtúan la calificación de cuentas en participación dada al contrato, debiendo modificarla (lo que denominan las partes *contrato de cuentas en participación*, en realidad, es un contrato de sociedad; o un contrato de préstamo, en su caso parciario; o un contrato de comisión, o de agencia), o bien el pacto se considera no puesto, por contradictorio con la denominación y la estructura del contrato, a fin de reconocer la verdadera intención o voluntad común de los contratantes (arts. 1281 y ss. CC).

Por último, se reconocen a veces pactos aparentemente contradictorios, dando lugar a un contrato mixto, o alternativo, o en garantía. Si el gestor se obliga a devolver el importe de la aportación o una cantidad mínima, aunque haya pérdidas, se tratará de un contrato de préstamo; si los contratantes participan en igual o distinto porcentaje en la propiedad o si el partícipe interviene en la gestión junto con el gestor, se tratará de un

contrato de sociedad. Aunque los tribunales han reconocido, en algunos casos, un *contrato de préstamo superpuesto al de cuentas en participación, como contrato mixto, o un contrato con causa propia, que era el de garantía de la devolución de la cantidad aportada* —SAP Alicante, Secc. 6.ª, n.º 450/2012, de 3 de octubre (JUR/2013/15600), *Euroquímica Saint, SA c. Vialca Color, SL*; SAP Sevilla, Secc. 5ª, n.º 543/2012, de 7 noviembre (JUR 2013/145738), *varios cuentapartícipes c. Grupo Sangar, SL*)⁽³⁵⁾.

2. Diferencias con el contrato de sociedad

El contrato de cuentas en participación se distingue del contrato de sociedad porque no origina una persona jurídica ni una comunidad de bienes (SSTS de 8 de abril de 1897, de 3 de febrero de 1963, de 7 de febrero de 1969, de 22 de mayo de 1987, de 20 de julio y de 4 de diciembre de 1992, de 5 de febrero de 1998, R. 407, de 15 de julio de 2005, R. 5279, y de 30 de mayo de 2007, R. 3192). Solo la STS de 3 de mayo de 1960 declaró aplicables las normas sobre comunidad de bienes, incurriendo en una clara contradicción⁽³⁶⁾.

Al contrario, el objeto de la aportación del partícipe (sea la propiedad, el derecho de crédito, el dinero o el derecho de uso de un bien patrimonial) ingresa en el patrimonio del gestor (SSTS de 19 de diciembre de 1946 y de 8 de marzo de 1957), aumentando los fondos propios de este, su patrimonio (aunque en su contabilidad, como veremos, su importe debe registrarse como un pasivo, por el importe de la aportación, que es el que como mínimo habrá de devolver al partícipe).

La aportación también pasa en propiedad al prestatario en el contrato de préstamo, pero el prestamista recibe a cambio el derecho a la restitución de lo prestado y a una remuneración, sin participar en los beneficios y las pérdidas del prestatario (en el préstamo con cláusula parciaria, tiene derecho a participar solo en las ganancias). Así lo explica la más reciente STS n.º 464/2008, de 30 de mayo (R. 3192) (ponente: Vicente L. Montés), con independencia de haber sido tomada, además, como apoyo a la tesis del contrato de cuentas en participación como «*sociedad interna*» apoyándose en sus *obiter dicta* (como veremos).

La distinción entre contrato de sociedad y de cuentas en participación ha sido tarea laboriosa del Tribunal Supremo, cuya doctrina entendemos que es bastante clara, al menos desde la citada STS de 3 de mayo de 1960, que negó la obligación de restitución del gestor porque, siendo cuentas en participación, no se había llevado a la práctica el contrato, con la realización de las promociones inmobiliarias pactadas, ni la liquidación del mismo. Recordemos tan solo algunos casos recientes más significativos⁽³⁷⁾.

3. Sentencias que reconocen en el caso enjuiciado un contrato de sociedad

La STS, Sala 1.ª, Civil, n.º 737/1992, de 20 de julio (R. 6442), *Ediciones Nórdica*, declara que el contrato para la explotación del libro *Camino práctico de las artes marciales* es una sociedad mercantil irregular, por darse en ella los elementos integrantes del contrato de sociedad, excepto la forma, según el art. 116 CCom. No es un contrato de cuentas en participación, porque es característica esencial de esta figura que el gestor haga suyas las aportaciones del cuentapartícipe, como ha establecido con reiteración esta Sala en las STS de 30 de abril de 1964 (R. 2166), de 23 de noviembre de 1961 (R. 4113), de 8 de febrero de 1963 (R. 783), de 24 de octubre de 1975 (R. 3741) y de 6 de octubre de 1986 (R. 5240), elemento que no concurre en este caso, en que la aportación del recurrente (cuentapartícipe) pasó a formar parte del fondo común con la del recurrido, acordándose la apertura de una cuenta corriente mancomunada en todos los ingresos y pagos que generase la edición, distribución y venta del libro. La voluntad de constituir una comunidad de bienes mediante esta cuenta bancaria era reveladora de que se había celebrado un contrato de sociedad.

La STS de 4 de diciembre de 1992 (R. 10393), *gasolinera de Campsa*, reconoce que «el contrato del caso es una efectiva sociedad irregular, de naturaleza más bien mercantil» (*sic*), aunque bajo la apariencia de la titularidad fiduciaria del recurrente, por lo que no es contrato de cuentas en participación.

La STS n.º 63/1998, de 5 de febrero (R. 407), *restaurante La Montaraza*, declara que este «se constituyó como patrimonio en común proindiviso con cuotas ideales de 30 % y 70 %», por lo que es un contrato de sociedad irregular y no un contrato de cuentas en participación, aunque así lo hubieran denominado las partes, porque, para ello, era preci-



so que el negocio continuara perteneciendo privativamente al gestor-propietario y que este hiciera suyas las aportaciones efectuadas por el participante (*sic*), que no tendrá en el negocio intervención alguna —y cita la STS de 24 de octubre de 1975 (R. 3741)—, salvo en la percepción (por el partícipe), en su caso, de las ganancias obtenidas (y cita la anterior STS de 4 de diciembre de 1992).

La STS de 15 de julio de 2005 (R. 5279) declara que el contrato que celebraron las partes para la explotación de un restaurante, que llamaron *de cuentas en participación*, en realidad, era una sociedad irregular —al igual que en el supuesto de la STS de 5 de febrero de 1998 (R. 407), antes citada.

Igualmente, la SAP Álava, Secc. 1.ª, n.º 241/1999, de 7 de julio (AC 7037), *Daol SL c. Dusit SC*, confirma la condena a la disolución y liquidación de sociedad irregular, negando que se trate de un contrato de cuentas en participación —con cita de las SSTS de 24 de octubre de 1975 (R. 3741), de 4 de diciembre de 1992 (R. 10393) y la anteriormente citada de 5 de febrero de 1998 (R. 407). Asimismo, la STSJ Galicia de 23 de abril de 1999 (JT 1999/867).

4. Sentencias que declaran en el caso enjuiciado la existencia de contrato de cuentas en participación

Las SSTS de 21 de marzo y de 3 de mayo de 1960 se ocuparon de supuestos de verdadero contrato de cuentas en participación. La segunda destaca que «lo característico de este contrato [es] no lo limitado y momentáneo o accidental de las operaciones sobre las que versa —como se ha creído algunas veces—, sino la existencia secreta y puramente interna de la relación que por él se constituye, relación interna de cuentas que forma un contrato, no una persona, no tiene vistas al exterior, nadie la ve ni debe verla...»⁽³⁸⁾.

La STS de 3 de marzo de 1981 (R. 1040), *Muebles Bermeo*, declara que el hecho de que «el cuentapartícipe haya obtenido una clasificación bancaria del Banco Popular Español de Getafe hasta el límite de 400.000 pesetas no supone una intervención en el negocio de venta de muebles del gestor, sino que se trata de una garantía bancaria que, como parte del capital, fue aportada por el actor como asociado partícipe (*sic*) en el resultado próspero o adverso del negocio, reflejándose en una cuenta corriente de la que eran titulares aquel y la esposa del recurrente [...] [y que]

*los cuatro locales comerciales, propiedad del actor, fueron aportados al negocio de D. Teodoro B. como parte del capital necesario para su explotación [...], de todo lo cual se infiere la existencia del contrato de cuentas en participación entre las partes litigantes, toda vez que el actor, con las aportaciones de capital mencionadas, se interesó en las operaciones mercantiles que realiza el recurrente, con su exclusivo nombre y responsabilidad, llevando a cabo su gestión sin intervención del partícipe (*sic*), por lo que es visto concurren todos cuantos requisitos exige el citado art. 239 del CCom., el cual ha sido debidamente aplicado por el Tribunal de Instancia».*

La STS de 22 de mayo de 1987 (R. 3555) reitera la idea de que «el partícipe [...] permanece en el anonimato en cuanto a la relación exterior», reconociendo la existencia de contrato de cuentas en participación.

La STS de 24 de septiembre de 1987 (R. 6193) examinó el contrato de aportación de un particular a la Delegación de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas, que, a pesar de su denominación, era una entidad lucrativa y habitual, y aunque el contrato se denominaba «contrato de sociedad (*sic*) de cuentas en participación», declaró que ello era intrascendente y que lo esencial era que el cuentapartícipe no quedaba sometido a los resultados prósperos o adversos del negocio, y era contrato de cuentas en participación al fijarse su beneficio en el 20 % de los ingresos líquidos, por lo que tampoco era un contrato de préstamo.

La STS de 4 de diciembre de 1992 (R. 10393) declara que, en el supuesto, no se había constituido un patrimonio común, por lo que era un contrato de cuentas en participación.

En el mismo sentido, las SSTS de 12 de noviembre de 1985 (R. 407), de 22 de mayo de 1987 (R. 3555), de 20 de julio de 1992 (AC 11/92) y de 5 de febrero de 1998 (R. 407)⁽³⁹⁾.

La STS de 10 de noviembre de 1995 se ocupa de un contrato de cuentas en participación en el que se habían incluido cláusulas atípicas⁽⁴⁰⁾.

La interesante STS 253/2014, de 29 de mayo (R. 3042), *Inmo Otxango, SL* (ponente: Sebastián Sastre Papiol), confirma la SAP Vizcaya, Secc. 4.ª, n.º 40/2012, de 26 de enero (AC 2014/702). Se refiere al «uso frecuente del contrato de cuentas en participación para inversiones en promociones inmobilia-

rias», en períodos de auge inmobiliario, sin necesidad de tener que constituir nuevas sociedades para cada promoción. Recuerda de nuevo las esenciales diferencias del contrato de cuentas en participación con el contrato de sociedad, declara la inexistencia en el caso de sociedad civil irregular por ausencia de *affectio societatis*, y condena a la sociedad inmobiliaria Inmo Otxango, SL a la devolución de la aportación de 450.759 pesetas que hizo el cuentapartícipe, quien resolvió el contrato por el incumplimiento por parte del gestor del deber de información y de contabilidad clara y separada de costos e ingresos del proyecto urbanístico en San Mamés-Sur, en Zierbena, objeto del contrato (y se refiere a la SAP de la misma sala de 8 de marzo de 1999, en un supuesto idéntico al presente, y a la SAP Madrid de 31 de marzo de 2011)⁽⁴¹⁾.

5. La introducción como obiter dicta del carácter de sociedad interna del contrato de cuentas en participación

A) El concepto de sociedad y la reforma de las mutuas y mutualidades de seguros

La corriente doctrinal encabezada por los profesores GIRÓN TENA, PAZ-ARES y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, e integrada en general por los numerosos discípulos de la escuela de Girón, afirma la naturaleza societaria del contrato de cuentas en participación como *sociedad interna* que se refleja en el *Formulario* redactado por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA en la *Revista de Derecho de Sociedades*, al que nos hemos referido antes.

La regulación de los contratos básicos de nuestro ordenamiento, establecida en el siglo XIX por nuestros códigos, no impide reconocer que en la actualidad el legislador admita figuras o terminologías especiales mediante el concepto de *sociedad*

En esta doctrina influye su defensa de «un concepto amplio (*germánico*) de contrato de sociedad»⁽⁴²⁾ (ajeno a la definición de *sociedad* presente en el art. 1665 CC), en el que lo esencial es la existencia de un fin común, y no la finalidad de lucro u obtención de ganancias repartibles, ni las apor-



taciones sociales para constituir un fondo común (requisitos exigidos por el art. 1665 CC en la definición de *sociedad* en Derecho español), ni la existencia de personalidad jurídica como organización corporativa propia. Consecuentemente, en el contrato de cuentas en participación, reconocen un contrato de sociedad, aunque no posea un fondo común ni personalidad jurídica. Esta doctrina parece haber influido en recientes sentencias, si bien solo para reconocer en el contrato de cuentas en participación «una forma asociativa», sin ninguna consecuencia práctica en cuanto a la aplicación del contrato de sociedad.

Los esquemas normativos de los contratos básicos de nuestro ordenamiento, establecidos en el siglo XIX por nuestros dos códigos, no impiden reconocer que en la actualidad el legislador viene admitiendo figuras especiales, o terminologías especiales para regular instituciones muy antiguas, mediante el concepto de *sociedad*.

Así, cuando la Ley 20/2015, de 14 de julio (BOE del 15), de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSAR), extensa y compleja, verdadero compendio de todo el ordenamiento jurídico en su proyección sobre el seguro, define la «*mutua de seguros*» y la regula, al igual que la mutualidad de previsión social, como una sociedad sin ánimo de lucro, mutualística y con un patrimonio social solo parcialmente repartible.

Las sociedades mutuas de seguros — según «define» (y, por tanto, regula) el art. 41.1 LOSAR— «son sociedades mercantiles sin ánimo de lucro, que tienen por objeto la cobertura de los socios, sean personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo». Esta norma: 1) pone fin al problema de su mercantilidad (que, con arreglo a la legislación previgente, siempre pusimos en duda, a partir del histórico art. 124 CCom., nunca derogado); 2) admite como compatible el régimen de prima fija con la ausencia de ánimo de lucro (cuando, en el art. 124 CCom., operar a prima fija era obtener beneficios a costa de los mutualistas asegurados, convirtiéndose en «sociedad» y «mercantil»), pero ello solo en razón de que, en la nueva LOSAR, 3) el beneficio social no será distribuido a los mutualistas en proporción a sus participaciones sociales, sino que será objeto de «derramas activas» para restituirles, al menos en parte, el exceso de



primas cobradas para cubrir las prestaciones, o bien será objeto de liquidación en los supuestos limitados que establece (en la disolución, en efectivo, y en las modificaciones estructurales, recibiendo su valor en acciones de la sociedad resultante).

En efecto, el art. 41.3 LOSAR añade una norma clara y salomónica sobre la «*propiedad*» del patrimonio social de la mutua: en los casos de disolución de la mutua y de su transformación, fusión y escisión, en que la sociedad resultante o beneficiaria sea una sociedad anónima, y en los de cesión global de activo y pasivo, los mutualistas actuales y los que lo hubieran sido en los cinco últimos años (o aun con anterioridad, si así lo prevén los estatutos) «percibirán, al menos, la mitad del valor del patrimonio de la mutua».

De esta manera, la norma acoge la ausencia de ánimo de lucro de la mutua, porque, sin esta corrección, el patrimonio acumulado por los mutualistas a lo largo de la vida de la mutua acabaría siendo distribuido exclusivamente entre los que lo fueran en el momento de la disolución o que recibieran las acciones de la sociedad resultante o beneficiaria, dado que la entidad no puede funcionar financieramente distribuyendo en forma de derramas, ejercicio tras ejercicio, el excedente de ejercicio o diferencia entre las primas y las indemnizaciones pagadas.

La norma es salomónica porque opera con grandes simplificaciones: 1) nada perciben los mutualistas que hayan cesado hace

más de cinco años (acreciendo, por tanto, a los demás socios, que de este modo obtienen un «*lucro*»), si los estatutos no amplían el plazo; 2) pero los estatutos pueden reforzar el carácter mutualístico estableciendo que los mutualistas tengan ese derecho cualquiera que haya sido el momento de su ingreso; 3) en cambio, siempre tienen que conformarse con la mitad del valor patrimonial de la mutua (que percibirán en efectivo, en caso de liquidación, o en forma de acciones de la entidad resultante en la modificación estructural).

Los arts. 43 a 45 LOSAR regulan con minuciosidad el régimen de las *mutualidades de previsión social*, las cuales «ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de la Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras». Algunas constituyen una alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. De los numerosos requisitos que deben respetar, establecidos en el art. 43.2, cabe destacar: a) «lo dispuesto para las mutuas de seguros en el art. 41», que parece que extiende a ellas también la definición como «sociedad mercantil sin ánimo de lucro» y que al menos les aplica el régimen en cuanto a la «*propiedad*», que hemos descrito antes; b) inseparabilidad de la doble condición socio mutualista/tomador o asegurado; c) igualdad de obligaciones y derechos para todos los mutualistas, y d) realizar solo las operaciones aseguradoras y



otorgar las prestaciones sociales del art. 44, sin perjuicio de las autorizadas para operar por ramos (letra g). Los demás requisitos son más circunstanciales.

La definición como *sociedades sin ánimo de lucro* de las mutuas y mutualidades de previsión social no permite afirmar que la *sociedad* definida en el Código Civil y en el Código de Comercio pueda constituirse sin ánimo de lucro, puesto que aquellas siguen siendo tan «*societarias*» como eran antes, y mucho menos permite calificar como *contrato societario* el de cuentas en participación, puesto que en este falta todo sustrato societario.

B) La STS de 30 de mayo de 2008, Primera Línea, SA

Ahora bien, la importante STS 464/2008, de 30 de mayo (R. 3192), *Gregorio y Ángela Renom c. Primera Línea, SA* (ponente: Vicente L. Montés), frente a la SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 3 de mayo de 2000, que había calificado todos los contratos existentes entre aquellos como *contratos de cuentas en participación*, reconociendo que generaron un crédito de 5.475.704 pesetas, *distingue entre tres contratos que son préstamos y dos que son cuentas en participación*, todos ellos con aportaciones para realizar operaciones inmobiliarias que dos años después ni siquiera habían comenzado, aunque en el contrato no se había establecido plazo para el desarrollo de la gestión. Celebrado el contrato en 1990, en 1993 el partícipe demandó la devolución de lo aportado por incumplimiento del contrato.

El Tribunal Supremo entiende que no se ha probado una causa de extinción del contrato y revoca la condena a la devolución con el pago de intereses moratorios, porque, por la naturaleza del negocio convenido, no hay un crédito con vencimiento determinado cuyo incumplimiento dé lugar a una situación de mora.

El Tribunal Supremo afronta de nuevo la identificación conceptual de *contrato de cuentas en participación* y declara que «han sido descritos en la doctrina como una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno (partícipe) en el negocio o empresa de otro (gestor), quedando ambos a las resultas del éxito o fracaso del último». Como se ve, no existe en esta declaración un reconocimiento de que esta «fórmula asociativa» constituya un contrato de sociedad y, al contrario, reconoce su estructura bilateral. Es más, añade que «no se crea, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad irregular, un patrimonio común entre los partícipes (sic) y lo aportado pasa al dominio del gestor (SSTS 20 julio y 4 diciembre 1992, R. 10393; 5 febrero 1998, R. 407, etc.)». Es decir, la sentencia rechaza que las cuentas en participación se puedan confundir con el contrato de sociedad, por lo que la expresión fórmula asociativa es puramente literaria, obiter dictum. Y lo más importante para la resolución de la sentencia (la *ratio decidend*) es que añade que «el partícipe, por ello, no conserva un crédito de restitución del capital aportado, sino que se le atribuye el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca (STS 6 octubre 1986, R. 5240; 20 julio 1992, y las que allí se citan)». Esto es aplicable a los dos con-

tratos que no eran préstamo, sino cuentas en participación.

Por último, la sentencia reconoce que cabe la «*resolución del contrato*» (sic), como en el contrato de sociedad, cuya regulación sería aplicable *por analogía* (art. 1700 CC, que habla de «*causas de extinción*» y no menciona la resolución), dado que en el fondo se trata de una de las llamadas *sociedades internas*, aunque en el caso no se había probado ninguno de los *supuestos o causas de extinción* del art. 1700 CC, sino que el partícipe estuvo esperando dos años a que el gestor llevase a cabo las negociaciones. De nuevo, aquí la frase *sociedad interna* aparece como *obiter dictum*, que no condiciona la solución del fallo, puesto que no se plantea un supuesto de disolución, liquidación y eventual división del haber líquido⁽⁴³⁾.

A partir de la STS de 30 de mayo de 2008, algunas sentencias de audiencias provinciales han recogido la idea de *sociedad interna*, transcribiendo la frase citada, aunque sea irrelevante para la resolución del problema planteado en cada caso. Los partidarios de la consideración del contrato de cuentas en participación como sociedad citan estas sentencias en apoyo de su tesis⁽⁴⁴⁾.

La SAP Baleares, Secc. 5.ª, n.º 254/2004, de 21 de junio (AC 958), ya declaró que «*las cuentas en participación (arts. 239 y ss. CCom.) son el único tipo de sociedad interna que conoce el Derecho Mercantil*» (frase tomada quizás del Prof. PAZ-ARES, o a la inversa), aunque esta afirmación no le ayuda para nada a resolver el problema de calificar un complejo contrato de gestión comercial de supermercado, con numerosas retribuciones a favor del gestor, que finalmente es calificado como *contrato de cuentas en participación* porque están todas condicionadas a que existan beneficios.

La SAP Málaga, Secc. 7.ª, n.º 55/2013, de 27 de septiembre (JUR 364832), se ocupa de un contrato de entrega de una aportación de Promociones Sureric, SL para convertir en urbanizables unos terrenos en Alhaurín de la Torre (Málaga), a cambio del 50 % de los beneficios que se obtuvieran en aquella sociedad por sus dos socios, y si no hubiera beneficios, la aportación sería devuelta en proporción a la cuota de resultados. Pero la SAP declara que el partícipe (demandante) no dispone de un crédito de restitución del capital aportado, sino para obtener una parte de las ganancias previa liquidación y rendición de cuentas, pero no habiéndose producido ga-





nancias, sino pérdidas, «necesariamente lleva consigo apechar el partícipe con ellas hasta el límite de la cantidad que aportó» (FD 2.º), imponiendo la naturaleza del contrato.

La SAP Alicante n.º 450/2012, de 3 de octubre (JUR 2013, 15600), *Euroquímica Saint, SA c. Vialca Color, SL*, citando la STS de 30 de mayo de 2008 (ponente: Vicente L. Montés), declara que el mero hecho de que se suministre material y se endosen efectos no es suficiente para entender que existe un contrato de cuentas en participación.

En el caso de la SAP Girona, Secc. 1.ª, n.º 175/2011, de 28 de abril (JUR 260087), el demandante entregó una cantidad de 20.000 euros a Invertia PGI2006, SL para hacer una promoción inmobiliaria denominada Muga en Figueres, para, una vez vendida, hacer partícipe al aportante del resultado, «bien entendido que el aportante lo es a riesgo del negocio. Pero si antes el aportante opta por la rescisión unilateral, aquella se obliga a reintegrarle la cantidad aportada más un interés del 5 % anual por el tiempo transcurrido». Su FD 2.º recoge la frase de que «las cuentas en participación (art. 239 y ss. CCom.) son el único tipo de sociedad interna que conoce el Derecho Mercantil [...], su condición de sociedad no ofrece dudas: el fin común perseguido es la obtención de ganancias mediante la explotación del negocio del gestor y ambas partes contribuyen a su ejecución». Y, como no están previstas en el Código de Comercio las causas de extinción del contrato, serán de aplicación las reglas sobre disolución de sociedades (art. 1700 CC y concordantes). Tras esta elucubración se plantea si la promotora inmobiliaria está o no obligada a la restitución de la cantidad entregada más el 5 %. Y afirma que «este pacto podría formar parte del contrato de acuerdo con el art. 1255 CC, aunque supuestamente pudiese desvirtuar su naturaleza de cuentas en participación, lo que solo tendría la consecuencia de convertirlo en un negocio atípico (sic), como tantos otros la realidad cambiante va haciendo surgir, sin que se amolden a los tipos clásicos previstos en las leyes».

Parece que el contrato solo podría admitirse como válido si se pactaban dos contratos alternativos, de cuentas en participación y de préstamo (principal más el 5 %), dejando al aportante la opción entre uno u otro hasta un momento determinado (el de la venta de la promoción). De lo contrario, sería contrario a la naturaleza del contrato de cuentas en participación garantizar (con aquella obligación de restitución) una obli-

gación inexistente (siendo negativo el resultado de la liquidación de las cuentas para el partícipe).

La SAP Madrid n.º 164/2011, de 31 de marzo (JUR 188332), *Comunidad de Bienes Parque000 c. Construcciones y Naves Sifecam, SL*, declara que esta ha incumplido la obligación de información y rendición de cuentas impuesta en el contrato de cuentas en participación firmado y la extinción del mismo, condenando a abonar a la actora 644.580 euros más el interés de demora, y vuelve a citar la STS de 30 de mayo de 2008, con su transcripción de la frase de que es una «fórmula asociativa entre empresarios individuales y sociales», etc., y que «el particular no conserva un crédito para la restitución de lo aportado, sino para la obtención de su parte en las ganancias previa la liquidación y rendición de cuentas que proceda». Con independencia de la liquidación final, la demandada estaba obligada a rendir cuentas al final de cada ejercicio, y su incumplimiento justifica la resolución del contrato con liquidación, deduciendo las pérdidas, y entiende que no todas ilimitadamente, sino la parte asumida por los partícipes, que es un 60 %, prevaleciendo la intención sobre el tenor literal de la cláusula, que no establece límites (art. 1281 CC), porque «hacerle asumir todas las pérdidas sería desproporcionado».

La SAP Sevilla, Secc. 5.ª, n.º 543/2012, de 7 de noviembre (JUR 2013, 145738), *acción resolutoria c. Grupo Sangar, SL*, vuelve a citar el texto de la STS de 30 de mayo de 2008, pero hace un análisis muy completo de las características del presunto contrato de cuentas en participación de autos, de notable complejidad. Así, cuando dice que «el contrato [...] implica un encargo [...] pero ello no puede suponer una confusión con el mandato, porque estamos ante una fórmula asociativa entre comerciantes que crea una sociedad interna» (y describe el contrato).

En su FD 3.º afronta el problema del caso, que es que se suscribieron dos contratos simultáneamente, uno de cuentas en participación y otro de préstamo, formando parte de un mismo fin, y pactaron que a los demandantes se les devolvería el capital aportado articulando una garantía de devolución mediante la formalización de un contrato de préstamo sin interés, contrato que, en realidad, encubría una garantía de devolución de las cantidades.

La constancia en la contabilidad de la demandada de que las cantidades recibidas

de las actoras procedían de un préstamo; los requerimientos notariales para el cumplimiento del préstamo, sin que la demandada contestase ni negase su existencia; la fecha coincidente de ambos contratos, y el hecho de que se declarase expresamente en el de cuentas en participación que el beneficio neto sería la cantidad que quedase después de devolver a las entidades actoras la cantidad de 2.220.270 euros (importe del préstamo), entre otros gastos, demuestra que existen dos contratos.

Esta cláusula, «aun cuando es contraria a la propia naturaleza del contrato (sic), resulta absolutamente válida desde el principio de autonomía de la voluntad (sic) que reconoce para este tipo de contrato la doctrina jurisprudencial (SSTS 21 y 28 febrero, 9 marzo y 6 octubre 1986)». Y termina diciendo que «el denominado contrato de préstamo sí que tiene causa, pues, aunque sea un contrato simulado, se trata de una simulación relativa, ya que encubre en realidad un contrato de garantía de devolución de la cantidad entregada por los cuentapartícipes [...], el negocio disimulado reúne todos los requisitos legales y, entre ellos, el de tener una causa verdadera y lícita, que, en este caso, es la de garantizar la devolución de la aportación dineraria». Y confirma la SPI. En definitiva, se hizo una aportación, se pactó que parte de ella sería restituida con intereses (el préstamo) y que solo por encima de dicha cantidad, si se producían beneficios suficientes, se repartirían entre el gestor y el partícipe (deduciendo a este, en la liquidación, el importe del préstamo). Reiteramos la dificultad de admitir un contrato de garantía de una obligación de «devolución de la aportación» (si se había pactado un contrato de cuentas en participación), porque, si se trataba de un préstamo, nada había que garantizar, sino cumplir la obligación esencial de restitución propia del préstamo.

La SAP Cádiz, Secc. 5.ª, n.º 558/2012, de 21 de noviembre (AC 2013/585), D. Miguel c. Marina del Puerto de Santa María, SA, señala también las diferencias que separan el contrato de cuentas en participación del contrato de sociedad en sentido estricto.

C) Inaplicabilidad por analogía de las causas de extinción del contrato de sociedad del art. 1700 CC

Llegados a este punto, podemos preguntar por la utilidad práctica de calificar el contrato como sociedad interna, según esta reciente jurisprudencia. Al parecer, es la de



encontrar una regulación supletoria a las lagunas de la regulación de los arts. 239 a 243 CCom. Pero, naturalmente, solo cuando exista identidad de razón que permita la aplicación de las normas de la sociedad por analogía, con base en el art. 4.1 CC.

Así, la citada STS de 30 de mayo de 2008 (R. 3192) (ponente: Vicente L. Montés) dice que, «*dado que en el fondo se trata de una de las sociedades internas*», es aplicable por analogía el art. 1700 CC en cuanto a las «*causas de resolución*» (no dice «*causas de extinción*» de la sociedad como organización), aunque en el caso enjuiciado no se había intentado probar ninguna de ellas.

Sin embargo, conviene precisar. El art. 1700 CC establece que «*la sociedad se extingue: 1.º Cuando expira el término por el que fue constituida*» (igual que todos los contratos). «*2.º Cuando se pierde la cosa o se termina el negocio que le sirve de objeto*» (igual que en todos los contratos). «*3.º Por la muerte o insolvencia de cualquiera de los socios y en el caso previsto en el art. 1699*» («*los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de este en el fondo social*»). La causa de extinción por muerte no es aplicable al contrato de cuentas en participación celebrado entre sociedades.

En cuanto a la «*insolvencia (sic) de cualquiera de los socios*», podría tener sentido en el caso del gestor, sobre el que recae el *intuitus personae*, pero no en el del partícipe. Ahora bien, la insolvencia viene definida ahora

en el art. 2.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante, LC), cuando establece que «*se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*», en el cual el deudor, según el art. 5.1 LC, «*deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*».

No es admisible que el contrato sea resuelto por cualquiera de las partes en el período anterior a la declaración del concurso, sin proceder a solicitar la declaración del mismo, basándose en la insolvencia, porque constituiría un supuesto de fraude de ley

Ahora bien, en la actualidad no es admisible que el contrato sea resuelto por cualquiera de las partes en el período anterior a la declaración del concurso, sin proceder a solicitar la declaración del mismo, basándose en la insolvencia, porque constituiría un supuesto de fraude de ley al art. 2.1 LC, que dispone que «*la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común*»; en consecuencia, se aplicaría al fraude de ley la solución del art. 6.4 CC, que establece que «*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él,*

se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». Aquí, la que obliga a la declaración del concurso. En el caso de que se hubiera restituido la aportación al partícipe, la administración concursal podría reintegrarla a la masa activa mediante la acción rescisoria del art. 71 LC.

Además, en caso de declaración de concurso de cualquiera de los dos, gestor y partícipe, se aplica el principio de conservación de los contratos establecido en el art. 61.1 LC: «*En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso*». El supuesto normal es que sea el gestor el declarado en concurso y quien tenga pendiente la obligación de liquidar su derecho al partícipe, inscribiéndose este en la masa pasiva del concurso del gestor con un crédito concursal ordinario contingente (salvo que hubiese garantizado su derecho con garantías reales).

El art. 61.2 LC establece que, por sí solo, el concurso no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo del concursado o de la otra parte (aunque prevé la posibilidad de resolución a petición del administrador concursal o del concursado, si lo estiman conveniente para el interés del concurso). Su apdo. 3.º añade que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción (automática) del contrato por la sola causa de la declaración del concurso de cualquiera de las partes. La Ley Concursal, en el régimen de los contratos pendientes de ejecución, no ha establecido ninguna especialidad para el de cuentas en participación. Tampoco ha incluido un régimen específico para la reintegración mediante acción de rescisión del art. 71 LC de los actos mediante los cuales el gestor hubiera podido favorecer al partícipe. Y tampoco ha incluido al partícipe entre los titulares de créditos subordinados por considerarlo «*persona especialmente relacionada*» con el gestor (sea este persona física o jurídica), en el sentido del art. 93 LC (cuyos supuestos no pueden ampliarse por analogía). Estamos lejos del régimen establecido para la quiebra del gestor en el art. 926 CCom,



que, a pesar de la regulación no societaria de los arts. 243 a 293, daba derecho «a los socios de cuentas en participación que a la vez sean acreedores de la quiebra [se entiende, del gestor] a figurar en el pasivo solo por la cantidad que resulte de la compensación con lo que estaban obligados a poner»⁽⁴⁵⁾. Por último, el art. 1700 CC no puede considerarse una norma excepcional que permita la resolución del contrato en caso de declaración de concurso al amparo del art. 63.1 LC, cuando dispone que «lo establecido en los artículos anteriores no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley».

Para la Ley Concursal, en definitiva, el contrato de cuentas en participación es un contrato bilateral de financiación con prestaciones recíprocas sin ninguna especialidad, y no un contrato de sociedad⁽⁴⁶⁾.

Por último, no es posible que los acreedores embarguen y rematen la cuota de ninguno de los dos en el «fondo social», porque en el contrato de cuentas en participación no existe fondo social, del mismo modo que el gestor responde directamente y no subsidiariamente a dicho fondo social, como en el supuesto de sociedad del art. 237 CCom.⁽⁴⁷⁾.

«Art. 1700 CC. La sociedad se extingue: 4.º Por voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los arts. 1705 y 1707» (es decir, en caso de contrato de sociedad de duración indefinida), principio que es aplicable, por analogía, a todos los contratos de duración indefinida (aunque no es normal en un contrato de cuentas en participación). La continuidad de la relación de cuentas en participación en los supuestos 3.º y 4.º, como en las sociedades mercantiles, puede aplicarse si así se pacta en el contrato, pero lo mismo ocurre en los demás contratos de duración.

6. Diferencias entre el contrato de cuentas en participación y el contrato de préstamo y otros contratos

El contrato de cuentas en participación se distingue del contrato de préstamo (en el que la propiedad de las aportaciones también se transmite al prestatario) porque el gestor no se obliga a restituir la cantidad recibida o en que se valoran los bienes aportados, sino solo a rendir cuentas y liquidar al cuenta-partícipe su parte en beneficios y pérdidas —SSTS de 6 de octubre de 1986, de 20 de julio de 1992 y, en especial, la tan citada de

30 de mayo de 2008, (R. 3192). El contrato de cuentas en participación ha constituido siempre un instrumento de obtención de «fondos o recursos propios» para el gestor sin generarle endeudamiento financiero (aunque, como veremos, el nuevo Plan Contable lo conceptúa como un pasivo financiero).

Se distingue del contrato de arrendamiento de establecimiento, ya que el arrendatario, que también ostenta la condición de empresario, solo paga una renta o cantidad periódica fija al arrendador —aunque, a veces, se añade una cláusula de participación (solo) en beneficios, nunca en las pérdidas.

Se distingue del contrato de gestión o management empresarial porque, en este, el gestor (por ejemplo, la Cadena Hotelera) gestiona la empresa en nombre y por cuenta del empresario/propietario, y el clausulado del contrato debe contribuir a dar transparencia a esta representación frente a terceros para evitar hechos de apariencia de «propietario» (que determinarían su responsabilidad).

En la práctica, se producen dificultades de interpretación en casos concretos, originadas por la confusión de los contratantes sobre lo que desean pactar o lo que es el contrato de cuentas en participación

No obstante, en la práctica, se producen dificultades de interpretación en casos concretos, originadas por la confusión de los contratantes sobre lo que desean pactar o sobre lo que es el contrato de cuentas en participación. De estos casos se han ocupado varias sentencias del Tribunal Supremo (véase STS de 6 de octubre de 1986). Se trata, generalmente, de decidir si lo pactado es un préstamo o una sociedad (STS de 4 de diciembre de 1992: sociedad irregular para explotar una gasolinera), o si es realmente un contrato de cuentas en participación, aunque con cláusulas incongruentes con este, que deben tenerse por no puestas —por ejemplo, la obligación de devolver en todo caso el valor de la aportación: véanse SSTS de 5 de febrero de 1998 (R. 407), y de 15 de julio de 2005 (R. 5279).

Como hemos visto, sentencias recientes han admitido la compatibilidad de un contrato de cuentas en participación con un

contrato de préstamo, bien reconociendo un supuesto de contrato mixto atípico, o bien reconociendo un contrato de garantía de devolución de la aportación disimulado bajo un contrato de préstamo, estipulado al mismo tiempo que el de cuentas en participación y con base en la misma aportación del partícipe. Sin embargo, no es posible que, en relación con una misma aportación, puedan coincidir válidamente dos causas negociales simultáneamente incompatibles, préstamo y cuentas en participación, con la obligación simultánea de restitución y de retribución fija y la obligación de liquidación de los resultados de las operaciones objeto del contrato. Sería necesario, al menos, prever su conversión de uno en otro a partir de un determinado momento, o ante unas determinadas circunstancias, en su caso, a opción del partícipe o aportante. Por otro lado, en el contrato es posible garantizar el cumplimiento de las obligaciones propias del gestor con garantías personales y reales, pero es incongruente que el gestor garantice la devolución de la aportación originando un pasivo que anula la partida de fondos propios correspondiente a las cuentas en participación. He aquí, de nuevo, las dos sentencias:

La SAP Girona, Secc. 1.ª, n.º 175/2011, de 28 de abril (JUR 260087), declara que el pacto que prevé que si antes de terminar el proyecto inmobiliario el aportante opta por la rescisión unilateral, aquella se obliga a reintegrarle la cantidad aportada más un interés del 5 % anual por el tiempo transcurrido, «podría formar parte del contrato de acuerdo con el art. 1255 CC, aunque supuestamente pudiese desvirtuar su naturaleza de cuentas en participación, lo que solo tendría la consecuencia de convertirlo en un negocio atípico, como tantos otros que la realidad cambiante va haciendo surgir, sin que se amolden a los tipos clásicos previstos en las leyes».

La SAP Sevilla, Secc. 5.ª, n.º 543/2012, de 7 de noviembre (JUR 2013, 145738), Grupo Sangar, SL (vista ya en el punto de la distinción con el contrato de sociedad), declara que «el denominado contrato de préstamo (superpuesto al de cuentas en participación) sí que tiene causa, pues, aunque sea un contrato simulado, se trata de una simulación relativa, ya que encubre, en realidad, un contrato de garantía de devolución de la cantidad entregada por los cuenta-partícipes». Parece que lo que se daba en el caso eran dos contratos alternativos entre los que el partícipe podía optar hasta un momento determi-



nado, sustituyendo el contrato de cuentas en participación por el de préstamo en las condiciones pactadas.

Por último, hay que advertir que, si no se redacta con cuidado, el contrato de cuentas en participación puede convertirse en un instrumento de injustos desequilibrios entre las partes, como ya advirtiera el Prof. Emilio LANGLE. Por ejemplo, en el caso de la STS de 3 de julio de 1991, *camión cisterna Pegaso*, la aportación del partícipe consistió en la mitad proindivisa de un camión comprado a plazos junto con el gestor, cuyas letras de cambio había aceptado y tenía que pagar el partícipe (un funcionario con escasos recursos) con los beneficios que el gestor le fuera liquidando. Pero este no le liquidó ni beneficios ni la parte del precio del camión, cuando decidió venderlo, lo que podía hacer legalmente, ya que, en virtud del contrato (como hemos explicado), era de su exclusiva propiedad. No era una «*sociedad interna*», como, con evidente error, ha imaginado un sector de nuestra doctrina.

El riesgo de que el gestor se extralimite debe corregirse mediante mecanismos contractuales de información y control del partícipe o, en su caso, con garantías personales o reales.

V. IMPOSIBILIDAD DE INCORPORACIÓN DE LA CONDICIÓN DE CUENTAPARTÍCIPE A UN TÍTULO VALOR

En Derecho español no es posible incorporar la condición o posición jurídica de cuentapartícipe a un título valor que permita la circulación del derecho como un derecho autónomo, literal y abstracto (como una letra de cambio o como una acción de sociedad anónima), y no la mera cesión a terceros de los derechos de cuentapartícipe.

En primer lugar, no podría ser un «instrumento financiero» negociable en los mercados secundarios de valores, ya que el art. 2 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el RDLeg. 4/2015, de 23 de octubre (en adelante, TR de la Ley del Mercado de Valores), no incluye un «título de cuentas en participación». Incluso ha suprimido en su enumeración de instrumentos financieros las cuotas participativas de las cajas de ahorros, reguladas por la disp. adic. 12.ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina de las entidades de crédito (al trasponer la Primera Directiva sobre Entidades de Crédito), con el carácter de «valores

negociables», cuyo régimen desarrolló el RD 664/1990, de 25 de mayo (habiéndose producido una sola emisión, por parte de la CAM, que, además, fue ruinosa para sus 54.000 suscriptores)⁽⁴⁸⁾. La Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, derogó las normas referentes a las cuotas participativas (disp. derog. c), y el TR de la Ley del Mercado de Valores, en su disp. trans. 2.ª, admite que (solo) las cuotas participativas de las cajas de ahorros y de la CECA emitidas antes de la publicación del Texto Refundido seguirán teniendo carácter de valor negociable al que se refiere el art. 2.1. de esta ley, pero solo hasta su completa amortización.

Es posible la emisión de documentos del contrato de cuentas en participación que acrediten ser partícipes, en una estructura de contrato de cuentas en participación con un solo gestor pero con una pluralidad de partícipes, sin que ello modifique la estructura de contrato bilateral del contrato. Por ejemplo, en los años 70, Prensa Catalana, editora del diario *Avui*, utilizó el contrato para allegar fondos propios por importe igual al capital social, entregando títulos numerados correlativamente en talonarios (que no eran títulos valores, sino meros recibos)⁽⁴⁹⁾.

En efecto, estos eventuales títulos no pueden ser considerados títulos valores (ni valores negociables), porque la legislación española sobre títulos valores se rige por el principio de numerus clausus, de reconocimiento concreto por el legislador de cada tipo de título valor, sin que la autonomía de la voluntad pueda dotar a cualquier derecho de las características propias de los títulos valores (legitimación para la adquisición y ejercicio del derecho por su posesión y carácter literal y autónomo del derecho incorporado al título). A diferencia del Código Civil italiano, nuestra legislación solo reconoce los efectos de los títulos valores en determinados documentos, de modo que no es posible crear o emitir títulos de transporte no tipificados legalmente (por ejemplo, un título de transporte combinado), ni incorporar los derechos de impositor en cuenta corriente bancaria (la libreta de ahorros no es título valor en nuestro Derecho) o los de cuentapartícipe, salvo su admisión excepcional, ya derogada, en las cuotas participativas de las cajas de ahorros⁽⁵⁰⁾.

Por otro lado, el partícipe no es titular de un derecho de crédito que pueda ser susceptible de titulización.

VI. EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN HA DEJADO DE SER TÍTULO JURÍDICO DE OBTENCIÓN DE FONDOS PROPIOS

El contrato de cuentas en participación ha sido considerado históricamente un *instrumento de obtención de «fondos o recursos propios»*, de aumentar el patrimonio neto, sin ceder el empresario gestor el control de la gestión, ni modificar la estructura financiera de la propia empresa (en su caso, la de una sociedad), al no aumentar su endeudamiento financiero, ni tener que destinar obligatoriamente fondos para su pago, ni, en caso de sociedad de capital, modificar la estructura de sus participaciones. En el balance del gestor, el importe de la aportación realizada por el partícipe debía reconocerse como una *partida de capital*, tal y como establecía la regulación de las cuotas participativas de las cajas de ahorros, antes mencionada. En la regulación de las cuotas participativas de las cajas de ahorros, el art. 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, las reconoció como *recursos propios básicos* (equiparados al capital social). El art. 25.2 LIRPF, por su parte, establece que la aportación del cuentapartícipe constituye una «*cesión de fondos propios*» al gestor, por lo que los rendimientos que produce al cuentapartícipe deben ser calificados como *rendimientos del capital mobiliario*, que constituyen un gasto deducible para el gestor. Así pues, desde el punto de vista fiscal, la aportación en cuentas en participación constituye fondos propios para el gestor.

No obstante, la vigente normativa fiscal y contable, sin perjuicio de la evidente naturaleza económica híbrida del contrato de cuentas en participación (en el sentido de que se mezclan, económicamente, elementos de los fondos propios y de la deuda), ha inclinado la balanza hacia el tratamiento como elemento de deuda, y no como fondos propios.

Esto es especialmente claro en el ámbito de la tributación directa.

En efecto, a pesar de que la norma reguladora del IRPF (la Ley 35/2006, de 28 de noviembre) no prevé expresamente la calificación fiscal, para el cuentapartícipe, de la rentabilidad procedente de un contrato de cuentas en participación, es constante la doctrina administrativa⁽⁵¹⁾ y de los tribunales⁽⁵²⁾ que enmarca el rendimiento procedente



de una cuenta en participación para el cuentapartícipe como un rendimiento de capital mobiliario de los regulados en el art. 25.2 de la citada ley, es decir, un rendimiento procedente de la «cesión a terceros de capitales propios». En otras palabras, trata la rentabilidad de la cuenta para el cuentapartícipe de igual forma que el interés de un préstamo, en total contraposición a los dividendos (es decir, a la retribución típica de la inversión en capital o fondos propios), regulados en el apdo. 1.º de ese mismo artículo. Por tanto, desde el punto de vista del IRPF, se distingue claramente entre la retribución de una cuenta en participación para el cuentapartícipe y la retribución de una inversión en el capital social de una sociedad o, en general, en el patrimonio neto de esta.

A falta de regulación expresa, la Ley del Impuesto sobre Sociedades remite, en su art. 10.3, a la normativa contable para dilucidar el impacto fiscal que deba darse al contrato de cuentas en participación, lo que implica la subordinación del Derecho Fiscal al Contable

Por otro lado, y siguiendo en el ámbito de la tributación directa, tampoco la normativa del Impuesto sobre Sociedades (Ley 27/2014, de 27 de noviembre) contempla expresamente el tratamiento aplicable al contrato de cuentas en participación, ni para el gestor ni para el cuentapartícipe. A falta de regulación expresa, la propia Ley del Impuesto sobre Sociedades remite, en su art. 10.3, a la normativa contable para dilucidar el impacto fiscal que deba darse a la figura (que coincidirá, esencialmente, con el contable). Es el que fue reconocido como «principio de hegemonía» por la doctrina alemana (*Massgeblichkeitsprinzip*), que determinó el giro histórico de la definitiva subordinación del Derecho Fiscal al Derecho Contable.

En este sentido, el Plan General Contable (PGC), aprobado por el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, en su Primera Parte, «Marco conceptual de la contabilidad», art. 4, define los pasivos como «obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económi-



cos en el futuro», y configura el patrimonio neto como «la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten».

Calificar contablemente la retribución de un contrato de cuentas en participación como un instrumento de patrimonio habría acerdado, sin duda, las cuentas en participación a la figura del contrato de sociedad, pero no ha sido el caso en el PGC de 2007. En efecto, la norma de registro y valoración 9.ª del PGC regula, en el apdo. 2.1 («Préstamos y partidas a cobrar»), cómo debe el cuentapartícipe contabilizar un contrato de cuentas en participación: «Las aportaciones realizadas como consecuencia de un contrato de cuentas en participación y similares se valorarán al coste, incrementado o disminuido por el beneficio o la pérdida, respectivamente, que correspondan a la empresa como partícipe no gestor, y menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro».

La misma norma de registro y valoración 9.ª regula la mecánica de contabilización del empresario gestor en cuanto a las obligaciones incurridas por este frente al cuentapartícipe, e incluye la regulación de la obligación frente al cuentapartícipe como pasivo financiero, en el apdo. 3.1 («Débitos y partidas a pagar»).

En esta línea, el cuadro de cuentas asigna las cuentas de balance 419 («Acreedores por operaciones en común») dentro del epígrafe «Acreedores varios», y 449 («Deudores por operaciones en común») dentro del epígrafe «Deudores varios», para contabilizar los créditos y débitos recíprocos derivados de la relación de cuentas en participación. Asimismo, en cuanto a la cuenta de pérdidas y ganancias, el cuadro de cuentas asigna las cuentas 651 («Resultados de operaciones en común») dentro del epígrafe «Otros gastos de gestión», y 751 («Resultados de operaciones en común») dentro del epígrafe «Otros ingresos de gestión».

En conclusión, el régimen contable sitúa las cuentas en participación en el marco de los activos y pasivos financieros, con claridad distintos a los instrumentos de patrimonio. Y es lógico, si se tiene en cuenta que el empresario gestor queda obligado (es decir, sin posibilidad discrecional de no hacerlo), por el contrato de cuentas en participación, a entregar al cuentapartícipe, al menos en el momento de la liquidación de la cuenta, el importe de la rentabilidad del negocio gestionado más, en su caso, la devolución del importe inicial de la cuenta (excepto, por supuesto, en caso de pérdida). Queda lejos, por tanto, del concepto de *reducción de capital* o *distribución de un dividendo*, en que, con carácter general, es facultad discrecional de la junta de socios o accionistas proceder a su distribución, y es esa facultad discrecional lo que, de hecho, incluye esas operaciones, en términos ge-



nerales, como propias de la remuneración de instrumentos de patrimonio neto.

Este régimen contable se traslada automáticamente al tratamiento en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades por virtud del art. 10.3 LIS anteriormente referido, y, en consecuencia, los ingresos y gastos derivados de la mecánica contable de las cuentas en participación no quedan afectados ni por las exenciones o deducciones para evitar la doble imposición prevista en la LIS para los dividendos, ni por las limitaciones a la deducibilidad fiscal de la retribución de instrumentos de patrimonio neto⁽⁵³⁾.

En suma, particularmente en el ámbito de la tributación directa y en el actual régimen contable, encontramos que las cuentas en participación aparecen configuradas como un instrumento claramente distinto de los instrumentos de patrimonio, lo que no hace más que reforzar el hecho de que, también fiscal y contablemente, las cuentas en participación aparecen claramente diferenciadas de la figura del contrato de sociedad, configurándose como un contrato bilateral de financiación o inversión.⁽⁵⁴⁾

VII. CONCLUSIONES

Primera. El contrato de cuentas en participación, tanto en su regulación en los arts. 239 a 243 CCom. como en la lógica de los negocios, tiene unas características propias que no permiten confundirlo con el contrato de sociedad. Es un contrato bilateral de colaboración, sin puesta en común de bie-

nes ni colaboración en la gestión, y sin personalidad jurídica ni una razón social propia en las relaciones con terceros, y, sobre todo, sin una organización social propia, ni siquiera interna. Conviene no regularlo (al margen y en contra de ese esquema legal) como una «sociedad interna» o no manifestada, que en el caso sería una sociedad mercantil irregular que impondría al cuentapartícipe responsabilidad personal y solidaria por la actuación del gestor, y que, en caso de disolución, se regiría por las normas de la comunidad de bienes (o como una verdadera sociedad).

En el contrato de cuentas en participación, el partícipe realiza una aportación patrimonial al gestor para que este desarrolle operaciones concretas o una actividad duradera, en nombre propio y bajo su responsabilidad, siguiendo sus propios criterios

Segunda. La característica esencial del contrato de cuentas en participación es que el partícipe realiza una aportación patrimonial al gestor para que este desarrolle operaciones concretas o una actividad duradera, en nombre propio y bajo su responsabilidad, y, por consiguiente, siguiendo sus propios criterios, de un ordenado empresario, a cambio de dar participación al cuentapartícipe en los beneficios y las pérdidas, pero sin

estar sometido a las instrucciones de este ni al deber de un «representante leal».

Tercera. El PGC, en su norma de valoración 9.ª, conceptúa la aportación del partícipe no como un título de fondos propios, sino como un *pasivo financiero del gestor (y no como patrimonio neto)*, en atención a que el gestor (a diferencia de la sociedad con la distribución de dividendos) no es libre de decidir si abona o no las liquidaciones que debe hacer al partícipe según el contrato. En congruencia con el principio de hegemonía del Derecho Contable sobre el Derecho Fiscal (establecido en el art. 10.3 LIS), a efectos fiscales, *el rendimiento procedente de una cuenta en participación, para el cuentapartícipe, es considerado como un rendimiento de capital mobiliario* de los regulados en el art. 25.2 de la citada ley, es decir, un rendimiento procedente de la «cesión a terceros de capitales propios». Así pues, de igual forma que el interés de un préstamo, en total contraposición a los dividendos (es decir, a la retribución típica de la inversión en capital o fondos propios), regulados en el apdo. 1.º de ese mismo artículo.

Cuarta. Las garantías del contrato, para el cuentapartícipe, deben ser la solvencia y reputación del gestor y la transparencia del negocio, con la información contable y la liquidación periódica y final de los resultados del negocio. El cumplimiento de las obligaciones propias del gestor puede garantizarse con las garantías reales y personales habituales en los contratos mercantiles. También mediante un sistema de control o verificación de la actividad del gestor, con tal de que el partícipe no se inmiscuya en la gestión. En caso de incumplimiento de las obligaciones del gestor, si el partícipe opta por la resolución del contrato e indemnización de los daños y perjuicios sufridos (art. 1124 CC), no procede la condena a que cumpla con la obligación de liquidación, ya que el contrato ha sido resuelto con efectos extrajudiciales por el contratante cumplidor.

Quinta. La misma aportación objeto del contrato de cuentas en participación puede considerarse, en contrato alternativo, como objeto de un préstamo que deba ser restituido con sus intereses, a opción del partícipe, que deberá ejercitar antes de un determinado momento. Pero no parece posible concebir un contrato de préstamo en garantía para el caso de que el gestor no quedara obligado a pagar nada al partícipe como consecuencia de la liquidación de las cuentas, puesto que



se garantizaría (obligación accesoria) una obligación principal inexistente, siendo nulo e inexigible el contrato de garantía. También ha de regularse un derecho de resolución del contrato ante circunstancias claramente definidas para que el cuentapartícipe no tenga que soportar una larga espera e incertidumbre sobre la ejecución del contrato por el gestor. Alternativamente, con el fin de corregir el eventual retraso del empresario gestor en la puesta en práctica de los proyectos pactados, lo lógico es que se estipulen dos contratos sucesivos: 1) el primero en aplicarse en el tiempo, un contrato de préstamo, con un interés razonable pero progresivo que sirva de acicate a la diligencia del gestor en la puesta en ejecución del negocio compartido, y 2) a partir de un determinado momento, fijado por anticipado, o bien cuando se inicien aquellas gestiones, o bajo condición de que efectivamente se inicien, el contrato de cuentas en participación. También cabe pensar que, como alternativa a un contrato de cuentas en participación, puede ser conveniente pactar un préstamo parciario con cláusula de participación en beneficios (no en pérdidas), que incluso pueda modularse, aumentándolo, en su caso, según la información que se tenga de la marcha del negocio.

Sexta. El derecho del cuentapartícipe no puede incorporarse a un título valor; la cesión del contrato exigirá el consentimiento de la contraparte (en aplicación del art. 1205, en cuanto incluye obligaciones), no bastando con cumplir el requisito de notificación de la cesión del crédito al deudor, aunque el contratante cedente sea el partícipe, ya que no se trata de un simple crédito. Contablemente, la aportación del partícipe constituye un pasivo financiero para el gestor por el valor de la aportación.

Séptima. En caso de insolvencia del gestor, el art. 2.1 exige la declaración de concurso (por lo que no es posible la resolución ni «extinción» del contrato por insolvencia de cualquiera de las partes a que se refiere el art. 1700 CC). Una vez declarado el concurso, el art. 61 LC, en su apdo. 1.º, establece el principio de continuación de los contratos cuando una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las suyas, y el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá en la masa activa o pasiva del concurso. Su apdo. 2.º dispone que el administrador concursal o el concursado pueden resolver

el contrato, si lo estimaran conveniente al interés del concurso (es decir, el mejor cobro de los acreedores). En caso de concurso del gestor, el crédito del partícipe contra él es un crédito concursal ordinario contingente, que equivale a la suma de la aportación más la posible participación en beneficios, salvo que haya sido garantizado con garantías reales (en tal caso, será un crédito privilegiado singular), y en ningún caso podrá ser calificado como *crédito subordinado*, puesto que no concurre la condición de «*persona especialmente relacionada*» con el gestor concursado, ni como persona física ni como persona jurídica (cfr. art. 93 LC).

(1) Representativa de esta doctrina es la monografía de la Prof. A. MARTÍNEZ BALMASEDA, publicación de su tesis doctoral defendida el 28 de enero de 2011 ante un tribunal formado por los Profs. Luis Fernández de la Gándara, Mario Stella Richter, Francisco León Sanz, Alberto Emparanza Sobejano y Lourdes Ferrando Villalba (*Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011). En el prólogo, el Prof. J. M. Embid, director de la tesis, explica cómo «*la progresiva consolidación entre nosotros del concepto amplio de sociedad patrocinado autorizadamente por el Prof. Girón Tena, así como su utilidad para comprender con mayor precisión la trama institucional de las cuentas en participación, han desplazado progresivamente el centro de gravedad de la figura hacia el Derecho de Sociedades, en perjuicio de su visión puramente contractualista*» (págs. XVII-XVIII). La autora afirma que «*hoy en día, la concepción societaria ha ido ganando adeptos en nuestra doctrina científica y parece predominar la concepción societaria de las cuentas en participación. No obstante, ello no implica que exista un acuerdo unánime a este respecto, ya que, entre otros (sic), el profesor VICENT CHULIÁ sigue separando las cuentas en participación del contrato de sociedad, negando su calificación como sociedad interna*» (pág. 66, citando mi *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanc, 22.ª ed., Valencia, 2010, págs. 957-958, solo en este punto; un honor inmerecido, pues son muchos y mejores los defensores de la tesis «*contractualista*»). Añade que «*el tema de la naturaleza jurídica [...] supone un tema casi resuelto en nuestra doctrina científica*» (pág. 67), y así lo creemos, pero en sentido contrario a su tesis, lo que ella misma reconoce en nuestra jurisprudencia, pero que se comprueba igualmente en la legislación concursal, contable y

fiscal. Como exponen los Profs. F. Sánchez Calero y J. Sánchez-Calero Guilarte, «*buna parte de nuestra doctrina más autorizada y de forma decidida la doctrina jurisprudencial surgida hasta el momento (cuyo valor no puede despreciarse, cfr. art. 1.6 del CC) se manifiestan en un sentido diferente y afirman que este contrato no puede considerarse dentro de nuestro Ordenamiento como una modalidad o subespecie de sociedad*» (*Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 35.ª ed., Cizur Menor, 2013, pág. 374). Piénsese que el Prof. Fernando Sánchez Calero fue discípulo de Girón y de Garrigues, los grandes valedores de estas dos corrientes doctrinales, por lo que su opinión debió de ser muy madurada.

La exposición de referencia de la doctrina societaria del contrato de cuentas en participación es la del Prof. J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Ed. Girón Tena, Madrid, 1976, págs. 76 y ss., y, en segundo lugar, la del Prof. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 259-313. También se inclina por la naturaleza societaria del contrato la Prof. M. A. GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, tesis doctoral leída el 13 de julio de 1989. Destaca aspectos importantes, como que el redactor de la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 seguía convencido de la naturaleza societaria del contrato, a pesar del cambio operado en su regulación aprobada en las Cámaras (pág. 91), igual que ocurrió en otras materias. Rechaza que sea un contrato de cambio, porque el partícipe no es un simple acreedor del gestor, sino que ambos «*participan en los resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen*», según el art. 239 CCom., contribuyendo así a la promoción del fin común y existiendo una «*solidaridad de intereses*» o puesta en común, en el sentido de *participación en el riesgo* al que se refirió GIRÓN (págs. 103-104), por lo que admite que cabe dentro del concepto amplio de *sociedad* (págs. 121 y ss.). Exponente de la doctrina mayoritaria sobre el contrato de sociedad ajustado a la definición de los códigos es F. CAPILLA RONCERO, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, artículos 1665 a 1708 del Código Civil*, t. XXI, vol. I, Ed. Edersa, Madrid, 1986, donde se manifiesta contrario al concepto amplio de *sociedad* (pág. 9).



- (2) Véase el simposio sobre el tema con ponencias de S. KONIAK, E. A. DAVIS y J. C. COFFEE Jr. en *Columbia Law Review*, n.º 5, Jun. 2003, págs. 1236-1316, citado en mi *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanc, 23.ª ed., Valencia, 2012, págs. 163-164.
- (3) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 199 y ss.: el gestor tiene el deber de aportación de la gestión social, ejerciendo este «cargo» (págs. 207-208) de forma personal (pág. 209). Según MARTÍNEZ SANZ, «obligación frecuentemente olvidada por la doctrina es, precisamente, la que soporta el gestor de explotar el negocio, el acto o la actividad pactada (con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal), pues, de lo contrario, defraudaría las expectativas del partícipe, al que privaría de la rentabilidad o ganancias esperadas», si bien añade que lo ha de hacer en su propio nombre (en M. BROSETA y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, 21.ª ed., Madrid, 2014, pág. 341). Pero no solo en su propio nombre (aunque por cuenta propia y del partícipe), como admitió el Prof. Garrigues, reconociendo una situación de representación indirecta, sino en nombre y por cuenta y riesgo propios, respondiendo con su patrimonio (sin perjuicio de la participación en los resultados de su actividad con el partícipe).
- (4) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 258-260, reconociendo el derecho a la cuota de liquidación (de la que no habla el Código de Comercio) como un derecho distinto y añadido al de participación en beneficios y pérdidas, que «se extiende a las plusvalías que hubiese acumulado la empresa mientras estuvo vigente el contrato» (pág. 260, reconociendo la opinión contraria del Prof. Garrigues, nota 134). Obsérvese que los Profs. SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE no mencionan para nada el derecho a la cuota de liquidación, sino que «la extinción del contrato llevará consigo la liquidación de la asociación de cuentas en participación con la obligación de devolución de la aportación al partícipe incrementada o reducida con los resultados de la participación que le correspondan» (*Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 35.ª ed., Cizur Menor, 2013, pág. 378). La STS de 3 de abril de 1971 declaró que si la aportación se hizo en dinero, se devolverá la misma cantidad siguiendo el principio nominalista (más/menos beneficios o pérdidas), salvo que se hubiese pactado su revalorización para evitar los efectos de la depreciación monetaria (véase A. MADRID PARRA, en G. J. Jiménez Sánchez, *Derecho Mercantil*, Ariel, 8.ª ed., Barcelona, 2003, pág. 540). Pero nada de cuota de liquidación.
- (5) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 260 y ss. («Derecho de gestión del partícipe»), y en «El derecho de gestión del partícipe en las cuentas de participación. A propósito de la STS de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 428055)», en *RDM*, n.º 275, 2010, págs. 231 y ss. Véase también, de la misma autora, «Las nuevas funciones de las cuentas en participación», en C. D. y Com., n.º 58, 2012, págs. 249 y ss.
- (6) Véase C. GUERRERO TREVIJANO, «La protección de la discrecionalidad empresarial en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», en *RDM*, n.º 298, Oct.-Dic. 2015, págs. 147-180, con críticas al proyectado art. 226 LSC, situándolo correctamente en el ámbito del deber de diligencia y no en el de lealtad, y, en especial, J. ALFARO, en J. Juste (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo. Comentario LSC*, Ed. Civitas, Madrid, 2015, págs. 313 y ss.; A. RECALDE CASTELLS, «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores: la *Business Judgment Rule*», en S. Rojo y A. B. Campuzano (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2015, págs. 629-663; A. RONCERO SÁNCHEZ, «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, t. II (20.º aniversario Rds), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 383 y ss.
- (7) El Informe Comunidades Autónomas del Círculo de Empresarios de Madrid destaca datos muy preocupantes (*Levante-EMV*, 12 septiembre 2016, pág. 31). La industria catalana y la valenciana han perdido 9 y 8 puntos del PIB entre 1995 y 2015. En el País Valenciano, ha caído del 24,8 % al 16,9 %. El textil ha perdido 794 empresas y la mitad de los empleos desde el comienzo de la crisis (*Levante-EMV*, 14 septiembre 2016, pág. 14), y la agricultura, del 3,6 % al 1,6 %, mientras que los servicios (en especial, el turismo) han pasado del 64,3 % al 66,3 %, un aumento insignificante, si se tiene en cuenta la agresión ecológica del turismo. Basta con observar el paraíso perdido de Xàbia, en donde, además de los incendios, asistimos a una masiva extinción de vida: agotamiento y contaminación de acuíferos (proliferación de chalets con pozos ciegos), abandono de los cultivos (campos de frutales y viñedos sin podar, llenos de maleza), desaparición de especies milenarias (como hormigas, grillos, libélulas, caracoles, pájaros, cigarras, peces...), etc. Solo la recuperación de la vocación industrial nos puede devolver la vida y la dignidad.
- (8) *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanc, 23.ª ed., Valencia, 2012, 23.ª ed., pág. 264. Remito a mis trabajos sobre este tema, en especial destacando su carácter de Derecho Privado (en R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII: *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 43-47, rechazando la doctrina alemana seguida por el Prof. José María Eizaguirre de que «la normativa contable debe ser asignada al Derecho Público», y defendiendo, en cambio, la concepción anglosajona de un Derecho Privado surgido de la práctica); el reconocimiento de unas fuentes propias («En torno al concepto y fuentes del Derecho Contable», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 605-649), y el principio de hegemonía del Derecho Contable (*Massgeblichkeitsprinzip* de la doctrina alemana), recogido en el art. 10-3 LIS («Aspectos jurídico-mercantiles de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades», en *Revista General de Derecho*, n.º 628-629, Ene.-Feb. 1997, págs. 453-507).
- (9) F. VICENT CHULIÁ, «Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014», en *Estudios en homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 2015, págs. 989-1007, y (muy ampliado, con 42 p.) en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 36, En.-Abr. 2015, págs. 25-67.
- (10) L. Á. SÁNCHEZ PACHÓN, «Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 2008», en *CCJC*, n.º 80, 2009, STS n.º 2113, págs. 549-570, afirma que «nuestro ordenamiento no ignora y admite lo que en la doctrina se conoce como sociedades internas (arts. 1669 CC y 239 y ss. CCom.)» (pág. 12 ed. dig.); M. FERRÉ y F. LEÓN SANZ, «Las cuentas en participación y el concurso», en *Anuario D. Conc.*, n.º 15, 2008, pág. 11, afirman que «las cuentas en participación tienen naturaleza societaria en el Derecho español. Así se deduce del art. 239 CCom.», citando a J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Ed. Girón Tena, Madrid, 1976, pág. 77, y a FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, que afirma que «entre la sociedad civil



interna y las cuentas en participación no existen de suyo diferencias conceptuales relevantes» (L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pág. 272); J. L. COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de las cuentas en participación con cláusulas atípicas (STS de 10 noviembre 1995, R. 1995/8116)», en *RdS*, n.º 7, 1996, págs. 293 y ss., y, sobre todo, C. PAZ ARES, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1302 y ss. También el *Manual de Derecho Mercantil* de los Profs. M. BROSETA y F. MARTÍNEZ SANZ —redactado actualmente por el segundo, que ha incorporado el concepto amplio de *sociedad* (basta el origen negocial y el fin común), sustituyendo la opinión del Prof. Broseta—, consideran aplicable el art. 1669 CC al contrato de cuentas en participación y, con él, «las disposiciones relativas a la comunidad de bienes», añadiendo que «ello podría explicar pronunciamientos como el contenido en la STS de 3 de mayo de 1960, RJ 1711», sin hacerle la menor objeción, como la que en su día hizo, con toda razón, el Prof. Fernández Novoa (véase M. BROSETA y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, 21.ª ed., Madrid, 2014, págs. 336-343, esp. págs. 339-340, a pesar de que en la pág. 341 recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, en el contrato de cuentas en participación, «no se crea un patrimonio común» —SSTS de 4 de diciembre de 1992 (R. 10393) y de 5 de febrero de 1998 (R. 407)—, declarando que en ambos casos sí que se había creado, por lo que eran sociedades irregulares y no contratos de cuentas en participación).

- (11) En este sentido, C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», en *RDM*, n.º 84, 1962, págs. 429-447, un trabajo de Derecho Mercantil troncal, «ajeno a la propiedad industrial», que, a pesar de su formato de comentario de sentencia (STS de 3 de mayo de 1960, RAJ 1960/1711, ponente: Francisco Bonet Ramón), por su magistral claridad y cuidado de las fuentes, en especial, las alemanas (Lastig, Koenigs, etc.), merece ser recordado (véase J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «La herencia inmensa de Carlos Fernández-Novoa (1930-2015)», en *RDM*, n.º 299, Ene.-Mar. 2016, págs. 15-30, esp. pág. 22, nota 15). El Prof. FERNÁNDEZ NOVOA concluye: «Es cierto

que las cuentas en participación y la sociedad se distinguen por el dato de la organización común (presente en esta y ausente en aquellas), pero no lo es menos que coinciden en que, por uno y otro contrato, las partes se obligan a promover una finalidad común. Esta coincidencia demuestra que las cuentas en participación son, al igual que la sociedad, un contrato de colaboración» (pág. 446), añadiendo que si «en un terreno puramente teórico tanto vale decir que las cuentas en participación son una sociedad (entendida esta expresión en un amplio sentido), como afirmar que constituyen un contrato de colaboración o una forma asociativa primaria. Nuestra preferencia por esta segunda tesis se funda tan solo en la dificultad de conciliar la concepción amplia de la sociedad con lo dispuesto en los arts. 1665 del CC y 116 del Código de Comercio» (pág. 446, nota 57). Y, como veremos, en el peligro de que las partes no comprendan bien las expectativas que les ofrece el contrato que han celebrado, como observa el autor más adelante y se comprueba en los numerosos (sin duda, excesivos) casos judiciales.

- (12) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 156-159, admite que el contrato pueda ser multilateral. En el análisis de la posible pluralidad de partícipes, prevé que el gestor celebre contratos de cuentas en participación separados con distintos partícipes, o que estos se unan en una sociedad que sería la contraparte, o incluso formando una sociedad interna entre ellos, y, en tercer lugar, «que el gestor y los partícipes se unen en un solo contrato de cuentas en participación. Se trataría de un contrato plurilateral de cuentas en participación», pudiendo los partícipes organizarse internamente a través de reglas de actuación corporativa, de modo que «cualquier modificación del contrato necesita el consentimiento tanto del gestor como del resto de partícipes, en particular, para la admisión de un nuevo partícipe, así como para la salida de uno de ellos de la relación» (pág. 158). Pero, en los ejemplos de contrato plurilateral que pone (SAP Murcia de 17 de junio de 2003, AC 2267, y SAP Alicante de 14 de mayo de 2003, JUR 222874), existen dos contratos distintos: uno de cuentas en participación y otro de sociedad, aunque proyectados en un pacto previo.
- (13) T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, en *Studi in tema di contratti*, Ed. Giuffrè, Milán, 1952, págs. 97 y ss., a quien sigue el Prof. BROSETA en la caracterización del contrato de sociedad como un verdadero contrato, en el que las partes poseen intereses

contrapuestos pero también una comunidad de fines, por lo que son inaplicables o deben relativizarse gran parte de los principios y remedios propios de los contratos sinalagmáticos; así, no existe reciprocidad entre las diversas prestaciones de los socios y no juega la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de incumplimiento por parte de alguno de los socios de su obligación de aportar (M. BROSETA y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, 20.ª ed., Madrid, 2013, págs. 298-299). Parece claro que el contrato de cuentas en participación es un contrato bilateral, conmutativo o sinalagmático, en el que si una parte no cumple, la otra puede resolver el contrato exigiendo la reparación de los perjuicios sufridos, con base en el art. 1124 CC

- (14) Véase A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 36-40.
- (15) A. F. GALACHO BOLAFIO, «Comentario a la STS de 29 de mayo de 2014. El contrato de cuentas en participación: naturaleza y consecuencias jurídicas de su resolución», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 97, 2015, págs. 257-275 (ed. dig. Insignis, págs. 1-11, esp. pág. 5). Añadamos que, después de publicarse este comentario, la Ley 42/2015, de 5 de octubre (BOE del 6), ha establecido que el plazo de prescripción de las acciones personales que «no tengan plazo especial» es de cinco años, en lugar de quince, con lo que esta diferencia habría desaparecido (véase su disp. final 2.ª, que da nueva redacción al art. 1964 CC, y su disp. trans. 5.ª, sobre aplicación del nuevo plazo a las obligaciones nacidas ante de la entrada en vigor de la ley).
- (16) A. F. GALACHO BOLAFIO, «Comentario a la STS de 29 de mayo de 2014. El contrato de cuentas en participación: naturaleza y consecuencias jurídicas de su resolución», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 97, 2015, págs. 257-275 (ed. dig. Insignis, págs. 1-11, esp. págs. 6-8).
- (17) A. F. GALACHO BOLAFIO, «Comentario a la STS de 29 de mayo de 2014. El contrato de cuentas en participación: naturaleza y consecuencias jurídicas de su resolución», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 97, 2015, págs. 257-275 (ed. dig. Insignis, págs. 1-11, esp. págs. 9-11).
- (18) FERNÁNDEZ NOVOA discrepa de la STS de 3 de mayo de 1960 (R. 1711) cuando esta declara que «teniendo [el contrato de cuentas en participación] naturaleza tan distinta de la sociedad, [...] es aventurado y peligroso el criterio de analogía entre ambas instituciones, debiendo, por tanto, suplirse las deficiencias del Código de Comercio por los



preceptos del Código Civil sobre comunidad de bienes, situación jurídica la más análoga a la de las cuentas», porque (observa el autor) la sentencia «incurre en evidente contradicción con su propia tesis de que las cuentas están desprovistas de un fondo común», como diferencia esencial con el contrato de sociedad. El autor añade que «el intérprete deberá suplir por vía analógica las deficiencias de la regulación legal de las cuentas en participación. La analogía ha de fundarse primordialmente en el análisis de los conflictos de intereses», proponiendo, en especial, la aplicación analógica del art. 150.2 CCom., que concede al socio comanditario la facultad de comprobar el balance y la marcha de las operaciones (mejor dicho, que el socio colectivo se lo comunique), un derecho no reconocido en el Código de Comercio español al cuentapartícipe y sí en los arts. 338 HGB y 2252 CC italiano (C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», en *RDM*, n.º 84, 1962, págs. 446-447 y nota 58).

- (19) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 119-123.
- (20) Véase A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 35-51 (sobre la evolución de la legislación comparada sobre esta figura). El contrato, de este modo, en su configuración práctica y legal, ha perdido la naturaleza de «*compagnia secreta*» o «*stille Gesellschaft*», expresión aún vigente en el HGB. Curiosamente, la regulación alemana (art. 231 HGB) y la italiana (arts. 2549, 2553 y 2554 CC italiano) permiten el pacto de exclusión de las pérdidas del partícipe (págs. 140-144, nota 129), e incluso la doctrina alemana defiende que se pueda limitar la participación tanto en las ganancias como en las pérdidas del gestor, «en supuestos en los que el partícipe sea el socio capitalista y el gestor tenga una posición aproximada a un mandatario» (sic, nota 129).
- (21) L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Escritura de constitución de una sociedad de cuentas en participación», en *RdS*, n.º 10, 1998, págs. 243-256. Esto no quiere decir que no existan precedentes de dicha terminología. Así, la encontramos en F. HERNÁNDEZ BORONDO, *Derecho Mercantil*, Ed. Reus, Madrid, 1930, pág. 433 y ss. (obra ajustada al Programa de 19 de junio de 1926 para las oposiciones a notarías determinadas), aunque niega su personalidad jurídica y la existencia de un fondo común (pág. 435).
- (22) L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Escritura de constitución de una sociedad de

cuentas en participación», en *RdS*, n.º 10, 1998, págs. 253. En el mismo sentido, FERRÉ y LEÓN SANZ admiten que «la finalidad asociativa se puede difuminar en una doble dirección [...] acentuar la función financiera (por ej., con la limitación en las pérdidas del cuentapartícipe) o intensificar la función decisoria del cuentapartícipe en la empresa, hasta el punto de llegar a asimilarse a contrato de colaboración (es decir, de “gestión”), supuestos en los que el poder de decisión se hace recaer en la persona que aporte el capital y el que asume la gestión diaria lo hace como una suerte de mandatario» («Las cuentas en participación y el concurso», en *Anuario D. Conc.*, n.º 15, 2008, pág. 18).

- (23) En especial, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación. Un ensayo de caracterización dogmática y funcional», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Justino F. Duque*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 259-313; C. PAZ-ARES, que es quien considera este contrato como «el único tipo de “sociedad interna” que conoce el Derecho Mercantil», en R. URÍA y A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Ed. Thomson Civitas, 2.ª ed., Madrid, 2006, págs. 604-608, y afirma que es una sociedad porque «basta con que la asociación tenga origen negocial, todos los socios contribuyan a la promoción del fin común y este se halle establecido en beneficio de todos ellos».
- (24) F. LEÓN SANZ y A. NAVARRO FAURE, «Las cuentas en participación», en M. Yzquierdo Tolsada, J. M. Almodí y M. Á. Martínez Lago (coord.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. VI: *Contratos de estructura asociativa o comunitaria*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, ed. dig.
- (25) LEÓN SANZ, ob. cit., pág. 13 de la versión digital.
- (26) NAVARRO FAURE, ob. cit. Con anterioridad, FERRÉ y LEÓN SANZ ya habían reconocido que el régimen fiscal de las cuentas en participación en la tributación directa era el propio de una inversión, que origina gastos deducibles en la contabilidad y tributación del gestor (IRPF o IS), y no el de una sociedad («Las cuentas en participación y el concurso», en *Anuario D. Conc.*, n.º 15, 2008, págs. 35-36).
- (27) Como hizo el Prof. GARRIGUES (en su *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, vol. I, págs. 183 y ss., y en su *Curso de Derecho Mercantil*) y han aconsejado otros tratadistas (C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», en *RDM*, n.º 84, 1962,

págs. 429 y ss.; I. BARBA DE VEGA, en A. Bercovitz (coord.), *Contratos mercantiles*, t. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2001, págs. 1505-1524, esp. pág. 1517; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Vicent Chuliá, Valencia, 1982, págs. 342-347, y ahora en *Introducción al Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Tirant lo Blanc, 23.ª ed., Valencia, 2012, págs. 1616 y ss., mientras que el contrato de sociedad se expone en el t. I, en «Derecho de Sociedades»). Especial interés tienen los trabajos dedicados por el Prof. E. LANGLE al contrato de cuentas en participación, defendiendo igualmente su carácter bilateral distinto al contrato de sociedad: «En suma, este contrato no se aproxima al de sociedad mercantil más que por el fin común de lucro que anima a las partes» (bajo el epígrafe «Instituciones afines y similares a la sociedad, que ostentan naturaleza diferente», en E. LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, págs. 369-370). Igualmente, en sus trabajos «Las cuentas en participación. Prevención contra sus peligros», en *RJLJ*, vol. X, Jul.-Ago. 1945, y «Problemas jurídicos de las asociaciones en participación», en *AAMN*, vol. II, 1950. En cambio, la posición de SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE incluyendo la materia en el Derecho de Sociedades (*Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 35.ª ed., Cizur Menor, 2013, págs. 372-378) no nos parece congruente con su pensamiento. El emplazamiento sistemático de la materia en el *Manual de Derecho Mercantil* de los Profs. M. BROSETA y F. MARTÍNEZ SANZ se explica por la incorporación por el segundo del concepto amplio de sociedad (origen negocial y fin común), sustituyendo la opinión del Prof. Broseta (*Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, 21.ª ed., Madrid, 2014, págs. 336-343, esp. págs. 339-340, afirmando que «en realidad, probablemente no se trate de posturas tan incompatibles entre sí», hasta el punto de considerar aplicable el art. 1669 CC y, con él, «las disposiciones relativas a la comunidad de bienes», añadiendo que «ello podría explicar pronunciamientos como el contenido en la STS de 3 de mayo de 1960, RJ 1711», sin hacerle a esta la menor objeción). Es más plausible el emplazamiento dado al contrato por el Prof. A. MADRID PARRA, en G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, Ed. Ariel, 8.ª ed., Barcelona, 2003, cap. 31: «Uniones y agrupaciones de empresarios y cuentas en participación», págs. 536-542, que lo define de forma sencilla como «un contrato de colaboración por el cual



una parte aporta recursos a otra que gestiona una empresa, siendo compartidos los resultados económicos de esta en los términos pactados» (pág. 537), y advierte que «no se podrán traspasar los principios básicos que inspiran la configuración legal del contrato en el Código» (pág. 539), y que «se trata de un contrato de base fiduciaria en el que el gestor debe procurar no defraudar la confianza y expectativas puestas en su buen hacer» (pág. 540), nunca mejor dicho.

Véase, en cambio, M.^a A. GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993; A. J. SERRA MALLOL, «El contrato de cuentas en participación», en *Estudios de Derecho Mercantil y del sistema financiero en homenaje a D. Juan Piquer Pascual*, Ed. Saetabis, Valencia, 1984, págs. 687 y ss.; A. J. SERRA MALLOL, *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991; F. SOLA CAÑIZARES, *El contrato de cuentas en participación en el Derecho español y en el comparado*, Ed. RDP, Madrid, 1954, inclinados por la naturaleza societaria.

- (28) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Aguirre, 6.^a ed., rev. por F. Sánchez Calero, Madrid, 1974, págs. 55-64, esp. págs. 56-57. A continuación, reseña la reiterada doctrina en tal sentido del Tribunal Supremo en sus sentencias de 8 de abril de 1897, de 19 de diciembre de 1946, de 20 de enero de 1865, de 3 de mayo de 1960 y de 30 de septiembre de 1960.
- (29) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Aguirre, 6.^a ed., rev. por F. Sánchez Calero, Madrid, 1974, págs. 60-61.
- (30) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Aguirre, 6.^a ed., rev. por F. Sánchez Calero, Madrid, 1974, págs. 63-64.
- (31) La legislación francesa es un buen ejemplo del carácter artificioso con que se quiso caracterizar las cuentas en participación en el modelo societario (para las legislaciones francesa, belga y alemana, véase A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 4-31), en el carácter ocasional o momentáneo de las operaciones y en el carácter secreto u oculto de la sociedad, que establece expresamente todavía la Ley francesa de 24 de junio de 1921, junto con la posibilidad de que exista un patrimonio común entre gestor y partícipe (págs. 7 y 9-10).
- (32) L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación. Un ensayo de caracterización dogmática y funcional», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Justino F. Duque*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pág. 268. Al

decir que actúa «por cuenta común» del gestor y del partícipe, reafirma de nuevo su convicción de que se trata de un contrato de sociedad, con su correspondiente «interés social» o «interés común de los socios». Cuando es más cierto, en nuestra opinión, que el gestor actúa siempre por cuenta propia, a su riesgo y ventura, y para obtener beneficio propio, que, no obstante, en virtud de un contrato bilateral de inversión o financiación, tendrá que compartir con el partícipe en la forma pactada.

- (33) Así, el Tribunal Supremo ha declarado que, aunque el partícipe no sea comerciante, el contrato será de cuentas en participación (y mercantil), si el gestor es comerciante —SSTS de 8 de julio de 1894, de 22 de mayo de 1987 (R. 3555), de 8 de julio de 1987 (R. 5188) y de 24 de septiembre de 1987 (R. 6193)—, y aunque el gestor no sea comerciante, si el contrato se dedica a actividades mercantiles —SSTS de 8 de julio de 1894 y de 24 de septiembre de 1987 (R. 6193). Pero si no son comerciantes ninguno de los dos, se afirma que «tenemos que realizar o bien una interpretación sistemática del artículo [239 CCom.] con apoyo en el art. 3 CC o acudir a la analogía» (A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pág. 131). Creemos que el contrato será siempre válido, con base en el principio de autonomía de la voluntad (arts. 1091, 1255 y otros CC), sea aplicable o no el Código de Comercio, y la aplicación de los arts. 239 a 243 se hará para resolver los problemas que se planteen, cuando exista identidad de razón entre aquellos y las normas generales que resultarían de aplicación al contrato, pero careciendo de las soluciones adecuadas para los problemas planteados por el contrato, por virtud del art. 4 CC.
- (34) A. F. GALACHO BOLAFIO, «Comentario a la STS de 29 de mayo de 2014. El contrato de cuentas en participación: naturaleza y consecuencias jurídicas de su resolución», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 97, 2015, págs. 257-275 (ed. dig. Insignis, págs. 1-11, esp. pág. 3), que se pronuncia contra el «planteamiento anacrónico» que mantienen las SSAP Vizcaya de 26 de enero de 2012 y Barcelona de 21 de septiembre de 2012.
- (35) Véase A. MARTÍNEZ BALMASEDA, «La atipicidad y las cuentas en participación», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 44, Ene.-Jun. 2015, donde comenta en especial la STS 253/2014, de 29 de mayo (R. 3042), que examina el alcance del pacto de devolución de las aportaciones

entregadas para promoción inmobiliaria en caso de incumplimiento. El Tribunal Supremo declara que el pacto es válido y el efecto que puede tener es convertir el contrato en un negocio atípico, y se le debe dar cumplimiento, en lugar de proceder a la liquidación de beneficios y pérdidas.

- (36) Véase el comentario crítico de C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», en *RDM*, n.º 84, 1962, pág. 429.
- (37) Remitimos a la relación de SSTS y de SSAP publicada por A. MARTÍNEZ BALMASEDA, ob. cit., págs. 278-279, que llega hasta 2010.
- (38) Véanse las observaciones de A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pág. 117.
- (39) Citadas por MARTÍNEZ BALMASEDA como sentencias que reconocen «una figura contractual» (*Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pág. 78).
- (40) Véase J. L. COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas (STS de 10 de noviembre de 1995)», en *RdS*, n.º 7, 1996, págs. 293 y ss., quien argumenta que, además de aplicar las normas de los arts. 239 y ss. CCom., habrá que aplicar las normas de la comunidad de bienes, aunque nos parece una contradicción.
- (41) Véanse los comentarios de A. F. GALACHO BOLAFIO, «Comentario a la STS de 29 de mayo de 2014. El contrato de cuentas en participación: naturaleza y consecuencias jurídicas de su resolución», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 97, 2015, con atinadas observaciones críticas sobre la sentencia (notas 15 y ss.), y de A. MARTÍNEZ BALMASEDA, «La atipicidad y las cuentas en participación», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 44, Ene.-Jun. 2015, destacando la atipicidad del pacto.
- (42) El art. 705 BGB establece que «por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a promover la realización de un fin común de la manera especificada en el contrato y, en particular, a efectuar las aportaciones acordadas» (véanse J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Ed. Girón Tena, Madrid, 1976, pág. 27, y A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pág. 24, observando que las cuentas en participación encajan perfectamente en esa definición). Todavía es más clara la definición de *sociedad simple* o *einfache Gesellschaft* en



el art. 530.1 CO suizo como «*el acuerdo voluntario de dos o más personas para la obtención de un fin común y promovido en común*» (A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 33).

- (43) L. Á. SÁNCHEZ PACHÓN, «Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 2008», en *CCJC*, n.º 80, 2009, págs. 549-570, afirma que «*la sentencia que comentamos tiene el interés de ofrecernos una apuesta clara por el carácter asociativo de la figura [...], en nuestro caso, el TS se va a situar al lado de esta corriente doctrinal que propugna el carácter societario o asociativo de las cuentas en participación. Aceptando que se trata de una fórmula asociativa...*» (págs. 9 y 12), y transcribe (aunque sin entrecomillar) la frase de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA de que «*entre la sociedad civil interna (art. 1669 CC) y las cuentas en participación no existen de suyo diferencias conceptuales relevantes, ambas se caracterizan con idénticos elementos individualizadores, diferenciándose únicamente por el modelo de operación regulado y su esfera funcional*» (pág. 13). En nuestra opinión, esto no es así, porque el art. 1669 CC remite al régimen de la sociedad, aplicando las normas de la liquidación de la comunidad de bienes, que no existe en las cuentas en participación.
- (44) F. LEÓN SANZ y A. NAVARRO FAURE, «Las cuentas en participación», en M. Yzquierdo Tolsada, J. M. Almudí y M. Á. Martínez Lago (coord.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. VI: *Contratos de estructura asociativa o comunitaria*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, cap. 5, págs. 5 y 7.
- (45) F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1991, p. 869. Por su parte, M.ª A. GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 116, para distinguirlas, junto con otras diferencias, del préstamo participativo, argumenta que el art. 926 CCom. daba al cuentapartícipe un rango inferior al de los acreedores ordinarios, aunque no explica por qué.
- (46) M. FERRÉ y F. LEÓN SANZ, «Las cuentas en participación y el concurso», en *Anuario D. Conc.*, n.º 15, 2008, partiendo de la convicción de que el contrato de cuentas en participación es un contrato de sociedad, lamentan que «*la reforma concursal no se ha ocupado de las cuentas en participación y no ha tratado los problemas específicos que se suscitan en caso de concurso [...]. La cuestión de la naturaleza asociativa de las cuentas en participación*

adquiere, tras la reforma concursal, una particular transcendencia, derivada de las deficiencias que presenta esta regulación» (pág. 3). Así, la declaración de concurso del socio gestor debiera ser causa de extinción de las cuentas en participación, como ocurre con la sociedad civil (art. 1700 CC). En cambio, dicen que «*si se siguiera el criterio jurisprudencial de que [...] tiene el carácter de una relación jurídica bilateral de cambio con una finalidad financiera, el contrato continuaría vigente después de la declaración del concurso, en tanto no se proceda a la apertura de la fase de liquidación*». Naturalmente, esto es lo que ocurrirá. Añaden el riesgo de que, antes de la declaración del concurso del gestor, haya realizado actos favorables al partícipe, dada la información que este posee, con posible implicación incluso en la insolvencia de aquel. Pero no parece que estuviera justificado un tratamiento concursal especial.

- (47) Sigue siendo innecesario que la Ley Concursal contenga un «*pronunciamiento expreso sobre si la insolvencia del gestor constituye una causa de extinción de las cuentas en participación*» (como pretende A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pág. 67). Basta aplicar el art. 61.2 LC, que establece el régimen de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, pero con facultad de la administración concursal o del concursado de solicitar la resolución, si se considera conveniente al interés del concurso (apartado modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre).
- (48) Hemos expresado siempre la convicción de que el régimen de las cuotas participativas era aplicación del contrato de cuentas en participación, en especial, a partir del dictamen que redactamos en tal sentido por encargo de la Caixa de Pensiones de Barcelona ("la Caixa"), que fue uno de los documentos que debieron de tenerse en cuenta para la redacción de la disp. adic. 12.ª de la Ley 26/1988. Uno de los puntos que más preocupaban a las cajas de ahorros era que los titulares de las cuotas (los «*cuentaparticipes*») no pudieran tener derecho a interferir en la gestión, bajo ninguna circunstancia.
- (49) Sobre esta materia, remitimos a F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, 23.ª ed., Valencia, 2012, págs. 1616-1624, esp. págs. 1619-1624.
- (50) Véase F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, 23.ª ed., Valencia, 2012, págs. 1995-2000.

- (51) Existen innumerables contestaciones en ese sentido emitidas a lo largo de los años, con carácter vinculante o no, por la Dirección General de Tributos. Valga como botón de muestra la contestación vinculante de fecha 16 de octubre de 2007, n.º V2195-07, o la más reciente de 5 de julio de 2013, n.º V2210-13.
- (52) Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Secc. 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2007.
- (53) L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación. Un ensayo de caracterización dogmática y funcional», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Justino F. Duque*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pág. 313, recuerda que la LIS 61/1978 calificó como partida no deducible en la sociedad gestora de las cuentas en participación las asignaciones pagadas al cuentapartícipe, y, como consecuencia, se producía una *doble imposición del beneficio*: en la sociedad gestora, en su integridad, y en el partícipe, en la parte a él asignada. Para resolver este problema, el art. 174 del Reglamento del Impuesto estableció que, a los efectos de la deducción por doble imposición, tendría la consideración de dividendos (entre otras) la participación en beneficios de los partícipes en cuenta. La Ley 14/1985, de régimen fiscal de determinados activos financieros, introdujo un cambio radical al calificar la contraprestación recibida por el cuentapartícipe como un rendimiento satisfecho por el gestor por la utilización de capital ajeno, por tanto, como un gasto deducible para el gestor, eliminándose así la doble imposición anterior. Tras algunos cambios legislativos, esta es la situación legal vigente.
- (54) Parece que la historia del contrato vuelve al principio. Según G. LASTIG, el contrato de cuentas en participación recibió por primera vez en los Estatutos de Bolonia de 1583 la denominación de *compagnia secreta* porque el *particeps* figuraba inscrito en los libros contables del comerciante como acreedor de una deuda (ciertamente, contingente), y no como verdadero socio («Die Stille Gesellschaft», en W. ENDEMANN, *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrecht*, t. I, Ed. Fues, Leipzig, 1881, págs. 720-722, citado por M.ª A. GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 87-88, notas 3 y 4). O quizás porque era necesario contablemente, en defensa del interés público protegido por la contabilidad, reconocerle como acreedor y no como socio.

Un caso de alodio en el siglo XXI⁽¹⁾

Carmen Tort-Martorell

Universidad Autónoma de Barcelona

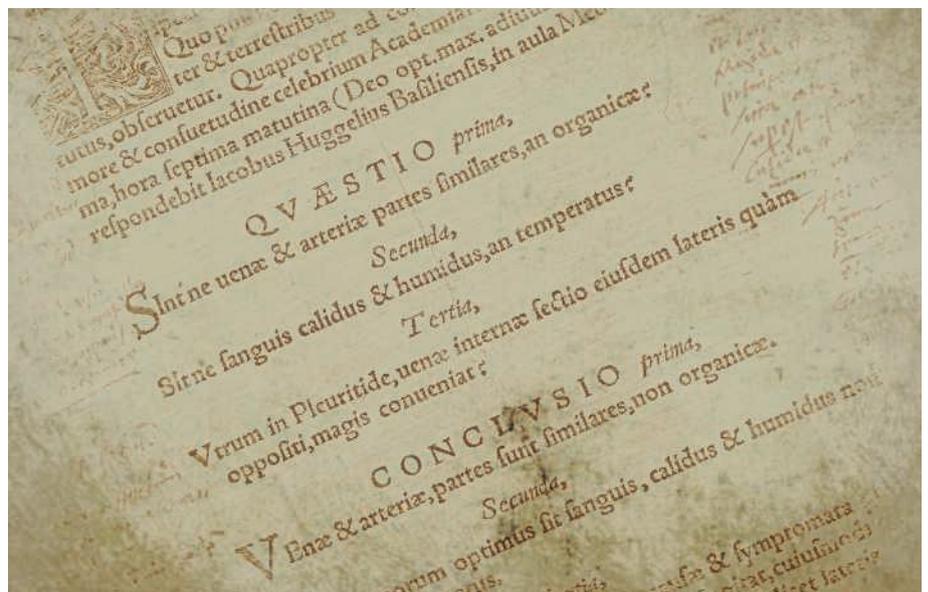
SUMARIO

- I. EL CASO
- II. EL ALODIO
- III. LA SENTENCIA
- IV. EL SIGLO XXI

I. EL CASO

«Una familia mallorquina gana el juicio a una Marquesa que quería cobrarles un impuesto del siglo XIII. El alodio es un gravamen del Derecho romano que se implantó en Mallorca».

Así titula la noticia un diario digital el pasado 28 de noviembre de 2013, dando cuenta de una Sentencia del Juzgado n.º 9 de Palma de Mallorca del 18 de octubre sobre ese especial tipo de enfiteusis, o de censo enfiteútico, que en Mallorca se conoce con el nombre de *alodio* (*alou* en catalán). Pero no es el único medio que la recoge, puesto que, con ligeras variantes pero tono similar, aparece en la mayoría de la prensa local mallorquina, en periódicos de ámbito estatal y en multitud de diarios digitales⁽²⁾. La noticia tiene todos los ingredientes necesarios para permitir un enfoque fácil y demagógico; mediante este breve comentario, pretendo hacer un análisis más repo-



sado de una sentencia que refleja la tradición secular del alodio, un tema que no es menor en Mallorca.

El caso es el siguiente: Xus Sastre y Beatriz son un joven matrimonio con dos hijos pequeños que vive en Palma de Mallorca (España). Aparecen ambos sonrientes en la fotografía que acompaña a la noticia. Él es productor musical en paro; ella, Secretaria en un hospital. La viuda de Manuel, el padre de Xus (era su segunda esposa), es usufructuaria de

una casa que pertenecía en nuda propiedad a los dos hijos de su marido, Xus y su hermano Segismundo. La casa la había construido Manuel en 1964 sobre unos terrenos en Es Pillari, en la playa de Palma, que había adquirido a Jerónimo en 1942. Hace tres años, Beatriz decidió comprar la mitad indivisa correspondiente a su cuñado, por la que pagó 90.000 euros, más unos 12.000 euros en diferentes impuestos, como puntualiza la propia entrevista. La compraventa se formalizó en mayo



FICHA TÉCNICA

Resumen: Es pretensión del presente trabajo comentar el contenido de la Sentencia del Juzgado n.º 9 de Palma de Mallorca del 18 de octubre de 2013, que en su momento tuvo su polémica a través de diferentes diarios digitales. La autora profundiza en un especial tipo de enfiteusis o de censo enfiteútico que en Mallorca se conoce con el nombre de *alodio* (*alou* en catalán).

Palabras clave: Derechos reales, enfiteusis, alodio (*alou*).

Abstract: The present article aims to comment on the content of the Ruling of Court no. 9 of Palma de Majorca of October 18, 2013, which became polemic in its day due to different digital newspapers. The author goes into detail about a special type of emphyteusis, which in Mayorca is known by the name of *alod* («alodio» in Spanish, «alou» in Catalan).

Keywords: In rem rights, emphyteusis, alod.

de 2010 y Beatriz explica: «*El Notario, cuando compramos la casa, nos avisó de que existía el alodio, pero nos dijo que no se cobraba, que no nos preocupásemos porque nadie nos lo iba reclamar*». La sorpresa surgió cuando, dos años más tarde, recibieron una carta de un bufete de abogados en la que **se exigía el pago de un laudemio de 1.800 euros en nombre de su clienta, la Marquesa de Campo Franco**⁽³⁾. Efectivamente, la escritura del inmueble a favor de los padres de Xus ya expresaba que estaba gravado por alodio a favor del tío de la actual Marquesa, un gravamen que constaba también en el Registro de la Propiedad.

Mediante este breve comentario, se analiza el contenido de una sentencia que refleja la tradición secular del alodio, un tema que no es menor en Mallorca

La explicación del caso que proporcionan los citados diarios es buena muestra del enfoque que se quiere dar a la noticia: se explica en grandes titulares que a estos jóvenes se les exige el pago de un *impuesto* feudal del siglo XIII aún vigente en Baleares, que procede del Derecho romano y permite que los descendientes de la antigua nobleza, conquistadores de la isla, puedan seguir reclamando el 2 % de cada operación de compraventa que se haga de las **que tiempo atrás fueron sus tierras**. No es una explicación jurídicamente muy ajustada, pero consigue presentar a los jóvenes protagonistas como víctimas de la Historia, de los poderosos y de los nobles.

Beatriz se negó a pagar el laudemio y la Marquesa se lo reclamó judicialmente, ac-

tuando como demandante una empresa familiar. Beatriz decidió defenderse sin asistencia de Letrado, puesto que la cantidad reclamada, inferior a 2.000 euros, lo permitía. Ambos cónyuges estudiaron y se documentaron para preparar el juicio, que se celebró el 30 de septiembre de 2013. Eran David contra el gigante Goliat, pero venció David, es decir, Beatriz. La Sentencia del Juzgado n.º 9 de Palma de Mallorca del 18 de octubre desestima la demanda, con imposición de costas a la actora, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso. La Marquesa, dicen los diarios, no ha querido hacer declaraciones.

Final feliz, pues, en el que aparentemente triunfan los argumentos de Beatriz: «*No entendíamos cómo una Marquesa nos pedía dinero por una casa que siempre había sido de nuestra familia*». Pero la sentencia no entra en el fondo del asunto, sino que únicamente estima la excepción de prescripción del laudemio, y se mantiene la inscripción registral del alodio.

La sentencia no entra en el fondo del asunto, sino que únicamente estima la excepción de prescripción del laudemio, y se mantiene la inscripción registral del alodio

Beatriz y su marido tampoco han capitulado: al día siguiente, presentaron en el Parlamento balear 12.000 firmas a favor de la abolición de la institución del alodio; las recogieron en un tiempo récord, a través de la plataforma *Change.org*. Nuevamente, las fotos en los medios de comunicación muestran al matrimonio sonriente, cargados con dos grandes cajas que contienen los datos

de todos aquellos que les apoyan; reclaman que «*cambie la ley*», al entender que «*aplicar normas del siglo XIII significa que nuestra democracia no ha sido capaz de erradicar el feudalismo*». Y es que, en palabras de Beatriz: «*Nos enteramos de que la Marquesa había inscrito su derecho de alodio después de 2010*⁽⁴⁾ *no solo de nuestra propiedad, sino de muchas más que pueden llegar a las 1.000*».

El alodio no es un tema menor en Mallorca. Ha estado presente en todos los conflictos que históricamente han enfrentado a los payeses de la isla con los representantes de la aristocracia local. Y esto hasta fechas no tan lejanas, pues el último enfrentamiento violento por esta cuestión tuvo lugar en el pueblo de Felanitx en 1958, en que «*no mancà gaire perquè la sang baixàs novament al carrer*»⁽⁵⁾. No, no es una noticia sin importancia, la que recogen los periódicos, sino una nueva muestra de este enfrentamiento secular. La transformación social de la isla y el fuerte desarrollo económico vinculado a la construcción y al turismo han desplazado el ámbito de los afectados, que ya no son solo los payeses, sino también, y principalmente, una gran cantidad de pequeños propietarios como Xus y Beatriz y grandes empresarios turísticos que han construido todos sobre tierras alodiales.

II. EL ALODIO

La conquista de Mallorca por el Rey Jaime I⁽⁶⁾ el 31 de diciembre de 1229 conlleva la implantación del Derecho catalán. El Rey reconoce formalmente la aplicación y vigencia del Derecho catalán en las islas conquistadas, pero también es importante el hecho de que la mayoría de los expedicionarios que lo acompañaron eran catalanes, y entre ellos repartió previamente las tierras en el Contrato de Conquista, datado en Barcelona el 10 de enero de 1228⁽⁷⁾. La enfiteusis se adopta entonces como sistema de explotación de las tierras conquistadas, pero la institución romana ha pasado ya un largo período de transformación por influencia de las estructuras sociales medievales. En Cataluña, la enfiteusis se refería a la concesión de tierras en arrendamiento perpetuo y hereditario vinculadas a una relación de señorío, pero en el siglo XIII el feudo ha perdido ya vigencia y las tierras se adjudican a los expedicionarios en plena propiedad. Los primeros contratos enfiteúticos que se celebran en Mallorca a raíz de la conquista se establecen sobre tierras «alodiales», es decir, libres, lo que explica que el censo enfiteútico se llame en Mallorca *censo alodial* o, simplemente, *alodio*⁽⁸⁾.



Este origen y su desarrollo posterior y autónomo en Mallorca justifican las peculiaridades del alodio mallorquín, más próximo al Derecho romano que al moderno Derecho catalán y al Código Civil español. No es lugar para exponer una evolución histórica rica y compleja, pero sí es necesario explicar sucintamente las características actuales del alodio, pues de otra manera no puede entenderse el problema que comentamos en este trabajo.

Los censos, el alodio y los demás derechos de naturaleza análoga están recogidos en los arts. 55 a 63 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares⁽⁹⁾, bajo el epígrafe «De los derechos reales». El Código Civil de Cataluña regula los censos en el Libro V, dedicado a los «Derechos reales»⁽¹⁰⁾, en el art. 565-1 a 33. Y los censos están recogidos en el Código Civil español en los arts. 1604 a 1660, en sede de «Obligaciones y contratos» (Libro IV). La primera gran diferencia es, pues, de carácter sistemático: el Derecho mallorquín y el Derecho catalán consideran que los censos son un derecho real, en lo que se encuentran más próximos al Derecho romano; para el Código Civil español, los censos son una obligación.

Pero la diferencia esencial es otra y se trata de una característica única del Derecho mallorquín, tanto frente al Derecho catalán como frente al Código Civil español, y que lo acerca considerablemente a la concepción romana de la *enfiteusis*. En el Derecho de Mallorca, el censalista, titular del dominio directo, es el propietario y poseedor civil del inmueble, con lo que el alodio es un derecho en cosa propia. El censatario o enfiteuta tiene el dominio útil, que es jurídicamente un *ius in re aliena*; está obligado al pago del laudemio, y detenta simplemente la posesión natural.

Tras ciertas vacilaciones y no pocas discusiones⁽¹¹⁾, el alodio se configura en la actualidad como una institución cercana pero distinta al censo. Así se interpretan la declaración inicial del art. 55 de la Compilación Balear, que distingue entre «los censos, el alodio y los demás derechos de naturaleza análoga»; la distinción también del art. 58, o la puntualización del art. 60 del mismo cuerpo legal, que en el primer párrafo trata de la prescripción de los censos e inicia el segundo indicando que «el alodio también se extingue por prescripción de cinco años».

Una característica del alodio es que el alodiarío no debe una prestación anual, si-



no que solo debe pagar el laudemio cada vez que la finca es objeto de una transmisión onerosa (no se debe, por tanto, en las transmisiones *mortis causa*). El laudemio se pacta en el momento de constitución del alodio, pero, si no se ha hecho, el art. 63 de la Compilación Balear establece una cuota legal del 2 % del valor de la finca⁽¹²⁾. El laudemio no tuvo significación económica hasta las grandes inversiones generadas por el turismo en la segunda mitad del siglo XX, que dinamizaron el mercado del suelo y encarecieron de forma exponencial unas tierras que apenas valían nada unos años antes. La importancia del alodio cambió al mismo ritmo: de ser un gravamen residual en terrenos rústicos de poco valor a adquirir una importancia económica sustancial, y de ser un derecho casi olvidado por los propios señores alodiales a manifestar un activo interés en su identificación y su cobro.

Una característica del alodio es que el alodiarío no debe una prestación anual, sino que solo debe pagar el laudemio cada vez que la finca es objeto de una transmisión onerosa.

No se debe, por tanto, en las transmisiones *mortis causa*

Paralelamente a este auge extraordinario del tráfico jurídico inmobiliario, se hizo urgente regular la redención del alodio⁽¹³⁾. En este punto, el laudemio es fundamental,

pues es la cantidad que se toma en consideración para calcular el importe que debe pagar el dueño útil si quiere redimir el alodio⁽¹⁴⁾. Para el dueño directo, la redención del alodio implica una verdadera expropiación; para el dueño útil, es un modo de adquirir la propiedad⁽¹⁵⁾.

III. LA SENTENCIA

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Palma de Mallorca de 18 de octubre de 2013, dictada en autos de procedimiento verbal n.º 369/2013⁽¹⁶⁾, es excepcional. Quien demanda no es el gravado, solicitando la redención o la prescripción del alodio, sino que, en este caso, la demandante es la dueña directa de la finca, que reclama a Beatriz⁽¹⁷⁾ la suma de 1.800 euros a que asciende el laudemio exigible como consecuencia de la adquisición onerosa, por su parte, de la mitad indivisa de su cuñado. Los periódicos identifican a la demandante como la Marquesa de Campo Franco, pero quien actúa es una empresa familiar llamada Roten Padura, SL⁽¹⁸⁾. Se trata de un juicio verbal en el que la demandada comparece por sí misma y sin asistencia letrada, dada la cuantía del litigio.

La Jueza indica que la demandada formula una extensa contestación a la demanda, en la que alega cuatro cuestiones:

1. Como cuestiones previas, considera que debe plantearse cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial ante



el Tribunal de Justicia Europeo, en relación con la adecuación al ordenamiento jurídico actual del derecho de alodio.

2. Alega falta de legitimación activa de la demandante, al considerar dudoso que realmente el dominio directo perteneciera en origen al Marqués y, por tanto, que lo pudiera transmitir⁽¹⁹⁾.
3. Seguidamente, Beatriz opone la prescripción «por haber transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la *Compilación Balear*».
4. Finaliza con otros argumentos que la sentencia no especifica, entre los que se encuentra el defectuoso cálculo del importe a pagar.

La sentencia es breve, pues la Jueza no entra en el fondo del asunto: no considera pertinentes las cuestiones prejudiciales, desestima la falta de legitimación de la demandante y no menciona siquiera los argumentos del punto 4. Estima la excepción de prescripción, por lo que desestima la demanda interpuesta por Roten Padura, SL y absuelve a Beatriz, impone las costas a la actora y le hace saber que no cabe recurso.

Veamos con más detenimiento los argumentos aducidos por la demandada, tal y como se recogen en la sentencia, así como los de la Juzgadora.

1. La cuestión de la inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad la sustenta la demandada en las opiniones

de ciertos autores⁽²⁰⁾ que sostienen que el alodio es contrario al art. 33 de la Constitución Española, cuando dice: «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Hay juristas que defienden que el alodio no cumple la función social a la que se refiere el texto de la norma fundamental, por lo que podría llegar a considerarse inconstitucional. Es un argumento débil, que la Jueza no valora, por lo que considera que no se da el supuesto de hecho del art. 163⁽²¹⁾ de la propia Constitución, que justificaría elevar consulta al Tribunal Constitucional.

Tampoco estima la Juzgadora que la vigencia de los alodios atente contra el principio de libre circulación de bienes que inspira el Derecho comunitario, pues es un hecho notorio que en Mallorca se producen multitud de transmisiones de fincas gravadas con alodios y censos, sin que estos gravámenes impidan las enajenaciones. A continuación, sin embargo, la Jueza hace un comentario que contradice directamente su argumentación; lo transcribo literalmente: «Debe tenerse en cuenta que en la práctica totalidad de los casos se trata de derechos reales cuya última inscripción data —a lo sumo— de mediados del siglo pasado y que no han sido reclamados por los titulares del dominio directo desde tiempo inmemorial». No es este el caso que nos ocupa, por lo que es un argumento extem-

poráneo y que se presta a interpretaciones contrarias al propio argumento de la Jueza.

2. La falta de legitimación de la actora

En cuanto a la falta de legitimación de la actora, no constan en la sentencia las razones que aduce la demandada para justificar su alegación⁽²²⁾, pero la Jueza aduce como hecho incontrovertido la constancia registral del alodio en cuestión a favor de la demandante, que la Marquesa había adquirido a su vez por vía hereditaria de su anterior titular (y suponemos que había transmitido posteriormente a la mercantil Roten Padura, SL). Y aquí es la propia Jueza quien recurre a la Constitución, invocando su art. 9.3⁽²³⁾ y alegando que sería contrario a la seguridad jurídica poner en duda la titularidad actual de la demandante por hechos relativos a negocios jurídicos de siglos atrás realizados por los anteriores titulares del derecho, sin que le sea exigible a la actora la acreditación de todas y cada una de las transmisiones habidas del alodio.

3. La excepción de la prescripción

La Jueza valora la excepción de la prescripción a partir del art. 60 de la *Compilación Balear*, que hace constar íntegra y literalmente en la sentencia. Seguimos su ejemplo:

Art. 60. Los censos se extinguen por prescripción de cinco años, que se computarán desde el pago de la última pensión. La prescripción también afecta a las pensiones, que solo podrán reclamarse respecto de los últimos tres años.

El alodio también se extingue por prescripción de cinco años, que se contarán desde la inscripción en le Registro de la Propiedad de la última transmisión onerosa del dominio útil de la finca, y, en su defecto, desde que el dueño directo hubiese tenido conocimiento de la misma, sin que durante dicho plazo se haya reclamado o pagado el laudemio o efectuado acto alguno de reconocimiento.

La posibilidad de prescripción de censos y alodios es una novedad de la *Compilación de 1990*, ya que hasta entonces eran imprescriptibles. Surge como compromiso entre aquellos que pretendían directamente la supresión de censos y alodios y los que defendían su mantenimiento por razones históricas, económicas y políticas⁽²⁴⁾. Y pre-





tende favorecer la extinción, de forma paulatina, de aquellos que se hallen inactivos.

La posibilidad de prescripción de censos y alodios es una novedad de la Compilación de 1990, ya que hasta entonces eran imprescriptibles. Surge como compromiso entre aquellos que pretendían directamente la supresión de censos y alodios y los que defendían su mantenimiento por razones históricas, económicas y políticas

El problema que se planteó con la entrada en vigor de esta nueva disposición fue su aplicación a los censos y alodios constituidos con anterioridad a la misma, dado que se invocaba el art. 2.3 del Código Civil español, que establece la irretroactividad de las leyes. Zanjó el tema la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (STSJB) de 11 de octubre de 2001, alegada explícitamente por la Jueza para justificar su decisión. Esta sentencia considera que resulta posible declarar prescritos censos y alodios anteriores a la entrada en vigor de la nueva Compilación con arreglo a la disposición transitoria 4.ª del Código Civil⁽²⁵⁾, que se aplica en materia de derecho intertemporal en defecto de normas específicas. La Jueza transcribe en su sentencia el siguiente párrafo de la STSJB:

... y así como las acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes de regir la nueva ley subsisten con la extensión y en los términos en que los reconocía la legislación precedente, en recta manifestación del principio de irretroactividad, el ejercicio y duración de los mismos se regulan, en cambio, por la ley nueva, con lo que, en estos extremos, se dota a la norma nueva de una eficacia retroactiva en grado mínimo o débil...

Admitida, pues, para la extinción por prescripción del alodio, el plazo de cinco años debe contarse desde que se inscriba en el Registro de la Propiedad la última transmisión del dominio útil, sin perjuicio de que el plazo se pueda interrumpir por algún acto de reconocimiento de la carga.

En el caso que nos ocupa, la última transmisión del dominio útil se produjo el 9 de abril de 1942, mediante compraventa otorgada por Jerónimo a favor de los padres de Xus, Manuel

y Mari Trini; la sentencia indica el número de registro de la finca, pero no menciona si en esa transmisión se pagó el laudemio, dato irrelevante para el cómputo de la prescripción; desde entonces, la finca solo se ha transmitido por vía hereditaria entre familiares, por lo que no correspondía el pago de laudemio. Sí hace constar la Jueza que en la escritura pública de compraventa del 12 de mayo de 2010, causante del pleito, la finca consta gravada con alodio o dominio directo a favor de Casiano y que en la actualidad pertenece a la actora por aceptación de la herencia de este.

Es importante remarcar que esta compraventa se produjo un mes antes de la aprobación de la ley que obligaba a la reinscripción de los alodios: la Ley 3/2010, de 7 de junio, de constatación de censos y alodios⁽²⁶⁾, que obliga a sus titulares con derechos inscritos en el Registro de la Propiedad a reinscribirlos, comunicando a este organismo, en el plazo de cinco años, aquellos que les pertenezcan. Es por ello que el caso debe valorarse únicamente a partir del art. 60 de la Compilación, como hace la Jueza.

La sentencia estima la prescripción del alodio, por lo que no ha lugar el cobro del laudemio, con base en los siguientes argumentos:

- a) Desde la entrada en vigor de la Compilación Balear de 1990, han transcurrido más de cinco años.
- b) En ese período, no ha existido ningún acto de reconocimiento del alodio.
- c) La última transmisión onerosa del dominio útil de la finca se produjo el 9 de abril de 1942.

Si admitimos la doctrina de la STSJB de 11 de octubre de 2001, como hace la Jueza al transcribir incluso el párrafo indicado anteriormente, no es necesario aducir que han transcurrido más de cinco años desde la entrada en vigor de la Compilación Balear. Basta con que la última transmisión onerosa del dominio útil de la finca fuera en 1942 (con lo que, evidentemente, han pasado más de cinco años) y que no haya habido acto alguno de reconocimiento del alodio.

La Marquesa (o la mercantil titular del alodio) no había podido reinscribir el alodio, ya que la compraventa que ha generado la reclamación del laudemio se celebró en mayo de 2010 y la ley que obliga a reinscribirlo para su reconocimiento es de junio de 2010, un mes posterior. Ciertamente, cuando

la sentencia indica que no ha habido acto alguno de reconocimiento por parte de la actora, no puede referirse a la aplicación de una ley que aún no se había promulgado.

4. El cálculo incorrecto del laudemio

La demandada alega que no se ha hecho correctamente el cálculo del laudemio exigido por la actora. Respecto de este, como de otros argumentos que menciona la sentencia sin concretarlos, la Jueza no hace comentario alguno; ha estimado ya la prescripción y, por tanto, no los considera pertinentes. Mas el cálculo del laudemio no es un tema fácil, si no se ha fijado de común acuerdo en el momento de constitución del alodio. Está regulado en el art. 63 de la Compilación Balear, con referencia a la redención del alodio, y es un aspecto que ha generado grandes discusiones⁽²⁷⁾. A falta de acuerdo, como ha de ser en este caso, se calcula aplicando el 2 % al valor de la finca.

Pero se ha discutido tanto sobre el tipo como sobre la base a la que se debe aplicar, que es también problemática: ¿cuál es el valor de la finca? La discusión generada por la regulación de la Compilación de 1961⁽²⁸⁾ se saldó con la aprobación de la Ley de Modificación del art. 63 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares de 11 de abril de 1985, que en su único artículo dejó claro que en la valoración no debía computarse el valor de las edificaciones y mejoras que el dueño útil pudiera haber hecho sobre la finca, norma acogida en el art. 63 de la actual Compilación de 1991. No sabemos cómo había calculado la actora el laudemio, pero, en este caso, podía exigir el 2 % del valor del terreno, pero no el 2 % del precio de la compraventa, en el que se contabilizaba también la casa (la nuda propiedad del 50 %), construida con posterioridad a la constitución del alodio.

La sentencia acaba considerando que «debe estimarse la excepción de prescripción del alodio, por lo que no ha lugar el cobro del derecho de laudemio», y el fallo desestima la demanda de la actora, con expresa imposición de costas y haciéndole saber que contra la resolución no cabe recurso, por lo que es ya sentencia firme.

El alodio está prescrito, pero Beatriz ha manifestado que no se ha cancelado su inscripción en el Registro de la Propiedad. Todo indica que la Marquesa inscribió su derecho de alodio sobre la finca inmediatamente después de la aprobación de la Ley



de Constatación de Censos y Alodios (junio de 2010), promulgada un mes más tarde de la compraventa de Beatriz del 50 % de la nuda propiedad (mayo de 2010), pero antes de la sentencia (octubre de 2013).

IV. EL SIGLO XXI

La realidad social es cambiante, pero la evolución de Mallorca durante el siglo XX ha sido especialmente rápida y radical. A principios de siglo, se trataba de una isla poco y mal comunicada con el exterior, con una población autóctona dedicada a labores agrícolas; las tierras válidas para ese trabajo eran las del interior, que se reservaban para el hijo mayor, dejando a los segundones «las rocas» de la costa, sin valor alguno. En este contexto, semejante en muchos aspectos al de siglos atrás, el alodio y los censos mantenían su función. La transformación de la isla se inició en los años cincuenta, propiciada por el turismo: apertura al mundo, mejora de las comunicaciones y un cambio radical de la economía, en la que los propietarios de «las rocas» hicieron grandes fortunas con negocios inmobiliarios y turísticos.

El proceso de recopilación del Derecho Civil especial de Baleares⁽²⁹⁾ ha ido en paralelo a esta transformación social y económica de las islas. Arranca en 1880, con la *Memoria sobre las instituciones de Derecho Civil de Baleares* de Ripoll i Palou, que da pie a la primera propuesta de proyecto de Apéndice de 1903, seguida de otras; en 1930, se aprueba el Proyecto de Apéndice al Código Civil español. Ya enmarcada en el plan de compilaciones, en 1961 se aprueba la Compilación del Derecho Civil Especial de las Islas Baleares, sustituida por el vigente Texto Refundido de 1990.

Se ha adoptado una vía intermedia mediante la prescripción del art. 60 de la Compilación de 1990 y la nueva Ley 3/2010, de constatación de censos y alodios, que ha de llevar a su extinción gradual y progresiva, aceptándose la incongruencia de esta institución con la economía y la sociedad actuales

El alodio ha estado presente en todos y cada uno de los proyectos, apéndices y compilaciones, con regímenes muy dife-

rentes y un alcance diverso de su normativa reguladora. Las posiciones se han ido radicalizando, a favor y, sobre todo, en contra, al mismo ritmo que el crecimiento económico. En contra, los que la consideran una institución medieval, difícilmente justificable en la actualidad y que solo provoca problemas y retrasos en el tráfico jurídico. A favor, los que lo defienden como un rasgo propio del Derecho histórico mallorquín y los que subrayan que ha posibilitado, hasta épocas muy recientes, que gente con pocos recursos pudiera disponer de unas tierras como si fueran suyas, con la única carga de entregar al dueño directo un pequeño margen del beneficio de cada transmisión.

El legislador balear ha optado por una vía intermedia, mediante la prescripción del art. 60 de la Compilación de 1990 y la nueva Ley 3/2010, de 7 de junio, de constatación de censos y alodios, que ha de llevar a su extinción gradual y progresiva, aceptando implícitamente la incongruencia de esta institución con la economía y la sociedad actuales.

(1) El presente trabajo forma parte del libro *Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 2014, con motivo de su jubilación como *Regius Professor* de la Universidad de Oxford. Reproduzco a continuación sus comentarios, de indudable interés: «*During the holidays I read your contribution on the allodial right and I enjoyed it greatly. It is remarkable how such a right can survive. In the Netherlands there is something similar. In the 13th century, the bishop of Utrecht issued tracts of swamp land to individuals. In compensation for the investments, they had to make to drain the land they were granted the right of the thirteenth penny on the sales price every time the land was sold. When in the middle of the 19th century the seigneurial rights were abolished, the litmus test was: did you pay for your right or not? If not, it was seigneurial/feudal and was abolished. If the first person entitled had paid, it stayed on, because otherwise it would be an expropriation, which could only take place if in the public interest, and had to be compensated. So nowadays still people are surprised by a claim or the 13th penny, and the only discussion is whether it is one-thirteenth or one-twelfth. The Mallorquin couple was lucky because the prescription just worked here for them. But one might also argue that with the abolition of feudality the rights connected with it (income in exchange for knightly service in time*

of war) were abolished too, and that this cannot be an expropriation since nothing was paid for it. Many thanks for your wonderful contribution! The comparison with the Utrecht case makes it very actual».

- (2) El titular corresponde al diario digital *20minutos.es* del día 28 de noviembre de 2013, medio por el cual conocí la noticia, pero se recoge también el mismo día en *El País.com*, *ElMundo.es*, *ElConfidencial.com*, *ElEspectador.com*, *ElUniversal.mx*, *Mallorcaactual.com* y *UltimaHora.es*; al día siguiente, aparece en *DiariodeMallorca.es*; el día 20 se había publicado en *Noticias.com* y *Actualidadaruna.com*, y el 22 había aparecido en *Gentedigital.es*. La mayoría reproduce el mismo texto con pocas variantes e incluye fotografías del matrimonio, en este caso diferentes en cada medio. Probablemente la relación de diarios no sea completa, pero da una idea de la repercusión y el interés que ha despertado el caso. Las frases entrecuilladas del texto, atribuidas a Beatriz, están tomadas de *20minutos.es*.
- (3) El Marquesado de Campo Franco fue creado por Felipe V el 27 de agosto de 1718; la actual Marquesa lo es desde el 26 de junio de 2012.
- (4) La Ley 3/2010, de 7 de junio, de constatación de censos y alodios, obliga a los titulares de censos y alodios inscritos en el Registro de la Propiedad a comunicar a este organismo, en el plazo de cinco años, aquellos que les pertenezcan.
- (5) M.-À. MAS COLOM y A. PLANAS DE OLEZA, *L'alou i la seva reforma*, Ed. IEB, Palma de Mallorca, 1990, pág. 25; cita sobre este punto el estudio de J. MELIÀ, *El Dret Civil de les Illes*, Ed. Ciutat de Mallorca, Palma de Mallorca 1967.
- (6) Jaime I de Aragón nació en Montpellier (Francia) en 1208, hijo de Pedro II el Católico, Rey de Aragón y Conde de Barcelona, y de María de Montpellier. Fue Rey de Aragón y Conde de Barcelona (1213-1276), Señor de Montpellier (1219-1276), Rey de Mallorca (1229-1276) y Rey de Valencia (1239-1276).
- (7) Sobre la formación del Derecho de Mallorca en materia de enfiteusis, vid. E. LALAGUNA, *La enfiteusis en el Derecho Civil de Baleares*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, págs. 47-71.
- (8) LALAGUNA, *op. cit.*, págs. 42-44, donde explica también la etimología de la palabra alodio.
- (9) Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, que modifica la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares aprobada por la Ley 5/1961, de 19 de abril.



- (10) Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.
- (11) MAS COLOM y PLANAS DE OLEZA, *op. cit.*, págs. 31-32, exponen lo esencial de esta discusión. Debe tenerse en cuenta que el principal autor contrario a considerar el alodio como una institución autónoma, LALAGUNA, estudia la Compilación Balear de 1961.
T. MIR DE LA FUENTE, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2000, pág. 1017, es taxativo comentando el art. 55 de la actual Compilación Balear (1990): «Se distingue el alodio de los censos. De lo que se desprende que, para el legislador, censo enfiteútico o alodial y alodio son instituciones distintas».
- (12) El tipo fijado por Justiniano y aplicado en las *Partidas*; así se recoge en el Código Civil español, figuraba en la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 1961 y se mantiene en el art. 565-17 del actual Código Civil de Cataluña.
- (13) MIR DE LA FUENTE, *op. cit.*, págs. 1101-1137: interesante y extenso comentario al art. 63 de la Compilación Balear.
- (14) El art. 63 establece que el dueño útil puede redimir el alodio en cualquier momento, ofreciendo al dueño directo el pago de un laudemio y dos tercios de laudemio. En su estimación, no se computará el valor de las mejoras introducidas o edificaciones realizadas con posterioridad a la fecha del título constitutivo. La Compilación Balear de 1961 consideraba que sí debían computar las mejoras a efectos de fijar el valor de la finca, pero su aplicación práctica generó tales conflictos tras el fuerte incremento de precios del mercado inmobiliario, que tuvo que promulgarse la Ley de Modificación del art. 63 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares de 11 de abril de 1985, con un único artículo que simplemente introducía el *no* antes de «se computará el valor de las mejoras». Como explican MAS COLOM y PLANAS DE OLEZA, *op. cit.*, pág. 50, «un simple *no* ha provocat més literatura jurídica que tots els drets reals mallorquins junts».
- (15) LALAGUNA, *op. cit.*, págs. 105-106; MAS COLOM y PLANAS DE OLEZA, *op. cit.*, pág. 49.
- (16) Id. Cendoj: 07040420092013100001.
- (17) En la sentencia, a Beatriz se la llama «Sra. Eugenia»; desconocemos su nombre completo (¿Eugenia Beatriz?), que no publican los periódicos citados en la nota 1.
- (18) Recoge los apellidos de la Marquesa y de su antecesor en el título, según publica el BOE de 26 de junio de 2012: «Título de Marqués de Campo Franco. Visto lo preveni-

do en el Real Decreto de 27 de mayo de 1912, oída la Diputación de la Grandeza de España, de conformidad con el informe emitido por la Subsecretaría de este Departamento y de acuerdo con el Consejo de Estado, este Ministerio, en nombre de S. M. el Rey, ha tenido a bien disponer que, previo pago del impuesto correspondiente, se expida, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Campo Franco a favor de doña María Almudena de Padura y España, por fallecimiento de don Juan Miguel Roten y Sureda».

- (19) En el diario digital 20minutos.es, Beatriz manifiesta: «Todo se basaba en una nota registral de 1905 que decía que se reservaba el dominio directo al Marqués, si resultara pertenecerle. ¿Y si no le hubiera pertenecido ya ni en el pasado?».
- (20) MAS COLOM y PLANAS DE OLEZA, *op. cit.*, pág. 69.
- (21) Art. 163 de la Constitución Española: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».
- (22) Las publica uno de los diarios digitales citados, pero no podemos tomarlas en consideración en el comentario de la sentencia.
- (23) Art. 9.3 de la Constitución Española: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».
- (24) MIR DE LA FUENTE, *op. cit.*, págs. 1059-1084.
- (25) Disposición Transitoria 4.ª del Código Civil español: «Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y estos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros».
- (26) «Artículo único: 1. Todos los titulares de censos y alodios inscritos en el Registro de la Propiedad, cualquiera que sea su clase,

comunicarán a este órgano aquellos que les pertenezcan, en el plazo de cinco años computables desde la entrada en vigor de esta ley. 2. Esta comunicación se realizará mediante instancia dirigida al Registro de la Propiedad correspondiente, suscrita por el titular, en la que se identifiquen estos derechos y las fincas gravadas con los censos y alodios mencionados, y en la que se solicite la práctica de la nota marginal correspondiente que exprese su vigencia. En caso de que el suscriptor de la instancia no sea el titular registral del censo o alodio de que se trate, deberá presentar los correspondientes títulos acreditativos de su derecho de inscripción del censo o alodio. Para que el Registrador practique la nota marginal expresiva de la vigencia del alodio o censo, será necesario que la instancia señalada en el párrafo anterior se acompañe de los documentos o elementos de prueba que acrediten fehacientemente que el promotor de la comunicación de vigencia del alodio o censo ha puesto en conocimiento de los demás titulares de derechos inscritos sobre la finca gravada con el citado censo o alodio su intención de declarar la vigencia del mismo. 3. Transcurrido el plazo indicado de cinco años sin que conste la vigencia de los censos o alodios en los términos expresados, quedarán extinguidos y podrán cancelarse a instancia del censatario o titular del dominio útil, de conformidad con la legislación hipotecaria. 4. Todo lo dispuesto en los apartados anteriores no impide la aplicación de las reglas que sobre la prescripción se establecen en la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears».

- (27) Vid. nota 13.
- (28) LALAGUNA, *op. cit.*, págs. 100-102, exponen el cambio de criterio en este punto entre el Proyecto de Apéndice de 1930 y el texto final de la Compilación de 1961, a partir de la distinta idea acerca de la naturaleza del alodio que inspira a uno y otro texto.
- (29) El proceso compilatorio de los diversos derechos forales y especiales de España ha tenido dos fases. La primera pretendía recogerlos como apéndices al Código Civil español, según establece la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, pero fracasó por la resistencia de las regiones, que lo vieron como una mengua de su especialidad. La segunda fase arranca con el Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1946 y propone un plan de compilaciones especiales para cada territorio. Una exposición detallada de los distintos proyectos, en J. HERNÁNDEZ-CANUT, «La Compilación del Derecho Civil Especial de las Islas Baleares», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 14, n.º 3, 1961, págs. 659-690.

La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España

Un estudio desde la función del notario en el contrato de gestación por sustitución

Lorena Sales Pallarés

Doctora

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ¿CÓMO HEMOS LLEGADO A ESTO? LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: DESDE EL CASO O HASTA AYER
- III. POSICIONES ENCONTRADAS Y ENFRENTADAS
- IV. EL NOTARIO COMO PIEZA CENTRAL DEL NUEVO PARADIGMA
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Las leyes nacen a golpe de realidad (al menos, la mayor parte de las veces). El Derecho surge de la necesidad de regular una situación social que o bien nunca se había tenido que regular, o bien se había hecho de un modo muy distinto. Tal vez estamos en ese momento justo, tratando de crear un punto de inflexión jurídico y obligar al legislador a dotar de trascendencia jurídica una realidad social como es la maternidad gestacional subrogada o gestación de sustitución⁽¹⁾.



Ser padres en este siglo XXI nunca ha sido más fácil y más difícil (al menos, en España). Incapaz de adaptarse a esta evolución que a pocos cupo imaginar y prever en su amplitud y velocidad, el actual Derecho de Familia se ha hecho ilegible, y la respuesta del legislador español ha sido diversa y dispersa, como bien ha señalado BLANCO-MORALES LIMONES⁽²⁾.

La maternidad ha supuesto, legalmente hablando, una pieza angular del Derecho de Familia. A pesar de los avances de la ciencia en el campo de la reproducción humana asistida, como así lo atestigua la Ley 14/2006, de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA)⁽³⁾, un principio sigue inmutable en nuestro Derecho: *mater semper certa est*. Aunque eso



empieza a cuestionarse cada vez desde más frentes.

La figura del Notario aparece como eje principal, en el sentido de que la regulación de la maternidad, a través de un contrato de gestación por sustitución, se haría vía notarial, con lo que será el Notario quien controle el proceso y las garantías frente a todas las partes

Y, dentro de este planteamiento, la figura del Notario aparece como eje principal, en el sentido de que la regulación de la maternidad, a través de un contrato de gestación por sustitución, se haría vía notarial, con lo que será el Notario quien controle el proceso y las garantías frente a todas las partes. Con independencia de si finalmente la iniciativa legislativa popular (en adelante, ILP) sale adelante, vamos a detenernos a analizar, desde la función que debiera realizar el Notario, este hipotético contrato. Al hilo de ello, también plantearemos la cuestión de cómo hay que proteger a las partes de este contrato, y, en este sentido, parece evidente que es preciso llevar a cabo una reforma legislativa para que los derechos de todas las partes implicadas en un contrato de gestación por sustitución queden garantizados, fundamentalmente los del niño, el cual, sin ser parte del mismo, es su principal efecto⁽⁴⁾.

II. ¿CÓMO HEMOS LLEGADO A ESTO? LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: DESDE EL CASO O HASTA AYER

Antes de entrar en la cuestión principal, es conveniente, para entender el motivo por el cual surge esta ILP, conocer la realidad a la que se enfrentan quienes han concebido a sus hijos mediante la maternidad subrogada.

A pesar de lo que se pueda creer, al menos desde un punto de vista jurídico, es ilusorio pensar que la vida familiar es hoy en día menos institucional que en el pasado⁽⁵⁾. Indiferente a los avances en derechos y garantías, en biología o reproducción humana asistida, la creación de una familia sigue pasando por lo que para el legislador es o debe ser⁽⁶⁾. Y ello implica incluso seguir discutiendo la noción de *familia* o quiénes y cómo pueden formarla⁽⁷⁾.

FICHA TÉCNICA



Resumen: Según las agencias de gestación subrogada que funcionan en España, unas 1.800 parejas optaron durante el año 2015 por la opción de la gestación por subrogación para traer al mundo a sus hijos. La legislación y la jurisprudencia andan divididas sobre este tema. Mientras persiste la prohibición a la luz de la interpretación y extensión extraterritorial del art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la introducción del orden público internacional, la jurisprudencia se encontró en 2014 con dos sentencias del TEDH (*caso Mennesson c. France* y *caso Labassée c. France*) que caminan en sentido contrario. Ante esta situación, se publicó una iniciativa legislativa popular para regular la gestación por subrogación en España. En ella se propone regular esta figura contractual en España garantizando los derechos de todas las partes intervinientes en el proceso, haciendo recaer esta función en la figura del Notario. Este artículo tiene, por tanto, como objeto analizar esta tutela notarial del contrato de gestación por subrogación. Se estudiará si las funciones propias del Notario hacen posible esta propuesta o si habría que realizar cambios, bien en la propuesta de ley, bien en las funciones notariales.

Palabras clave: Técnicas de reproducción asistida, gestación por subrogación, funciones notariales.

Abstract: According to the surrogate gestation agencies operating in Spain, in 2015 some 1,800 couples opted for the surrogate gestation option in order to bring their children into the world. The legislation and the caselaw are divided on this matter. Whilst the prohibition persists in accordance with the interpretation and extra-territorial extension of art. 10 of the Law on Assisted Human Reproduction Techniques and the introduction of the international public order, in 2014 the caselaw was faced with two judgments of the ECHR (*Mennesson v. France* and *Labassée v. France*) which take the opposite view. In view of this situation, a people's legislative initiative was published to govern surrogate gestation in Spain. It proposes to regulate this contractual arrangement in Spain, safeguarding the rights of all of the parties involved in the process, with this function being performed by a Notary Public. The aim of this article is therefore to examine this notarial monitoring of the surrogate gestation contract. It will examine whether or not the powers notaries have are sufficient for this proposal, or whether changes will be needed, either to the draft bill or to notarial powers.

Keywords: Assisted reproduction techniques, surrogate gestation, notarial powers. Doctrina.

En este sentido, el que hemos denominado *caso O*⁽⁸⁾ supuso el inicio, al propiciar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 18 de febrero de 2009⁽⁹⁾, en la que se estimó el recurso interpuesto por un matrimonio de varones español que tuvo a sus hijos gemelos a través de gestación por sustitución en California, frente a la negativa del encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles de inscribir a los niños en el Registro Civil español, por considerar que la gestación por sustitución, medio por el que se intuía que habían nacido, pues en el acta de nacimiento de los menores constaban los dos como padres, sin aportar resolución de adopción, contrariaba el orden público internacional español, aludiendo al art. 10.1 LTRHA⁽¹⁰⁾.

Estimado, pues, el recurso e inscritos los menores como hijos del matrimonio, el Ministerio Fiscal impugnó esta Resolución, que terminó siendo anulada por la Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia⁽¹¹⁾, y confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia el 23 de noviembre de 2011⁽¹²⁾. La DGRN publicaba en octubre de 2010⁽¹³⁾ otra Ins-

trucción intentando revertir la situación así creada. Recurrida ante el Tribunal Supremo, este confirmó la no inscripción de los menores el 6 de febrero de 2014⁽¹⁴⁾, resolución que recurrieron los padres, obteniendo mediante Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015⁽¹⁵⁾ una nueva negativa a inscribir la filiación derivada del convenio de gestación por sustitución, de manera que, para formalizar la relación jurídica de filiación, solo podrán acudir a la acción de reclamación de la paternidad biológica (ex art. 10.3 LTRHA) o a la institución de la adopción⁽¹⁶⁾.

Ni siquiera la doctrina del TEDH⁽¹⁷⁾, aunque el espejismo casi fue real, ha hecho cambiar esto, ya que este Auto sostiene que la interpretación mantenida a lo largo del discurrir del *caso O* no vulnera derechos fundamentales en el sentido que los ha interpretado el TEDH y, por tanto, la STS protege adecuadamente el interés de los menores y la unidad familiar en la que puedan estar integrados.

No es momento ni lugar para entrar a valorar el Auto del Tribunal Supremo⁽¹⁸⁾, sino para poner en evidencia que, con es-



te panorama, en España es de todo punto imposible inscribir a un menor nacido por contrato de gestación subrogada.

Por si este panorama no era ya de por sí poco alentador, y como bien señala DURÁN AYAGO, el Consejo de Ministros aprobaba en junio de 2014 un Proyecto de Reforma de la Ley 20/2011, del Registro Civil⁽¹⁹⁾, que ponía las cosas más difíciles para estos casos. Retirada la enmienda⁽²⁰⁾ (aunque debido en buena medida a la interpretación que el Tribunal Supremo realizó de las sentencias del TEDH), en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, desapareció toda mención a la gestación por sustitución⁽²¹⁾.

Es difícil saber qué pasará mañana, vista la maraña judicial del tema; incluso es difícil saber hoy mismo en qué punto se encuentra el debate⁽²²⁾, razón por la cual hemos preferido escenificar este decorado que justifica la necesidad de una ILP curándonos en salud y presentar la cronología desde el caso 0 hasta «ayer».

III. POSICIONES ENCONTRADAS Y ENFRENTADAS

Es de todo punto innecesario reiterar los encendidos debates que la maternidad subrogada ha generado. Puntos en los que sentirse identificado con los partidarios y con los detractores podríamos encontrar todos, tanto en un debate jurídico como en uno bioético o médico⁽²³⁾. Alejándonos de las posturas más beligerantes de ambas posiciones, podemos llegar a una conclusión simple: la prohibición legal vigente en España no ha hecho que los españoles que necesitan recurrir a esta técnica de reproducción asistida⁽²⁴⁾ dejen de hacerlo⁽²⁵⁾, por

lo que habrá que buscar una solución para esos menores, hijos de españoles, que se encuentran en este limbo jurídico.

La solución pasa por dar validez a las inscripciones realizadas en el extranjero, si son de un Estado donde esta práctica está regulada, y permitir su entrada en el Registro Civil español, o por regular estos contratos en nuestro ordenamiento

Si la prohibición no es la respuesta (y no lo es, vistos los hechos expuestos en apartados precedentes), la solución pasa simplemente por dar validez a las inscripciones realizadas en el extranjero, si son de un Estado donde esta práctica está regulada⁽²⁶⁾, y, por tanto, permitir la entrada en el Registro Civil español a estos menores sin reexaminar la determinación de su filiación, o por regular sustantivamente estos contratos en nuestro ordenamiento jurídico.

No es descabellado dar entrada a esta figura, ya que, en el ámbito europeo, tanto Reino Unido⁽²⁷⁾ como Grecia⁽²⁸⁾ tienen contemplada la misma⁽²⁹⁾. Hemos de reconocer, sin embargo, que en Francia también hubo intensos debates sobre la posibilidad de su legalización con ocasión de la reforma de las leyes sobre bioética⁽³⁰⁾. Si bien en un primer momento se emitió un informe positivo y se propuso ante el Senado un reconocimiento de esta realidad⁽³¹⁾, tras dos años de intensos debates, el Proyecto de Ley fue objeto de discusión por la Asamblea Nacional, aprobándose sin levantar la prohibición de la gestación subrogada en Francia. Aunque la revisión de las leyes de bioética es obli-

gatoria cada cinco años, a fin de adaptar el Derecho a la evolución de la ciencia y de la sociedad, no se prevé ningún cambio sustancial sobre esta materia.

Así las cosas, no parece descabellado plantear una regulación de la materia toda vez que, incluso en el plano internacional, la propia Conferencia de La Haya lleva desde el año 2010 recabando información para la elaboración de un texto multilateral que aborde las cuestiones de la filiación y la maternidad subrogada⁽³²⁾.

IV. EL NOTARIO COMO PIEZA CENTRAL DEL NUEVO PARADIGMA

En febrero de 2013, la Asociación por la Gestación Subrogada en España tomaba la iniciativa y presentaba una ILP para regular en España la maternidad subrogada⁽³³⁾. No es esta, sin embargo, la primera vez que se propone una ley reguladora del convenio de gestación por sustitución⁽³⁴⁾, aunque sí es la primera vez que la propuesta trasciende la doctrina para buscar desde la sociedad civil una respuesta legal al limbo jurídico en que se mantienen los menores así concebidos.

Apuntaba VELA SÁNCHEZ que, a falta de regulación positiva, «la solución legislativa provisional sería la de introducir una enmienda al Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en el sentido de recoger expresamente el reconocimiento de la filiación jurídica derivada de resolución judicial extranjera, respetándose la identidad del menor y la de los padres que constan en la partida de nacimiento del país donde nació»⁽³⁵⁾.

Podría haber sido, efectivamente, la solución, aunque fuera transitoria, pero, con la publicación de la Ley 19/2015, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil⁽³⁶⁾, esta posibilidad queda cerrada, ya que, aunque modifica algunos artículos de la LTRHA⁽³⁷⁾ y del Código Civil, nada se ha hecho para solucionar el problema del reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada, al mantener el art. 10 intacto y no introducir en apartado alguno ninguna salvedad⁽³⁸⁾.

Viendo, por tanto, cercenada esa posibilidad, queda volver la mirada hacia las propuestas que doctrina y ciudadanía nos presentan. Tenemos ante nosotros, pues, dos



textos que trataremos de desgarnar siguiendo la estela de la figura notarial⁽³⁹⁾, aunque, antes de eso, reflexionaremos brevemente sobre el alcance y el significado de optar por la figura del Notario en este contexto.

Supeditar el control de la redacción y firma de un contrato a la figura del Notario no debería sorprender a nadie, ya que la función notarial encuentra su fundamento en la seguridad jurídica que proporciona, siendo así su fundamento más firme y directo⁽⁴⁰⁾. El Notario en el siglo XXI no es un mero redactor de documentos, sino que estamos ante cualificados profesionales que, además de garantes de la seguridad jurídica, controlan la legalidad de lo que por sus manos pasa e informan a los otorgantes, sobre todo a la parte contractual más débil, del contenido del contrato de que se trate. Esto es, en el contrato de maternidad subrogada, controlan los requisitos legalmente establecidos, protegiendo a la parte débil explicando de modo claro y razonado las consecuencias y efectos de la firma del contrato.

Ahora bien, no estamos ante cualquier contrato, ni por el objeto, ni por los efectos que va a desplegar frente a las partes y terceros. Es más, una parte fundamental del contrato ni siquiera es parte en él, en el sentido de que el objeto del contrato, el menor gestado en la madre subrogada, no forma parte del contrato, sino que es tan solo la consecuencia y efecto del mismo. Tal vez por esto no debiera alertarnos la no injerencia judicial, en el sentido de la no intervención judicial en el procedimiento de firma del contrato. Si bien es cierto que, en el panorama jurídico al que estamos acostumbrados, la presencia de un Juez (o un Fiscal) es inherente en la medida que hay un menor en presencia, no lo es menos que en esta tipología contractual no hay menor alguno. Por tanto, optar por un sistema judicial al estilo de la legislación californiana no es necesario, pudiendo ejercer las funciones de garante de los derechos de las partes el Notario.

Centrándonos en todo caso en lo que nos ocupa, esto es, en desarrollar brevemente las funciones que llevarían a cabo los notarios en el contrato de maternidad subrogada, la propuesta doctrinal se inicia con el concepto de *convenio de gestación por sustitución* (art. 1), donde se determina que «es un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial [...]»⁽⁴¹⁾.

Considera este autor fundamental la intervención del Notario no solo como fedatario de la seguridad jurídica y garantía de las partes, sino que considera que su intervención, aunque sea veladamente, obedece a las directrices que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 marcó⁽⁴²⁾, y que, recordemos, mantienen su vigencia, a pesar de los avatares jurisprudenciales⁽⁴³⁾. Es cierto que en ningún momento la Instrucción hace alusión alguna a esta circunstancia⁽⁴⁴⁾, en el sentido de que no entra en la valoración formal del contrato formalizado en el extranjero. Sin embargo, y partiendo del hecho de que nos encontramos ante un contrato de especial trascendencia jurídica por el objeto y los intereses en juego, debería exigirse en España la escritura pública notarial⁽⁴⁵⁾. Abunda en este sentido el art. 2, bajo la rúbrica «Forma del convenio de gestación por sustitución y obligaciones del Notario interviniente»⁽⁴⁶⁾.

Optar por un sistema judicial al estilo de la legislación californiana no es necesario, pues las funciones de garante de los derechos de las partes las realizaría, obviamente, el Notario

Con esto, conseguiríamos un doble objetivo: por un lado, aliviar el colapso judicial, al no exigirse la intervención judicial en la elaboración y firma del contrato, y, por otro, garantizar para todas las partes implicadas las debidas garantías.

Por su parte, la ILP contempla, en su art. 1.2, letra d)⁽⁴⁷⁾, en relación con el art. 6⁽⁴⁸⁾, la misma provisión, de modo que el contrato de gestación por subrogación se otorgará ante Notario. La ILP aprovecha para fijar los requisitos legales del contrato⁽⁴⁹⁾, así como todas las circunstancias a las que el Notario ha de atender.

Pocas diferencias hay entre ambas propuestas, ya que las dos coinciden en apostar por la intervención del Notario y porque sea este quien, de acuerdo con la legislación notarial vigente, constata todas las circunstancias y requisitos exigidos a las partes, todo ello garantizado con su intervención como fedatario público. En este extremo, la propuesta doctrinal sí explicita⁽⁵⁰⁾ la obligatoriedad de dar fe pública de la aceptación libre y consciente de la mujer gestante al contrato gestacional celebrado, junto con la obligación de requerir

(y entendemos que verificar) la aportación de los certificados médicos legalmente exigibles.

En este punto sí hay una notable diferencia, en el sentido de que, mientras la propuesta doctrinal exige al Notario interviniente la constancia de una certificación médica que confirme la imposibilidad de gestación por la comitente⁽⁵¹⁾, la ILP⁽⁵²⁾ se muestra más laxa y solo exige que se hayan agotado o que sean incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida.

Matices al margen, la dificultad para el Notario va a ser la misma, ya que, en todo caso, la comprobación de que se cumple con el presupuesto contractual primordial de infecundidad queda en manos de terceros (especialistas independientes), con pocas posibilidades por su parte de hacer una mera comprobación documental. Tal vez, y enlazando con las obligaciones de los centros de reproducción asistida⁽⁵³⁾, aunque pensando en la determinación y el alcance legal del material genético aportado por los comitentes, podría exigirse a los centros (¿homologados tal vez?) que lleven a cabo contratos de maternidad subrogada que también tuvieran que expedir los correspondientes certificados médicos aclaratorios de la infecundidad de la comitente.

En este punto, la ILP prevé la creación de un Registro de Gestación por Subrogación a nivel nacional⁽⁵⁴⁾, de modo que, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, permitiera⁽⁵⁵⁾ el registro administrativo de aquellas mujeres que desearan ser gestantes por subrogación. También se encargaría, en una sección específica, de registrar los contratos de gestación por subrogación que se otorgaran.

La idea sería ofrecer la posibilidad a los progenitores subrogantes de poder dirigirse al Registro para que este les facilitara la identidad de una persona idónea que desee ser mujer gestante por subrogación, previa autorización expresa de esta

La idea sería ofrecer la posibilidad a los progenitores subrogantes de poder dirigirse al Registro para que este les facilitara la identidad de una persona idónea que desee ser mujer gestante por subrogación, previa autorización expresa de esta.



Este planteamiento requeriría un reglamento que desarrollara los requisitos para la inscripción en este Registro de las mujeres que quisieran ser gestantes por subrogación, así como el órgano público encargado de supervisar su estricto cumplimiento.

Además, este Registro debería estar siempre en conexión con el Notariado⁽⁵⁶⁾, pues a este cuerpo corresponde, como ya se ha indicado anteriormente, la intervención en la celebración del convenio gestacional y la comprobación rigurosa de los presupuestos legalmente fijados.

V. CONCLUSIONES

Pocas conclusiones quedan por develar, ya que, desde el inicio, todo impele hacia la necesidad de legislar, de acomodar un marco normativo a una realidad que salpica ya no a famosos cantantes o estrellas de cine, sino a individuos anónimos y particulares que intentan hacer tangible el derecho a formar una familia. Es importante, antes de empezar este debate, volver la vista atrás, reflexionar teniendo en cuenta que *todos estamos potencialmente sometidos a las carencias y contradicciones de una regulación de la familia que, pese a haber repudiado enérgicamente la aciaga época del estigma a las madres solteras y los bastardos, tiene ante sí la ingente tarea de instituir un derecho de la filiación a la vez común y pluralista*⁽⁵⁷⁾.

Quiero acabar recordando que quienes impulsan la ILP, lo hacen por un solo motivo: porque anhelan ser padres o madres. Cual-

quier esfuerzo que dediquemos cada uno de nosotros, desde nuestras modestas posiciones, para contribuir a una reflexión renovada sobre las relaciones entre las ciencias y el Derecho no debería ser desoído.

La figura del Notario es piedra angular desde cualquiera de las dos propuestas que hemos comentado. Se erige en garante y defensor de los derechos en lid, al tiempo que permite una flexibilidad y cercanía que no trasluce de la Judicatura. Quedan, en todo caso, muchas cuestiones sobre las que reflexionar al hilo de estos contratos, de los que esperemos podamos seguir hablando.

- (1) Como pone de relieve B. SOUTO GALVÁN, «Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho», en *Foro*, n.º 1/2005, págs. 275-292, ni siquiera existe un consenso sobre la denominación de esta práctica, y aunque la mayoría de la doctrina ha optado por el término *maternidad subrogada*, es más correcta la de *gestación de sustitución*, ya que es la que se adecúa más a la realidad que comprende. A pesar de estar de acuerdo con la autora, en nuestro trabajo utilizaremos predominantemente el término *maternidad subrogada* por ser el de uso más habitual.
- (2) P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto», en *Bitácora Millennium DIPr. Derecho Internacional Privado*, n.º 1, 2015, págs. 1-16, en concreto, p. 4, accesible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>.
- (3) Sin querer ser exhaustivos sobre los debates que suscitó esta ley, pueden verse: J. A. SOUTO PAZ, «El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida», en A. DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, págs. 187-196; M. J. COLLADO NUÑO, «La nueva ley de reproducción asistida humana: aspectos civiles», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 11, 2006 (ejemplar dedicado a *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*), págs. 125-180; J. A. COBACHO GÓMEZ (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007; F. LLEDÓ YAGÜE (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

- (4) A. DURÁN AYAGO, «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015», en *Bitácora Millennium DIPr. Derecho Internacional Privado*, n.º 2, 2015, págs. 50-63, en concreto, p. 63, accesible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>.
- (5) Como bien señala BLANCO-MORALES LIMONES, «Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión...», *op. cit.*, pág. 2.
- (6) Observa críticamente BLANCO-MORALES LIMONES, «Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión...», *op. cit.*, pág. 13, que, aunque el legislador español modificó el Código Civil en 2005 para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, *falta el coraje necesario para asumir los cambios sociales que introdujo* (la cursiva es nuestra). De hecho, solo un año después de esta reforma del Código Civil, en 2006, vio la luz la LTRHA, donde se impuso la prohibición de estos contratos ex art. 10 (vid. M.ª P. FERRER VANRELL, «La prohibición de la "maternidad subrogada" del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Especial referencia al "acuerdo de gestación" prestado por pareja homosexual», en J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. M.ª MOLINER NAVARRO (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Laguna Domínguez*, vol. 1, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2008, págs. 461-476), cercenando indirectamente la posibilidad de ser padres biológicos a los matrimonios compuestos por dos varones.
- (7) L. SALES PALLARÉS, «La adopción internacional por parejas del mismo sexo: reflexiones desde el Derecho Internacional Privado», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (ed.), *La obra jurídica del Consejo de Europa. En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, Ed. Gandulfo, Sevilla, 2010, págs. 580 y ss.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia», en A. MANGAS MARTÍN y L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Ed. Fundación BBVA, Bilbao, 2008, págs. 244-255; J. M. VELÁZQUEZ GARDETA, «El derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia. Una perspectiva actual dados los recientes cambios sociales y legislativos», en *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español – Europar Batasunaren oinarriko eskubideen gutuna eta bere islada espainiar ordenamen-*



- du juridikoan, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 177-192.
- (8) Nos referimos al caso 0 no porque con anterioridad no se hayan dado supuestos de maternidad subrogada, sino porque es a raíz de este caso cuando la DGRN, con una Resolución y una Instrucción, puso en la palestra el tema. Sobre este caso, vid. L. SALES PALLARÉS, «La determinación de la filiación de los menores concebidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», en M. GISBERT POMATA y A. SERRANO MOLINA (coord.), *Retos de la Abogacía ante la sociedad global*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, págs. 1731-1744.
- (9) Se puede consultar la misma en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338959779?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones_de_07-01-2009_a_28-02-2009.PDF&blobheadervalue2=1288774538248, págs. 372 y ss.; también en RJ 2009, 1735. Sobre esta Resolución, pueden consultarse, entre otros, los siguientes comentarios: A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, Oct. 2009, págs. 294-319; E. FARNÓS AMORÓS, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1/2010, págs. 1-25; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3/2009, págs. 1-41; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 2, 2014, págs. 147-174.
- (10) El recurrente artículo recoge la prohibición expresa por el legislador español de estos contratos en los siguientes términos: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero» (art. 10.1).
- (11) SJPI Valencia (RJ 2010, 25). Vid. J. R. de VERDA Y BEAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, n.º 7501, 2010.
- (12) SAP Valencia (RJ 2011, 5738). Vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011)», en *Diario La Ley*, n.º 7815, 2012.
- (13) El 7 de octubre de 2010 se publicó en el BOE la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dictada después de que el Juzgado de Valencia dejara sin efectos la inscripción en el Registro Civil, declarando que la maternidad subrogada está prohibida taxativamente por la legislación española ex art. 10.1 LTRHA. En principio, se pretendía dar seguridad jurídica para que los menores así nacidos tuvieran acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores fuera de nacionalidad española. Al mismo tiempo, se trataba de impedir que la inscripción registral otorgara una apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores, además de evitar la vulneración del derecho del menor a conocer su origen biológico. De los requisitos de esta Instrucción se ocupan: M.ª del R. DÍAZ ROMERO, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, n.º 7527, 2010; VERDA Y BEAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución...», *op. cit.*, págs. 6-8. Asimismo, se refieren a la normativa contenida en esta Instrucción: A. J. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 7608, 2011; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, págs. 247-262.
- (14) STS (RJ 2014, 247). Sobre esta Sentencia, vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo (de nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014)», en *Diario La Ley*, n.º 8309, 2014; L. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 18, 2014 (ejemplar dedicado a *Las fronteras del Derecho Biosanitario*), págs. 289-329; A. PANIZA FULLANA, «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», en *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 2, n.º 1, 2014, págs. 59-67; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ y D. CARRIZO AGUADO, «Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?», *La Notaria*, n.º 2/2014, págs. 59-75; A. DURÁN AYAGO, «Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ STS 247/2014). Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España», en *Ars Juris Salmanticensis*, vol. 2, n.º 2, 2014, págs. 277-279; P. BLANCO-MORALES LIMONES y A. DURÁN AYAGO, «La cara y la cruz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 sobre gestación por sustitución», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 881, 2014, pág. 2; BLANCO-MORALES LIMONES, «Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión...», *op. cit.*; E. CORRAL GARCÍA, «Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 744, 2014, págs. 1910-1923; I. HEREDIA CERVANTES, «Sentencia de 6 de febrero de 2014. Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 96, 2014, págs. 177-214; M. A. PRESNO LINERA y P. JIMÉNEZ BLANCO, «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 51, 2014, págs. 9-44.
- (15) ATS (RJ 2015, 335). Sobre este Auto, vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, «Erre que erre, el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución (a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015)», en *Diario La Ley*, n.º 8600, 2015; DURÁN AYAGO, «Una encrucijada judicial...», *op. cit.*, págs. 50 y ss.; P. A. de MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea», publicado en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>; C. VAQUERO LÓPEZ, «La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH (comentario del ATS de 2 de febrero de 2015)», en *Aranzadi Civil*, n.º 982,



2015; H. FULCHIRON y C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Algunas reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (sentencias *Labassée* y *Menesson* de 26 de junio de 2014)», en *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 2, n.º 3, 2015, págs. 67-108.

- (16) Los recurrentes plantearon ante el Tribunal Constitucional un recurso al fallo sin que tengamos conocimiento a día de hoy de la admisión del mismo. Para una visión global de todo este *iter* judicial, puede consultarse el trabajo de A. DURÁN AYAGO, «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 12, 2012, págs. 265-308.
- (17) Nos referimos a las SSTEDH de 26 de junio de 2014 sobre los asuntos *Menesson c. Francia* (n.º 65192/11) y *Labassée c. Francia* (n.º 65941/11). Ambas sentencias se pueden consultar en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179> y <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180>, respectivamente. Sobre estas, pueden consultarse los siguientes comentarios: A. DURÁN AYAGO, «Nota a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassée c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014: interés superior del menor y gestación por sustitución», en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, n.º 2, 2014, págs. 280-282; A. DURÁN AYAGO, «Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Menesson* y *Labassée*, dictadas el 26 de junio de 2014», publicado en <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>; E. LAMM, «Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto», en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, n.º 2, 2014, págs. 43-50; S. ROURA, «Nota de urgencia sobre las decisiones en los casos *Menesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*, de 26 de junio de 2014», publicado en <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>; A. J. VELA SÁNCHEZ, «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución "pueden" ser inscritos en el Registro Civil español (a propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014)», en *Diario La Ley*, n.º 8415, 2014.
- (18) Para ello, consideramos imprescindible la lectura en este sentido de DURÁN AYAGO, «Una encrucijada judicial...», *op. cit.*, págs. 55 y ss.

- (19) Puede consultarse el texto en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-101-1.pdf, y el trabajo comentando el texto realizado por A. DURÁN AYAGO, «Valoración del proyecto presentado por el Gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada», publicado en <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>.
- (20) Puede consultarse una narración más completa de los hechos en A. DURÁN AYAGO, «Gestación por sustitución. Y de repente el PSE...», publicado en <http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/01/gestacion-por-sustitucion-y-de-repente-el-psoe/>.
- (21) BOE n.º 167, de 14 de julio de 2015.
- (22) Ilustra muy bien esta situación DURÁN AYAGO, «Una encrucijada judicial...», *op. cit.*, pág. 62, nota 27.
- (23) Un buen reflejo de esto puede verse en SOUTO GALVÁN, «Aproximación al estudio de la gestación por sustitución...», *op. cit.*, pág. 279 y, sobre todo, págs. 283 y ss., donde reflexiona sobre el debate ético-jurídico de esta figura.
- (24) Vid. en el mismo sentido J. FLORES RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco», en *La Ley. Derecho de Familia*, 14 Jul. 2014.
- (25) Según las agencias de gestación subrogada que funcionan en España, unas 1.800 parejas optaron durante el año 2015 por la opción de la gestación por subrogación para traer al mundo a sus hijos: http://politica.elpais.com/politica/2015/01/24/actualidad/1422116335_391939.html.
- (26) Lo que es una solución a medias, ya que razones económicas impulsan a realizar estos contratos en estados donde existe un vacío legal (como la India, por ejemplo), por lo que quedarían de nuevo al margen de solución alguna. En este sentido, vid. VELA SÁNCHEZ, «Soluciones prácticas para la eficacia en España...», *op. cit.*
- (27) Desde 1985, con la *Surrogacy Arrangements Act 1985*, de 16 de julio, modificada por la Ley de 1 de noviembre de 1990, existe regulación para estos contratos. En el año 2008 se produjo una modificación sobre la *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, en vigor desde abril de 2009, de modo que se extendió la posibilidad de esta práctica a las parejas civiles homosexuales y se añadió la exigencia de la domiciliación de al menos uno de los padres en el Reino Unido.
- (28) Grecia representa el modelo más restrictivo de legislación permisiva, esto es, admitiendo la gestación por sustitución, es con diferencia uno de los países más restrictivos en cuanto a su acceso. La primera regulación se hizo vía art. 1458 del Código Civil griego, introducido por el

- art. 8 de la Ley 3089/2002, de 19 de diciembre, sobre la reproducción humana asistida, en donde se establecía que: «[L]a transferencia de óvulos fecundados a otra mujer y la gestación por esta está permitida mediante una autorización judicial emitida antes de la transferencia, existiendo un acuerdo escrito y sin ningún beneficio económico entre las partes implicadas, es decir, entre las personas que desean tener un hijo y la madre subrogada y, en caso de que esta última esté casada, también por su marido. La autorización judicial es emitida tras la solicitud de la mujer que quiere tener un hijo, siempre que pruebe que es médicamente incapaz de concebir, además del hecho de que la madre subrogada se encuentra en buen estado de salud y es capaz de concebir». Una modificación posterior del art. 1464 del Código Civil griego consagró el principio de prevalencia de la verdad biológica para los casos de maternidad subrogada, estableciendo que «en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño». Tres años más tarde, la Ley 3305/2005, de aplicación de la reproducción médica asistida, introducía más requisitos que habían de producirse para celebrar de forma lícita el proceso, así como las sanciones penales que se establecían para los casos de subrogación que no respetaran lo fijado en los anteriores preceptos.
- (29) De igual manera, Suecia admite la maternidad subrogada siempre que no exista remuneración económica, de modo que, para sancionar la celebración de un convenio de maternidad subrogada oneroso, prohíbe a la madre que pagó los servicios adoptar con posterioridad al menor nacido, aun cuando este sea genéticamente de dicha madre (Ley 1140/1984, de 20 de diciembre, en vigor desde el 1 de marzo de 1985).
- (30) *Loi n° 2004-800, du 6 août 2004, relative à la bioéthique*, que se puede consultar en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000441469>.
- (31) En este texto se consideraba que la práctica de la maternidad subrogada «podía ser legalizada solo como instrumento al servicio de la lucha contra la esterilidad, con el mismo título que otras técnicas de asistencia médica a la procreación». Puede consultarse en: <http://www.senat.fr/leg/pp109-234.html>.
- (32) El seguimiento de los trabajos sobre *Les questions de Droit International Privé concernant le Statut des Enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère internatio-*



- nal, de la Conferencia de La Haya, pueden consultarse en: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178.
- (33) Toda la información sobre la Asociación es accesible en: <http://gestacionsubrogadaenespana.es>.
- (34) En este sentido, debe consultarse A. J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012, donde expone y propone (págs. 67 y ss.) un marco legal para el convenio de gestación por sustitución. De este mismo autor, también: «Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España», en *Diario La Ley*, n.º 8457, 2015; «Soluciones prácticas para la eficacia en España...», *op. cit.*; «Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España», en *Diario La Ley*, n.º 7621, 2011; «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 7608, 2011; «Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico», en *Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, n.º 53, 2011, págs. 67-86.
- (35) VELA SÁNCHEZ, «Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación...», *op. cit.*, pág. 2.
- (36) Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE de 14 de julio de 2015).
- (37) La disposición final 5.ª modifica los arts. 7.3, 8.2 y 9.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, a partir del 15 de octubre de 2015.
- (38) Como ya señalaba F. Garau Juaneda, cuando comentó la publicación de la ley, en: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/07/boe-de-1472015-la-reforma-semanal-de-la.html>.
- (39) Para hacer más sencilla la comparación, atenderemos solo al texto de la ILP y a la propuesta del Profesor VELA SÁNCHEZ anteriormente mencionada, que citaremos como *propuesta doctrinal*.
- (40) M.ª L. LARA ORTIZ, *Derecho Notarial para Registros*, Ed. RN, s. l., 2009, pág. 5.
- (41) VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: estudio ante un...*, *op. cit.*, pág. 127, en relación con las págs. 74 y ss. La cursiva es nuestra.
- (42) *Vid.* nota 13.
- (43) La DGRN emitió un Informe el pasado 11 de julio de 2014, en relación con el régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución, y tras la STS de 6 de febrero de 2014, que rechazaba dicha inscripción, estableciendo que «en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los registros civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello».
- (44) Las únicas menciones que realiza sobre las posibles formalidades contractuales podemos encontrarlas en la Exposición de Motivos, donde se refiere al «cumplimiento de los requisitos de perfección» del contrato, y en la Directriz Primera, apdo. 3.a), donde se exige la «autenticidad formal [...] de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado».
- (45) Estamos totalmente de acuerdo con VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: estudio...*, *op. cit.*, pág. 77, de quien tomamos la idea.
- (46) Art. 2 propuesta doctrinal, «Forma del convenio de gestación por sustitución y obligaciones del notario interviniente»: «1. El convenio de gestación por sustitución se formalizará en documento público notarial, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante generado mediante inseminación artificial. 2. El Notario interviniente deberá constatar el cumplimiento de todos los presupuestos y recabará todas las certificaciones legalmente establecidas».
- (47) Art. 1.2, letra d) ILP: «[...] se entiende por: d) Contrato de gestación por subrogación. Documento público por el que una pareja —formada por personas de igual o diferente sexo— o una persona acuerdan o acuerda con una mujer que esta será la gestante por subrogación».
- (48) Art. 6 ILP, «El contrato de gestación por subrogación»: «1. La mujer gestante por subrogación y el progenitor o progenitores subrogantes deberán otorgar ante Notario —con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida— el contrato de gestación por subrogación, redactado con sujeción a la presente Ley y al que necesariamente se anexará el justificante de la inscripción de la mujer gestante por subrogación en el Registro. También, antes de cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato deberá ser presentado ante el Registro Nacional de Gestación por Subrogación».
- (49) Art. 6 *in fine* ILP: «El contrato de gestación por subrogación contendrá, como mínimo, las siguientes previsiones: a) Compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación y forma y modo de percepción. b) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán. c) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto. d) Designación de tutor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 223 del Código Civil. e) Detalles del seguro al que hace referencia el artículo 3.5 de la presente Ley».
- (50) Art. 3 propuesta doctrinal, «Consentimiento e irrevocabilidad»: «1. El Notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación».
- (51) Art. 4 propuesta doctrinal, «Presupuestos exigibles a los padres o madres intervinientes»: «2. Respecto de la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse, mediante certificación médica expedida por dos especialistas independientes, la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño».
- (52) Art. 2 ILP, «Condiciones personales de la aplicación de la técnica»: «2. El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida».
- (53) Art. 14 propuesta doctrinal, «Obligaciones y responsabilidades»: «2. En su caso, deberán expedir certificación de la aportación de material reproductor del comitente o comitentes y trasladarla al Notario autorizante del convenio para su verificación e incorporación al mismo».
- (54) Art. 11 ILP.
- (55) En realidad, el texto de la ILP va más allá del mero registro y plantea (art. 11.1 *in fine*) que «en cualquier caso, para suscribir en calidad de mujer gestante por subrogación un contrato de gestación subrogada, será condición estar inscrita en el Registro».
- (56) El desarrollo reglamentario de la ILP tendría que ir encaminado precisamente a este fin: determinar las funciones y relaciones que entre Registro y Notariado deberían establecerse. Cabe tener en cuenta también que, junto con la distribución de tareas y obligaciones entre estos órganos, debiera garantizarse la protección de los derechos de todas las partes implicadas. Y, posiblemente, esta sea la parte más difícil: encontrar el justo equilibrio para todos los implicados.
- (57) BLANCO-MORALES LIMONES, «Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión...», *op. cit.*, pág. 16. La cursiva es nuestra.

La Ley 13/2015 y por qué algunos técnicos nos empeñamos en hablar de precisión

Carmen Femenia-Ribera^{(1), (2)} y Gaspar Mora-Navarro⁽¹⁾

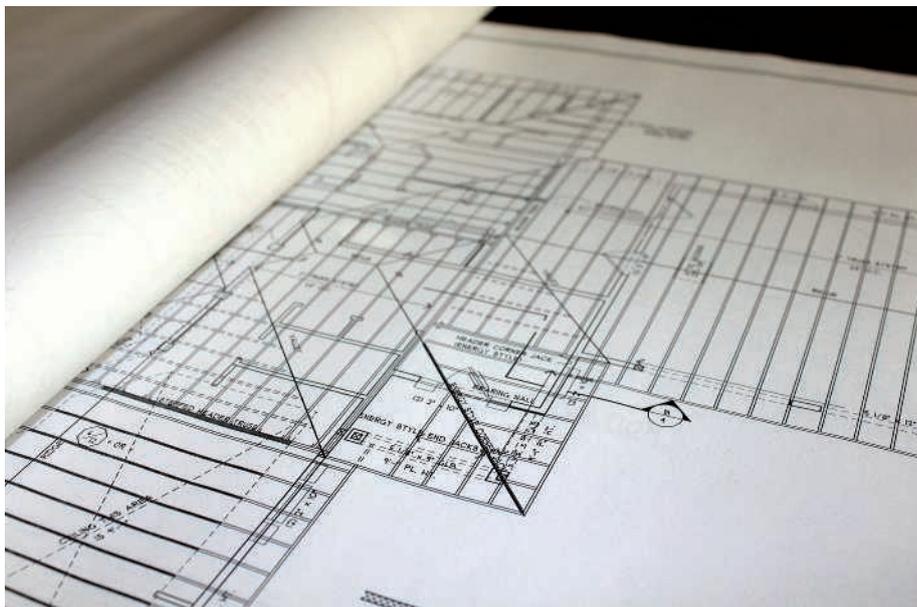
SUMARIO

- I. LA LEY 13/2015, SOBRE COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO, Y SUS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS
- II. LA PRECISIÓN Y EL TÉCNICO COMPETENTE
- III. EL LEVANTAMIENTO TOPOGRÁFICO FRENTE A LA ORTOFOTO
- IV. LA PRECISIÓN MÉTRICA: UNA VALIOSA APORTACIÓN DEL TÉCNICO QUE AUMENTA LA SEGURIDAD
- V. CONCLUSIONES

I. LA LEY 13/2015, SOBRE COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO, Y SUS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

La Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley del Catastro, que entró en

- (1) *Ingenieros técnicos en Topografía. Doctores ingenieros en Geodesia y Cartografía. Profesores del Departamento de Ingeniería Cartográfica, Geodesia y Fotogrametría de la Universidad Politécnica de Valencia.*
- (2) *Miembro de la Mesa de la Propiedad del Colegio Oficial de Ingeniería Geomática y Topográfica.*



vigor el 1 de noviembre de 2015 (a partir de ahora, Ley 13/2015), dio lugar a dos resoluciones conjuntas (llamadas así en adelante):

- La Resolución conjunta de 29 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad.

- La Resolución conjunta 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.

Desde su entrada en vigor, se ha hablado y escrito sobre muchos aspectos de



la misma, fundamentalmente desde un punto de vista jurídico y de interpretación de sus distintos artículos. En revistas notariales, hay varios artículos que hablan de ello, como son: en *La Notaria*, los de Víctor Esquirol (2015, n.º 3), Antonio Longo (2015, n.º 3) y César Belda (2015, n.º 2); en la revista *El Notario del Siglo XXI*, los de Pablo Puyal (2016, n.º 68), César Sanz (2016, n.º 68 y 65), Ricardo Rodríguez (2016, n.º 66), Efrén Díaz (2013, n.º 51), Antonio Jiménez (2011, n.º 39, y 2010, n.º 32), Amalia Velasco (2011, n.º 39), Carlos Marín (2011, n.º 39) y Luis María de la Higuera (2011, n.º 39), y en la *Revista Jurídica del Notariado*, los de Carlos Marín (2010, n.º 73, 74, 75 y 76) y José Javier Castiella (2001, n.º 38).

Las resoluciones conjuntas han sido calificadas por muchos juristas como muy técnicas, pues se detallan en ellas muchos aspectos técnicos de intercambio de información gráfica y de modo telemático entre notarios, registradores y Catastro

Las resoluciones conjuntas han sido calificadas por muchos juristas como muy técnicas, pues se detallan en ellas muchos aspectos técnicos de intercambio de información gráfica y de modo telemático entre notarios, registradores y Catastro, donde la información geográfica es fundamental. Por ello, es necesario conocer conceptos topográficos y geomáticos asociados que son de más difícil comprensión, como son la georreferenciación, las coordenadas geográficas o los ficheros *gml*.

En el apartado séptimo de ambas resoluciones conjuntas es donde se detallan los requisitos técnicos que ha de cumplir la descripción gráfica de las fincas-parcelas a inscribir en el Registro o a rectificar en Catastro: «Séptimo. Requisitos que han de cumplir la descripción técnica y la representación gráfica alternativa de las fincas que se aporten al Registro de la Propiedad» y «Séptimo. Especificaciones técnicas que ha de cumplir la descripción gráfica de las parcelas para la incorporación de alteraciones en la cartografía catastral para su rectificación». Con títulos diferentes, pero con requisitos casi idénticos.

FICHA TÉCNICA



Resumen: Coinciden muchos juristas en que la Ley 13/2015 y sus resoluciones posteriores son muy técnicas y, por ello, un tanto complejas para los que no suelen utilizar y manejar determinados conceptos topográficos y geomáticos, como pueden ser la georreferenciación o los ficheros *gml*. Desde un punto de vista jurídico, mucho se ha escrito al respecto, pero, desde un punto de vista más técnico, se ha debatido poco. Por ello, queremos explicar y argumentar en este artículo por qué nos empeñamos en tratar el tema de la precisión métrica, sobre todo porque consideramos que la precisión es una valiosa aportación del técnico que permite aumentar la seguridad en el tráfico inmobiliario y puede ayudar a los juristas a tomar las mejores decisiones.

Palabras clave: Coordinación Catastro-Registro, representación gráfica georreferenciada, precisión, técnicos.

Abstract: Many lawyers agree the Law 13/2015 and its subsequent resolutions are very technical, and hence somewhat complex for those not accustomed to use and handle certain topographic and geomatic concepts such as for example georeferenciation or *gml* archives. From the legal standpoint, much has been written on this topic, but from a more technical perspective, there has been little debate. Hence we explain and argue in this article why we insist on discussing the topic of metric precision, especially because we consider that precision is a valuable technical contribution that allows us to increase the security of real estate traffic, and can help jurists make better decisions.

Keywords: Coordination cadastre-register, geo-referenced graphic representation, precision, technicians.

En la Ley 13/2015 se habla de *representación gráfica georreferenciada* (RGG) cuando dicha representación coincide con la cartografía catastral, siempre dentro de un margen de tolerancia (10 % de diferencia en la superficie). En este caso, se toma como válida la cartografía catastral para la coordinación, y aquí básicamente termina el papel del técnico.

En la Ley 13/2015 se habla de *representación gráfica georreferenciada* cuando dicha representación coincide con la cartografía catastral, siempre dentro de un margen de tolerancia (10 % de diferencia en la superficie)

Pero cuando la RGG no coincide con el Catastro, o bien cuando se produce alguna alteración del territorio (segregaciones, agregaciones, expropiaciones, deslindes, concentración parcelaria, reparcelación...), se habla de *representación gráfica georreferenciada alternativa* (RGA). Aquí es donde entran en juego los aspectos más técnicos de la ley, tal y como indican Carmen FEMENIA, Gaspar MORA y Antonio BLANCO (2015)⁽¹⁾:

- La delimitación geográfica de las fincas deberá realizarse mediante la expresión de las coordenadas georreferenciadas de los vértices de todos sus elementos.
- Fichero informático, en formato *gml*⁽²⁾.
- Estar representada sobre la cartografía catastral y respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la misma.
- Representación gráfica suscrita por técnico competente, o aprobada por autoridad correspondiente, u obtenida mediante digitalización sobre la cartografía catastral.

II. LA PRECISIÓN Y EL TÉCNICO COMPETENTE

Según el apartado 7.2 de las resoluciones conjuntas, la RGA suscrita por técnico competente debe cumplir un requisito técnico específico en cuanto a la precisión detallada:

e) **Precisión métrica.** La representación gráfica de las parcelas afectadas que proponga modificaciones o rectificaciones de la delimitación de las parcelas existentes en la cartografía catastral deberá



garantizar las precisiones métricas consecuentes con la metodología aplicada:

— Cuando la representación gráfica se derive de un **levantamiento topográfico**, este deberá tener una precisión absoluta tal que el error máximo sea inferior a 25 cm y que el 85 % de los puntos tenga un error máximo de 20 cm, cualquiera que sean los medios utilizados (topografía clásica o técnicas de posicionamiento GNSS).

— Cuando la representación gráfica se realice mediante **digitalización sobre la cartografía catastral**, la precisión geométrica será de $\pm 0,20$ m o de $\pm 0,40$ m, según se represente sobre cartografía catastral urbana o rústica, respectivamente.

En casos de mediciones, es necesario indicar el parámetro de precisión métrica, o error máximo, ya que existe un valor real y exacto para cada punto medido, pero que nunca conoceremos. Todo lo que podemos hacer es cuantificar, en el peor de los casos, cuál puede ser la diferencia máxima entre el valor obtenido y el exacto. Esto es lo que define la precisión de cada punto. Es como cuando se mide la velocidad de un coche con un radar; siempre existe un margen de error, que acompaña a la medida de la velocidad.

Por ejemplo, si decimos que un muro mide 100 metros y su precisión es de 1 metro, es como decir que el valor real de la medida del muro oscila entre 99 y 101 metros.

Podríamos asegurar (aunque nunca al 100 %) que su valor real estaría en ese margen; por ello, la medición, con su precisión métrica, se suele expresar de este modo: 100 ± 1 metro.

Si tenemos en cuenta que la RGA debe expresarse con sus coordenadas georreferenciadas, por ejemplo, el punto 1 que define el lindero de una finca podría quedar del siguiente modo:

UTM. ETRS89 HUSO 30 en metros			
N.º punto	X	Y	Precisión
1	700.813,42	4.322.262,51	0,05

Como se puede ver en el ejemplo, se expresan las coordenadas X e Y del punto 1⁽³⁾, y se añade a este punto su precisión métrica: 0,05 metros. Esto equivale a decir que, si alrededor de este punto realizamos un círculo de 5 centímetros de radio, la posición real exacta de ese punto estaría dentro de ese círculo.

Aunque hay que matizar y diferenciar *precisión absoluta* de *precisión relativa*. La precisión absoluta se refiere a nivel mundial, es decir, si se indica que un punto tiene 5 centímetros de precisión absoluta, significa que se puede asegurar su posición a nivel mundial dentro de ese círculo de 5 centímetros, mientras que si la precisión es relativa, significa que cumple esta

precisión respecto a todos los puntos entre sí, pero a nivel mundial podría ser bastante mayor.

III. EL LEVANTAMIENTO TOPOGRÁFICO FRENTE A LA ORTOFOTO

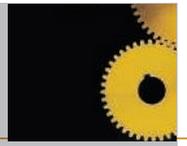
Cuando en el apartado e) anterior se habla de *precisión métrica*, se diferencian dos casos:

— **Levantamiento topográfico.** En este caso, se trata de la medición *in situ* directamente sobre el terreno, que se realiza con instrumental topográfico y/o geodésico, como una estación total (antiguamente se utilizaban teodolitos, por ello la técnica también es conocida como *topografía clásica*), o con GPS (conocido de modo más genérico como *técnicas de posicionamiento GNSS*) (**figura 1**).

En este caso, utilizando estas técnicas, la precisión absoluta se cumple muy ampliamente, llegando a precisiones de pocos centímetros y pudiendo llegar a situar un punto a nivel mundial con una precisión incluso de 1 centímetro o menos (con técnicas más complejas). En España, con el instrumental y las técnicas de observación actuales, los trabajos de topografía realizados por los profesionales tienen precisiones absolutas de 3-5 centímetros (en condiciones normales), con unos costes muy inferiores a los que había hace solo diez años.

— Mediante **digitalización sobre la cartografía catastral.** En este caso, se presupone que, para realizar la RGA, no se utiliza el levantamiento topográfico, en donde se miden puntos sobre el terreno (conocido también como *en campo*), sino que se dibuja en la oficina (conocido como *en gabinete*) sobre la propia cartografía catastral. Para ello, se utilizan básicamente ortofotos⁽⁴⁾ (aunque la legislación no habla explícitamente de ellas).

España dispone de ortofotos de todo su territorio a través del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea (PNOA), gestionado por el Instituto Geográfico Nacional (IGN)⁽⁵⁾, y cada dos o tres años se realizan



nuevas ortofotos de todo el territorio nacional (**figura 2**).

España dispone de ortofotos de todo su territorio a través del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea, gestionado por el Instituto Geográfico Nacional, y cada dos o tres años se realizan nuevas ortofotos de todo el territorio nacional

Pero, al igual que en un levantamiento topográfico, cuando se dibuja sobre una ortofoto, se hace con una determinada precisión y, como es lógico, esta siempre es menor que la medición hecha directamente sobre el terreno. Por ello, aparte del error al dibujar, se tiene que tener en cuenta la precisión de la propia ortofoto, que depende de muchos factores, tal y como destacan Luis Ignacio VIRGÓS y Francisco GARCÍA (2015)⁽⁶⁾.

En líneas generales, se tiene en cuenta la resolución del píxel⁽⁷⁾. En general, en el caso de España, las últimas ortofotos se han realizado con una resolución de 50 o 25 centímetros (**figura 2**). En caso de zonas con 25 centímetros, la precisión (RMSE-exactitud planimétrica de la ortofoto) es de 50 centímetros. Por ejemplo, equivaldría a decir que si dibujamos sobre la cartografía catastral con una ortofoto en la zona de Valencia, la línea que se aprecia puede desviarse de su valor real en un margen de ± 50 cm.

Por ejemplo, en la fotografía de la **figura 1**, el punto medido se toma con una precisión de 5 centímetros (medidos con GPS), mientras que si se midiera sobre la ortofoto (**figura 2**), la precisión sería, en el mejor de los casos, de unos 50 centímetros. Y este es uno de los supuestos más favorables, puesto que la resolución de la ortofoto es de 25 centímetros y, además, el lindero es un gran muro muy visible y definido (y, en la mayoría de los casos, no está tan claro).

Nadie pone en duda la diferencia de precisión dependiendo de la técnica utilizada, destacando en gran medida las

ventajas del levantamiento topográfico respecto de la digitalización sobre una ortofoto. Y, sobre todo, en un levantamiento se ve y se pisa directamente el terreno, distinguiendo las marcas y mojones que los vecinos suelen colocar en los lindes. Por el contrario, lo que frena en muchos casos este tema es el precio. Mientras que con una ortofoto descargada de forma gratuita y dibujando en gabinete la medición es bastante rápida y económica (aunque no tan precisa ni fiable), el levantamiento topográfico es más caro, ya que, a pesar de que, debido a los avances en la tecnología GPS, los levantamientos topográficos tienen ahora un coste mucho menor, nunca lo será tanto como una digitalización. Esto es así porque hay que considerar el desplazamiento a la zona, la amortización de instrumental técnico específico y la gestión en gabinete.

IV. LA PRECISIÓN MÉTRICA: UNA VALIOSA APORTACIÓN DEL TÉCNICO QUE AUMENTA LA SEGURIDAD

La cartografía catastral, hasta la fecha, ha sido realizada de muy diversas formas y con muy diferentes técnicas, en donde pueden existir linderos con 3 centímetros de precisión y, en zonas con desplazamientos sistemáticos, los errores de posición absolutos pueden ser de varios metros. Actualmente, se desconoce la precisión o el error de cada uno de los linderos de modo individual. Esto no era un problema, dado el fin principalmente tributario que ha venido teniendo el Catastro, pero ahora, con la nueva Ley 13/2015, adquiere un papel relevante, y la precisión absoluta de la representación gráfica de las parcelas catastrales es determinante cuando se trata de delimitar la propiedad.

Todo lo anterior lleva a pensar en la gran diferencia de precisiones absolutas en función de la técnica utilizada. Si se realiza un levantamiento topográfico, se pueden conseguir precisiones de 3 centímetros, pero si se dibuja sobre una ortofoto, la precisión, en el mejor de los casos, puede ser de 50 centímetros. El técnico, en cualquiera de los casos, puede cuantificar exactamente la precisión de la medición completa de la finca, de la superficie final medida, de cada

lindero o de cada punto de modo independiente.

La legislación específica que se debe cumplir una serie de requisitos técnicos en cuanto a la precisión, en los que cada técnico, según cada caso concreto y bajo su responsabilidad, podrá determinar si cumple o no con ellos, teniendo en cuenta la técnica de medición utilizada, la zona concreta, las características de la ortofoto, las peculiaridades del terreno y de cada lindero, etc.

En los informes de validación gráfica de la representación alternativa (IVGA)⁽⁸⁾, el Catastro pide al técnico que incluya este parámetro de precisión de la parcela catastral medida. Este parámetro se refiere a la precisión en la medición completa de la finca-parcela. Pero el técnico competente también es capaz de diferenciar la precisión en cada lindero, cada punto, en la superficie... Como en este ejemplo, en donde se puede especificar:

- Lindero 1: precisión ± 5 cm.
- Lindero 2: precisión ± 5 cm.
- Lindero 3: precisión ± 50 cm.
- Lindero 4: precisión ± 2 m.

Con estos datos, se puede intuir que los linderos 1 y 2 se han realizado con un levantamiento topográfico y los 3 y 4, con una medición sobre ortofoto. Se pueden utilizar técnicas diferentes en la delimitación de una misma finca.

El error máximo cometido en el cálculo del área de una finca-parcela depende de la precisión de los puntos con los que se ha medido su perímetro. Como es lógico, cuanto menor precisión se tenga en los puntos del perímetro, mayor error se tendrá en el cálculo del área. Sabiendo la precisión de los puntos del perímetro, se puede indicar, por ejemplo: $245 \text{ m}^2 \pm 15 \text{ m}^2$. Esto viene a significar que la superficie real estaría entre 230 m^2 y 260 m^2 , aportando una mayor seguridad a las transacciones que involucren dicha finca.

Si se realizara un levantamiento topográfico, obteniendo así una precisión ab-

solta de 5 centímetros en cada punto, ello implicaría que:

- Si se midiese varias veces la misma finca, situándose en el terreno en los mismos puntos (para esto es necesario que los vértices de la parcela estén perfectamente identificables sobre el terreno), y se utilizase la misma técnica de medición, todas las mediciones darían las mismas coordenadas, con diferencias menores de 5 centímetros.
- Si se consigue la coordinación, el ciudadano que inscriba su finca de este modo, pasados veinte años y desaparecidos todos sus linderos, tan solo con anotar los datos técnicos de las coordenadas podrá volver a marcar en el terreno⁽⁹⁾ su propiedad con un margen de error de 5 centímetros en cada uno de sus puntos, y de este modo volver a recuperarla ante cualquier posible invasión.

En estos momentos, con la aplicación de la Ley 13/2015, uniendo los aspectos técnicos y jurídicos, se puede obtener la más alta seguridad en la delimitación de la propiedad para aquellos que quieran utilizar este procedimiento

Este procedimiento y metodología no existía hasta ahora en España, y en estos momentos, con la aplicación de la Ley 13/2015, uniendo los aspectos técnicos y jurídicos, se puede obtener la más alta seguridad en la delimitación de la propiedad para aquellos que quieran utilizarlo. Y tal y como indica César BELDA⁽¹⁰⁾: «Con esta reforma, el sistema español de transmisión hipotecaria es el más seguro del mundo».

V. CONCLUSIONES

- Realizar un levantamiento topográfico frente a una ortofoto es un sistema más caro, pero aumenta considerablemente la seguridad con la que se delimitan los derechos del titular sobre la superficie terrestre.

- Utilizar una técnica u otra es uno de los problemas con que nos enfrentamos. Deben ser los propios interesados, estando bien informados, quienes deben decidir sobre cómo delimitar su propiedad, conociendo el nivel de seguridad y el coste de cada método.

La información previa al ciudadano es fundamental para que tome decisiones correctas y pueda decidir el tiempo y dinero que quiere invertir, respecto a la seguridad jurídica preventiva que quiere conseguir. Por ello, el **papel de la información previa en las notarías es fundamental**.

- Con la aplicación de la nueva Ley 13/2015, la seguridad jurídica puede ser completa, pero, para completar el círculo, es también necesaria una seguridad geográfica preventiva en donde el papel de la precisión es fundamental.
- Con el mismo procedimiento jurídico se puede adquirir mayor o menor seguridad geográfica, dependiendo de la técnica de medición utilizada en cada caso.
- **Conocer la precisión** absoluta de un punto, un lindero o una superficie pue-

de ayudar a un Jurista a interpretar, calificar y juzgar, ayudándole a **tomar las mejores decisiones**.

- Del mismo modo, **conocer la precisión con que están definidos los linderos de una finca, con toda probabilidad, hará que un comprador se decida por una finca u otra**.



Figura 1. Levantamiento topográfico, medición de un muro con GPS. Fuente: propia.



Figura 2. Especificaciones técnicas del proyecto PNOA. Años de vuelo y resoluciones de las ortofotos según las zonas. Fuente: IGN.



Figura 3. Linderos catastrales (en negro) sobre una ortofoto PNOA. Punto azul: fotografía de la figura 1. Fuente: propia.

- (1) C. FEMENIA-RIBERA, G. MORA-NAVARRO y A. BLANCO SÁNCHEZ, «La información geográfica en la aplicación de la Ley 13/2015: representación gráfica georreferenciada», en *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 24, Dic. 2015, págs. 1043-1055.
- (2) Los ficheros *gml* son ficheros de texto que se utilizan para intercambiar datos geo-

gráficos entre sistemas de información geográfica (SIG) de una forma estandarizada. Tienen la cualidad de incluir, además de la información geográfica, información descriptiva, es decir, valores de campos de la base de datos del SIG que describen el elemento geográfico: referencia catastral, precisión, tipo de cultivo, etc. INSPIRE uti-

- liza este formato en lo que denomina *GML application schemas*.
- (3) En proyección UTM, sistema de referencia ETRS89 (en la península) y huso, tal y como se indica en las resoluciones conjuntas, apartado 7.2.b).
 - (4) *Ortofoto*: fotografía con validez métrica; se puede medir sobre ella como si fuera un plano.
 - (5) Plan Nacional de Ortofotografía Aérea (PNOA), gestionado por el Instituto Geográfico Nacional (IGN): <http://pnoa.ign.es>.
 - (6) L. I. VIRGÓS SORIANO y F. GARCÍA CEPE-DA, «La ortofotografía y la cartografía catastral», en *Revista de la Dirección General del Catastro*, n.º 83, Abr. 2015, págs. 7-30.
 - (7) *Resolución del píxel*: tamaño al que podemos ver el píxel; es decir, si la resolución es de 50 centímetros (cuadrado de 50 x 50 cm), nunca podremos llegar a apreciar los dos lados de un muro que, por ejemplo, tenga 40 centímetros de ancho.
 - (8) Validación de una representación gráfica alternativa de la Dirección General de Catastro (DGC): http://www.catastro.minhap.es/ayuda/vga/ayuda_vga.htm.
 - (9) Técnicamente se denomina *replantear*.
 - (10) César Belda Casanova, Decano del Colegio Notarial de Valencia, hizo esta afirmación hablando del Registro de la Propiedad y de la Ley 13/2015 en el programa *Colegiados* de COPE Valencia (92.6 FM), el 29 de junio de 2016.

Protección de las personas vulnerables

Pedro Carrión García de Parada
Notario de Reus

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PAPEL DE LOS NOTARIOS EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES
- III. DERECHO COMPARADO
- IV. SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y POSIBLES DUDAS
- V. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: SITUACIONES CON ELEMENTOS TRANSFRONTERIZOS
- VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

No es fácil dar una definición de qué entendemos por *personas vulnerables*. En realidad, el concepto comprende múltiples y muy diversas situaciones.

En efecto, una persona es vulnerable porque:

- Carece de los **«alimentos»** necesarios (o sea alojamiento, alimentación, atención médica, vestidos... en definitiva, cuando no están atendidas las necesidades básicas).
- Tiene reducidas todas o algunas de sus **facultades físicas o sensoriales** (sufre problemas de visión, oído, habla o movilidad física).



- O simplemente **no sabe leer o escribir**.
- Sufre algún tipo de **violencia o malos tratos** (puede ser física o psíquica, puede afectar al sexo femenino, a menores o a mayores) o **exclusión social** (por pertenecer a determinados sectores socialmente marginados, sea por su raza —gitanos—, religión, sexo —homosexuales, mujeres—, etc.).
- Carece o tiene mermadas sus **facultades mentales o intelectuales**, sea por

sufrir una **discapacidad**, por ser **menor de edad** o por ser una **persona «ya mayor»**.

Lo cierto es que la protección no ha sido, ni es, ni será la misma en todos los tiempos ni en todos los países. Las condiciones culturales de cada país juegan un papel decisivo. De ahí que entre las primeras medidas que deban adoptarse estén las de concienciación y pedagogía social, acompañadas de medidas jurídicas que eviten tales situaciones y, si no pueden, al menos que



mitiguen sus efectos. Lamentablemente, en algunos casos, se necesitan también respuestas coercitivas, policiales y judiciales.

II. PAPEL DE LOS NOTARIOS EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES

Los notarios jugamos un importantísimo papel en la protección de las personas vulnerables; de hecho, constituye para nosotros un deber inexcusable garantizar la protección de toda persona vulnerable.

1. Preparación

Estamos legalmente preparados para ello por nuestra condición de funcionarios públicos⁽¹⁾ que ejercemos por delegación del Estado, que nos nombra, y en el marco de una profesión jurídica: la función pública de dotar de autenticidad a los actos y negocios que autorizamos y recibimos.

Los notarios jugamos un importantísimo papel en la protección de las personas vulnerables; de hecho, constituye para nosotros un deber inexcusable garantizar la protección de toda persona vulnerable

Nos servimos para ello de nuestra:

- Imparcialidad, protegiendo a la parte más débil (a la persona vulnerable), pero sin perjudicar a la otra, de modo que se equilibren las asimetrías de información que existen entre ellas.
- Independencia, de la propia Administración y de las personas que a nosotros acuden.
- Conocimientos y formación, prestando toda la información, el asesoramiento, incluso el consejo legal que los interesados precisan, velando por la legalidad del negocio jurídico que se celebre.
- Experiencia y olfato, apreciando la capacidad de los otorgantes del documento público, o sea, sus facultades cognitivas y de discernimiento suficientes para apreciar qué hacen y cuáles son sus consecuencias jurídicas (de ahí la

FICHA TÉCNICA



Resumen: No resulta fácil definir qué se entiende por *persona vulnerable*, pues es un concepto que alude a múltiples y diversas situaciones. No obstante, mediante el presente trabajo, se analizan los supuestos más habituales y las diferentes formas de protección en que los notarios juegan un importantísimo papel. De hecho, y en palabras del autor: «*Constituye para nosotros un deber inexcusable garantizar la protección de toda persona vulnerable*».

Palabras clave: Notarios, personas vulnerables, incapacitación, documento de voluntades anticipadas, autotutela.

Abstract: It is not easy to define what is meant by vulnerable person, since it is a concept that alludes to many different situations. In spite of this, the present article analyses the most common specific cases and the different forms of protection in which Notaries Public play an important role. In fact, in the author's words: «*It is an inescapable duty for use to guarantee the protection of every vulnerable person*».

Keywords: Notaries Public, vulnerable persons, incapacity, advance care directives, durable power of attorney.

importancia de la presencia ante Notario), y la suficiencia y subsistencia de la representación con que actúan los que ante él comparecen, sea esta voluntaria, legal o corporativa.

2. ¿Cómo protege el Notario a las personas vulnerables?

Debemos distinguir diferentes situaciones, según el tipo y el grado de vulnerabilidad que afecte a cada persona.

Así, personas plenamente capaces pueden querer planificar y anticiparse a una posible futura pérdida o mengua de capacidad. A estas, el Notario las informa sobre las distintas opciones o soluciones que la ley ofrece (luego las veremos: poderes preventivos, testamento vital, autotutela, relaciones convivenciales, ahorros, rentas vitales, creación de personas jurídicas, etc.).

En otras ocasiones, nos hallamos ante personas que sufren una minusvalía física o sensorial que no les impide la total comprensión del documento, pero sí el normal otorgamiento del mismo. Será preciso adoptar medidas especiales para superar esos inconvenientes de lectura, firma, audición, comunicación oral, etc. Se las protege, en función de los casos, mediante la utilización de testigos de su confianza, o la lectura obligada por el Notario (si el interesado es invidente), o la lectura propia del documento, o la utilización de intérpretes de signos (si es sordo), o la comunicación de su voluntad por escrito (si es mudo), o la sustitución

de la firma gráfica por una dactilar o por la de testigos (si no sabe o no puede firmar).

Con las personas menores de edad o que sufran una cierta discapacidad, el Notario debe asegurarse de si pueden o no actuar por sí solas o si deben hacerlo asistidas o ayudadas, incluso representadas o sustituidas, por otras personas.

En cualquier caso, es preciso que el Notario adopte o exija las medidas necesarias para garantizar la protección de esas personas afectadas por una situación de vulnerabilidad.

Es esencial, en todo documento notarial, que el consentimiento que en él se preste haya estado debidamente informado, que se sepa perfectamente a qué se ha comprometido cada uno, cuáles son sus derechos y obligaciones y cuáles las consecuencias legales de lo realizado.

A ello contribuye, además del asesoramiento preciso, una lectura explicativa, con términos fáciles y comprensibles, y dar y repetir, cuantas veces haga falta, todas las explicaciones que se necesiten.

III. DERECHO COMPARADO

La protección de las personas vulnerables debe estudiarse también desde la perspectiva del Derecho Comparado, y ahí observamos:



- Que existen **diferencias enormes entre las diferentes legislaciones nacionales**, incluso entre estados que pertenecen a una misma zona cultural, en la que los valores y principios son similares, pero donde la tradición y las costumbres juegan también un importante papel. Nos puede sorprender que las soluciones **difieran** incluso entre legislaciones que **coexisten dentro de un mismo Estado**.
- Lo lejos que estamos aún de lograr la pretendida Europa del Derecho, ante la ausencia de textos internacionales comunes que regulen las materias que ahora nos ocupan no ya de Derecho material o sustantivo (que es comprensible que no existan), sino de Derecho Internacional Privado.
- La aplicación por las autoridades competentes de cada Estado, al no existir normas internacionales comunes, de sus propias soluciones nacionales.
- Que, a pesar de que no todas las legislaciones reconocen y regulan las mismas instituciones, muchas de estas están en franca expansión, ya que cada vez son más los estados que las van adoptando, de manera que las diferentes legislaciones nacionales se van asemejando cada vez más entre sí.

IV. SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y POSIBLES DUDAS

Veamos a continuación, con algo más de detalle, cómo se puede proteger a las

personas vulnerables y qué dudas se presentan.

1. Protección de los discapaces

- ¿Son los jueces quienes mejor pueden proteger a los discapaces? ¿Caben otras alternativas?
- Es cierto que existen diferentes niveles de discapacidad y que cada cual merece una respuesta propia. En los casos tradicionales de incapacitación judicial y de sometimiento a tutela, con sustitución del incapacitado, ¿cabría pensar en otras alternativas que no supusiesen aquella, sino una asistencia o ayuda hacia los discapaces?
- ¿Cabría pensar en una ayuda por una única persona o por varias alternativas?

La protección de los discapaces requiere adoptar una actitud activa, primero, mediante el asesoramiento a través de notarios, abogados u otros profesionales de confianza y, segundo, tomando las medidas que sean adecuadas

- ¿Sería posible sustituir los mecanismos de protección, a través de la obtención de una autorización judicial previa, por otros instrumentos alternativos, como

los que existen en algunas legislaciones en caso de representación de los hijos menores (como la autorización de un consejo de familia o de terceras personas)?

- Instauración de medios de publicidad de tales estados y acceso a ellos por parte de notarios y otras autoridades o profesionales (por ejemplo, al Registro del Estado Civil).

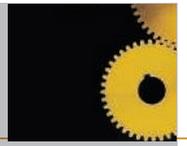
La protección de los discapaces requiere adoptar una actitud activa, asesorarse (cabe acudir a notarios, a abogados y a otros profesionales de su confianza) y tomar medidas adecuadas sobre:

- Quién puede ser la persona de confianza, pensando que es mejor que sea alguien próximo, joven, cercano al discapace, incluso entidades especializadas (previando, incluso, sustitutos).
- Cuáles son los medios materiales de que se dispone: debe buscarse su buena administración y una óptima rentabilidad de los mismos.
- Cuál es la situación personal del discapace y valorar si lo mejor será **incapacitarle** o si, en cambio, es preferible **proveerle de ayudas y asistencias**. Deben tenerse en cuenta sus expectativas de vida y el carácter y el grado de disfunción que padece.
- Deben elegirse soluciones reversibles y revocables (las adoptadas en testamento siempre lo son), temporales y adaptables a las circunstancias concretas de cada caso.

2. Protección de los menores

La falta de madurez hace vulnerables a los menores de edad. Su protección merece una regulación especial, diferenciada, y esta dependerá de la respuesta que cada legislador dé a preguntas como las siguientes:

- ¿Cuándo se alcanza la mayoría de edad?
- ¿Qué negocios y actos jurídicos pueden celebrar los menores antes de alcanzar la mayoría de edad? Generalmente, tienen la capacidad restringida, aunque algunas legislaciones nacionales les permiten casarse u otorgar testamento, este último solo si es notarial.



- ¿Pueden ser emancipados?, ¿cabe ampliar de alguna forma sus facultades antes de la mayoría de edad?
- ¿Quién tiene la custodia del menor?, ¿quién es el titular de la representación legal?, ¿cómo se le nombra y quién lo hace?, ¿cuál es el ámbito de esa representación, tanto personal como patrimonial, o solo uno u otro?
- ¿Quién y cómo ejerce la representación legal: individualmente, de forma conjunta; en todo caso, solo para cierto tipo de negocios, o solo para actos de la vida ordinaria o del día a día?
- ¿Los representantes legales asisten al menor o lo suplen y sustituyen?
- ¿Necesitan esos representantes la autorización de alguna otra persona o autoridad para ejercer la representación?, ¿en qué casos?, ¿les afectan restricciones especiales?, ¿cabe ampliar la representación?
- ¿A quién corresponde la representación legal en caso de discusión o conflicto entre sus titulares, en caso de imposibilidad de actuar los padres, cualquiera que sea la causa?, ¿a quién corresponde el nombramiento?, ¿goza de plena libertad para hacerlo o tiene que respetar ciertos límites legales o las instrucciones de los padres?, ¿cabe nombrar a varias personas?, ¿cómo actuarán?, ¿es posible distribuir entre ellas las funciones?
- ¿Se puede delegar en terceras personas la titularidad de la representación legal?, ¿y el ejercicio de la misma?
- ¿Cómo puede acreditar su condición y sus facultades el titular de la representación legal?
- ¿Qué publicidad se le da a la representación legal?, ¿acceden a ella los notarios (por ejemplo, al Registro Civil)?

Las anteriores preguntas son más bien llamadas de atención sobre aspectos que necesariamente se deben tener en cuenta al planificar esa posible vulnerabilidad futura y cómo protegerse.

3. Medidas preventivas

En relación con las medidas preventivas adoptadas por personas plenamente capa-

ces en previsión de que en el futuro se encuentren en una situación de discapacidad, destacamos:

A) Consideraciones generales

Una enfermedad, un accidente, el consumo de ciertas sustancias o, simplemente, la edad pueden provocar que una persona, hasta entonces plenamente capaz, deje de serlo y necesite ayuda.

Ese cambio no siempre se produce de forma inmediata, en un momento concreto, de repente, sino que a veces es progresivo, gradual, incluso reversible, perdiendo y recuperando periódicamente la capacidad. Ello hace que, en ocasiones, sea muy difícil discernir cuándo una persona es capaz y cuándo ha dejado de serlo.

Es conveniente que los ciudadanos tomen conciencia de esta realidad. Estos cambios pueden afectar a cualquier persona, y en cualquier momento. Hay que estar preparado para ello y debemos adoptar las medidas preventivas a nuestro alcance cuando aún estamos en condiciones de poderlo hacer.

Los ciudadanos buscamos propuestas sobre cómo organizar nuestra futura posible falta de capacidad

Pero, ¿existen realmente medidas? Y si existen, ¿cuáles son? ¿Son iguales para todos los ciudadanos de la UE? La respuesta no ofrece dudas. Por supuesto que existen medidas, aunque es cierto que no son las mismas en todos los países. Cada legislador nacional ha aceptado y regulado las que ha considerado más convenientes para sus ciudadanos, por lo que no siempre la solución es la misma.

Los ciudadanos buscamos propuestas sobre cómo organizar nuestra futura posible falta de capacidad. Tradicionalmente, se ha considerado que probablemente la mejor solución es la que desemboca en nuestra incapacidad judicial y nuestra sumisión a una tutela o protección integral, tanto personal como patrimonial, más o menos amplia, pero sabemos que existen también otras medidas complementarias de la anterior, incluso sustitutorias o alternativas a

ella. La incapacidad no siempre gusta, ni al afectado ni tampoco a su familia y amigos. La tendencia de los seres queridos que nos rodean es a protegernos ellos mismos, mientras vivan y estén en condiciones de poderlo hacer, por lo que consideran innecesario acudir a la incapacidad judicial y hacernos pasar, y también a ellos mismos, por el «mal trago» que a menudo supone la incapacidad judicial.

Ahora bien, si no queremos que la solución sea la incapacidad judicial, ¿cómo nos protegeremos de terceros faltos de escrúpulos? ¿Qué pasará cuando esos seres queridos no estén o no puedan brindarnos la protección que precisamos? La incapacidad es una medida aconsejable y necesaria, pero mientras esta se produce, y aun cuando se produzca, hay otras que nosotros podemos adoptar o prever.

Las soluciones van a depender de que dispongamos o no de medios económicos, pero también de que contemos con personas que nos puedan representar y ayudar

Las soluciones van a depender de que dispongamos o no de medios económicos, pero también de que contemos con personas que, llegado ese fatídico día, nos quieran y puedan representar y ayudar.

Sin ánimo de ser exhaustivo, veamos algunas de esas medidas:

- Ahorrar (crear depósitos bancarios, contratar fondos de inversión, planes de pensiones y de jubilación, seguros, etc.).
- Asegurarnos el cobro de una renta vitalicia o un vitalicio (prestación de todo tipo de alimentos, como los que nos provén de comida, vestido, alojamiento, asistencia médica, etc.), quizás transmitiendo los bienes de que somos propietarios a cambio de esas prestaciones durante el tiempo que vivamos.
- Crear un patrimonio especial de protección, ordenando cuál es su objetivo, quiénes sus administradores, cuál su funcionamiento, etc.
- Crear una persona jurídica (sociedad mercantil, fundación, etc.) o aportar bienes a una preexistente.

- Pactar especiales relaciones de convivencia, en las que los convivientes estipulan recíprocas prestaciones entre ellos.
- Apoderar preventivamente a una persona para que nos represente, en el ámbito personal y/o patrimonial, si perdemos nuestra capacidad.
- Dar instrucciones sobre cómo queremos ser atendidos médicamente si nos encontramos en situación de enfermedad grave, terminal o irreversible.
- Orientar o proponer quién nos gustaría que fuese nuestro tutor o representante legal en caso de que fuésemos incapacitados, y cuáles sus facultades.

B) Análisis de las instituciones

El tema del que nos estamos ocupando es de máximo interés y preocupación para los ciudadanos, pero también para los notarios. Estamos muy familiarizados con él. De hecho, constituye una de las inquietudes más frecuentes de las personas que requieren nuestros servicios, nuestro consejo, que desean saber (y así nos lo preguntan cada día en nuestros despachos) qué medidas pueden adoptar en previsión de una futura posible pérdida de capacidad y si las mismas les servirán en cualquier país, en cualquier lugar y ante todo tipo de personas e instituciones.

Nos detendremos algo más en las tres últimas instituciones a las que más arriba hemos hecho referencia, o sea:

- Los poderes preventivos.
- Las voluntades anticipadas (o «testamento vital»).
- La propuesta de nombramiento de nuestro futuro tutor (autotutela).

¿Qué son exactamente cada una de estas instituciones?

Es conveniente que delimitemos bien cada una de estas instituciones jurídicas, no siempre bien conocidas en todos los Estados de la UE, lo cual dificulta la explicación y el consiguiente conocimiento de lo que cada una supone y de los beneficios que reporta.

Los poderes preventivos son facultades que otorga, por regla general unilateralmente, una persona con capacidad suficien-

te para ello, a favor de una o varias personas para que, con la amplitud y las limitaciones deseadas por el poderdante, velen por él y le representen si llega a perder su capacidad, o a medida que la vaya perdiendo.

Debemos diferenciar estos poderes preventivos de aquellos otros ordinarios que una persona otorga y que se extinguen con la pérdida de capacidad por el poderdante. El problema surge con los actos realizados mediante el uso del poder en el período de tiempo que transcurre entre la pérdida de capacidad y la incapacitación judicial. En principio, debe presumirse la capacidad de toda persona mientras no sea judicialmente incapacitada, así como debe presumirse también la subsistencia y validez del poder, sin perjuicio de la posible impugnación (atendidas las circunstancias de cada caso, como el posible perjuicio al poderdante, la mala fe del tercero, etc.) de aquellos negocios celebrados durante ese periodo.

Los poderes preventivos no impiden la incapacitación del poderdante, pero la pueden hacer innecesaria, aunque solo sea temporalmente. Tampoco se extinguen necesariamente con la incapacitación judicial, ni restringen la posible actuación paralela del poderdante ni, en su caso, la del tutor o representante legal.

Los poderes preventivos plantean algunos problemas prácticos. Así, si no han de ser eficaces hasta la pérdida de capacidad del poderdante, ¿cuándo se debe entender producida esta? ¿Cómo se acreditará? Y si se produce gradualmente, ¿en qué momento exacto serán eficaces? ¿Qué ocurre si, después de perder la capacidad, la recupera de nuevo? ¿Y si, surgida dicha situación, el apoderado abusa de sus facultades? ¿Quién velará por el poderdante? ¿De qué facultades dispondrá para protegerle? ¿Cómo sabremos que los poderes existen?...

Algunas de estas dificultades motivan que estos poderes se otorguen con eficacia inmediata, de manera que el apoderado pueda comenzar a ejercer sus facultades desde el mismo momento en que se le confiere el poder, cuando el poderdante todavía goza de plena capacidad, y manteniendo el poder su vigencia cuando el poderdante llega a perder o ver considerablemente mermadas sus facultades, circunstancias que ya no necesitarán ser acreditadas. No obstante, conviene plantearse la adopción y, llegado el caso, adoptar otras decisiones complementarias, como delimitar las facultades

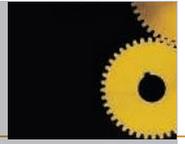
exactas que se le conceden al apoderado, limitar temporalmente la vigencia del poder de manera que se deba ir renovando periódicamente, someter su ejercicio al control de una o varias personas a las que deba rendirse cuentas periódicamente o de las que quepa recabar autorización previa para la celebración de determinados actos, asegurarse de que estas limitaciones sean conocidas y se respeten, prever la existencia de varios apoderados para que se controlen entre sí o la de sustitutos del apoderado, exigir que para la obtención de copias auténticas del poder acrediten mediante certificados médicos la pérdida de capacidad, etc.

El documento de voluntades anticipadas, o directrices avanzadas, también mal llamado *testamento vital*, es aquel por el cual una persona con capacidad suficiente para ello da instrucciones, o designa a la persona de su confianza que deberá darlas, sobre cuáles son los tratamientos paliativos de dolor o de no prolongación artificial de su vida, incluso a veces de eutanasia, que quisiera recibir si se encontrara en una situación de enfermedad grave, irreversible o terminal.

También esta figura plantea problemas, como el de saber hasta dónde puede llegar la voluntad del otorgante, o cuál debe ser el control al que ha de someterse esa voluntad al manifestarse (por ejemplo, la forma que ha de revestir), o las facultades que comprende cuando se permite que se exprese por medio de un tercero, o saber el momento exacto a partir del cual ha de desplegar efectos, o el de su vigencia (duración, renovación y extinción), o cuál será el grado de vinculación para médicos y terceros, o cómo conocer su existencia (publicidad), etc.

El tercero de los instrumentos que comentamos es un documento, llamado en algunos lugares autotutela, por el cual una persona capaz propone para el futuro a la persona que quiere que el Juez nombre como su representante legal cuando aquella sea incapacitada, disponiendo a la vez cómo quiere que se ejerza esa representación.

A nivel internacional, tanto la CAE (Comisión de Asuntos Europeos de la UINL) como el CNUE (Consejo de los Notarios de la Unión Europea) han mostrado su interés por estos temas y han querido contribuir a su solución mediante la redacción de diversos trabajos, y el CNUE mediante la publicación de unas fichas informativas explicando



cuál es actualmente el tratamiento legislativo que reciben en cada uno de los Estados Miembros de la UE cuyos notariados forman parte de aquel. Estas fichas se pueden encontrar en la página www.cnue.be.

4. Poderes preventivos

Una vez visto su concepto, destacaremos brevemente algunos aspectos.

Normativa material aplicable. Al no existir, al menos por el momento, una normativa única y común para los Estados europeos, tampoco para los que integran la UE, cada Estado aplicará su propia normativa nacional a la materia.

Admisión. Los admiten y regulan, en el seno de la UE, Alemania, Austria, Bélgica (a partir del 1 de junio de 2014), España, Francia, Letonia y la República Checa.

Su regulación difiere de una legislación a otra en lo que concierne, entre otras, a las siguientes cuestiones:

Poderdante. Por regla general, el poder se otorga para que represente al propio poderdante. Excepcionalmente, algunas legislaciones permiten que ciertas personas (los padres) lo puedan otorgar para que represente a las personas (por ejemplo, los hijos) que dependen de aquellas, cuando estas no sean ya aptas para hacerlo (así ocurre en Francia). Ahora bien, sería necesario resolver: ¿qué apoderamiento prevalece si cada progenitor apodera a personas diferentes?, ¿será necesario compatibilizarlos?, ¿estarán obligados los apoderados a acordar entre ellos un régimen de actuación?, ¿lo podrán hacer aunque no se les haya autorizado? Estas y otras muchas preguntas más destacan la importancia que el asesoramiento y el consejo tienen a la hora de conferir tales poderes, razón que explica por qué algunas legislaciones requieren la autorización notarial de semejantes poderes.

Apoderado podrá serlo una persona tanto física como jurídica, aunque en algunas legislaciones existen limitaciones o restricciones

Apoderado. En general, puede serlo tanto una persona física como una jurídica, aunque en algunas legislaciones existen li-

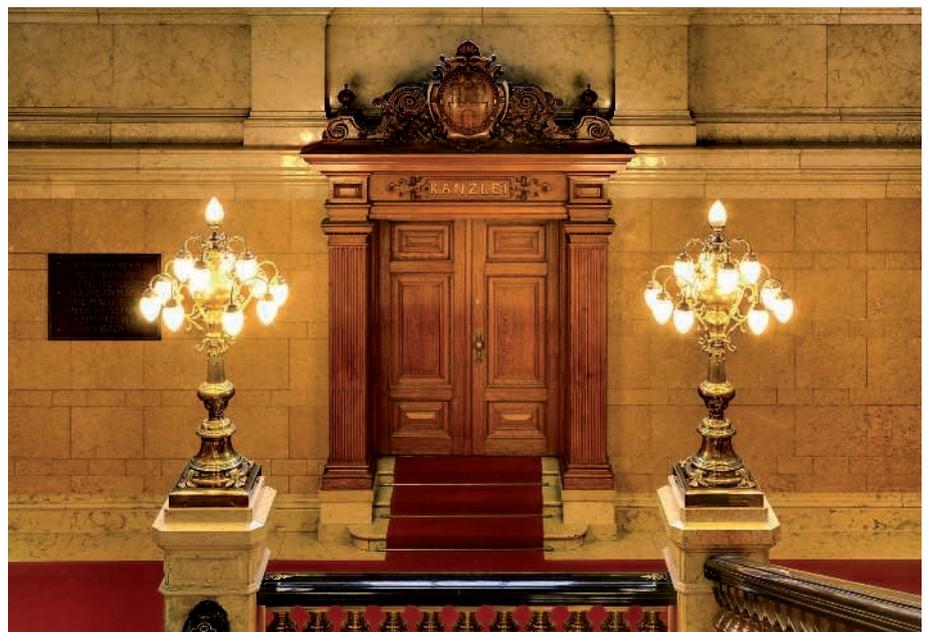
mitaciones (por ejemplo, que solo puedan serlo personas físicas, o únicamente familiares o allegados, o solo las personas jurídicas que se dediquen a actividades de asistencia). Otras imponen restricciones: que no quepa nombrar a quien no pueda ser designado tutor (Francia); o al que tiene restringida, natural o judicialmente, su capacidad de obrar, o de ser administrador, o de ejercer la patria potestad (Bélgica, España, Francia); o al Médico, Asistente o Farmacéutico con un vínculo especial con el paciente (España, Francia); o a las personas con las que el poderdante tenga relaciones de dependencia (Alemania, Austria), o las que trabajen para establecimientos de asistencia y salud de los que dependa o en donde esté internado el poderdante (Alemania, Austria, Bélgica).

Contenido (ámbito personal y patrimonial). Por regla general, se está a la voluntad del poderdante, que podrá cambiar, y si no dice nada, se entiende que comprende tanto un ámbito como otro (Alemania, Austria, España —Cataluña—, Francia, Letonia). Suelen quedar excluidos los actos personalísimos que no se pueden delegar (así, en Letonia, hacer testamento, casarse, divorciarse, reconocer o impugnar la paternidad, adoptar, cambiar de nombre o apellido, etc.). Excepcionalmente, hay países que solo admiten los poderes para el ámbito patrimonial (Bélgica).

¿Puede subapoderarse a un tercero? En principio, cabe pensar que el ejercicio del poder ha de ser personalísimo, puesto que

se basa en una relación de confianza, sin que se pueda delegar en otras personas (Letonia), salvo que el apoderado haya sido expresamente autorizado para ello (Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, República Checa —o no lo haya prohibido—). Aun aquellas legislaciones que admiten la delegación sin autorización expresa del poderdante hacen responsable al apoderado de lo realizado por el subapoderado (Francia), y también si eligen a un incapaz, aunque hubieran tenido permiso para subapoderar. En general, queda excluido el subapoderamiento para facultades personalísimas que no se pueden delegar, aunque hay legislaciones en que solo se prohíbe el subapoderamiento para tomar decisiones sobre un tratamiento médico (Austria), o sobre un cambio de domicilio (Austria), o para actos que no sean propiamente de gestión de patrimonio (Francia), o con carácter general (dentro de España, en Cataluña, solo se admite el subapoderamiento especial para actos concretos o varios actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica).

¿Debe el apoderado rendir cuentas? ¿Hay alguna supervisión? En principio, el apoderado puede actuar sin control, salvo que el poderdante lo haya dispuesto de otra manera (Cataluña), y sin perjuicio de que el Juez pueda en todo momento actuar (Cataluña), *motu proprio* o a instancia de interesados, para la protección del poderdante, si este no tiene capacidad suficiente para hacerlo él mismo. En el Derecho catalán, el





apoderado debe informar y escuchar al poderdante, siempre que este tenga suficiente juicio; el poderdante puede haber ordenado medidas de control, y el Juez puede adoptarlas también si lo estima necesario; el apoderado necesita la autorización judicial para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante le haya dispensado expresamente de obtenerla. En Francia, el control varía en función de si el poder se ha otorgado ante Notario o en documento privado (en el primer caso, solo necesita la autorización judicial para actos de disposición gratuitos, y hay también algunos actos tasados que de ninguna manera puede realizar; en el segundo, más limitado, solo puede celebrar actos de administración, necesitando para los de disposición la autorización judicial, y debiendo, además, en ambos casos, rendir anualmente cuentas, en su caso, al Notario autorizante del poder).

El ejercicio del poder es gratuito, salvo que se establezca expresa remuneración. No obstante, el apoderado tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización por los posibles daños que sufra, con cargo al patrimonio de la persona representada (Cataluña)

¿Es gratuito el ejercicio del poder? En principio, sí, salvo que se establezca expresamente una remuneración. El apoderado

debe tener derecho a que se le reembolsen los gastos y a que se le indemnicen los daños que haya sufrido, con cargo al patrimonio de la persona representada (Cataluña).

Exigencias formales. En la mayoría de las legislaciones que lo regulan, se exige el documento notarial, bien como única posibilidad, bien como alternativa a otras, siendo en cualquier caso recomendable aquel por las garantías que ofrece y los efectos, especialmente los probatorios, que se le reconocen. Así, en Alemania, basta con que el poder se confiera por escrito, y solo se exige la forma notarial si es para disponer de inmuebles; en Austria, basta documento firmado y manuscrito por el poderdante, aunque, si lo escribe otro, debe firmarlo el poderdante en presencia de tres testigos, y si es para recibir tratamientos médicos o cambiar de domicilio o celebrar transacciones económicas inhabituales, requiere ser otorgado ante Abogado, Notario o Tribunal; en Bélgica, se requiere documento escrito; en España, se confiere en documento notarial; en Francia, se exige el documento notarial obligatoriamente para ciertos casos limitados —poder de los padres o del último viviente—; en los demás, sirve el documento notarial, el privado ante Abogado o un simple formulario; en Letonia, el poder debe otorgarse en documento notarial con la presencia del poderdante y el apoderado, y en la República Checa, puede darse en documento notarial o en documento privado con dos testigos.

Publicidad e inscripción. Es cierto que, en ocasiones, la inscripción que se exige es

constitutiva, pero, por regla general, ni tiene ese carácter, ni siquiera se precisa para reconocerle efectos; con la inscripción, de exigirse, se busca simplemente facilitar el conocimiento del poder. La inscripción permite confirmar la existencia del poder y lograr la protección del tercero de buena fe que confía en el que se le exhibe. Se aplican las reglas generales de eficacia propias de los poderes. La revocación debería serle notificada al apoderado, al cual, además, debería retirarse la copia para evitar falsas apariencias. Esa publicidad de que se dote al poder permitirá, además, que el Juez, conociéndolo, pueda revocarlo, cuando nombre tutor, *motu proprio* o a instancia de este, si lo cree necesario o conveniente.

La inscripción de los poderes resulta **obligatoria** en algunos países, como en Bélgica, donde se inscriben, en el Registro Central que lleva la Federación Real del Notariado belga, mediante el depósito de una copia certificada conforme ante el oficial de Justicia o por medio de un Notario autorizante del poder; dentro de España, en Cataluña, ya que deben inscribirse en el Registro de Entidades Tutelares no Testamentarias, y en Letonia, porque deben inscribirse en el Registro de Poderes Preventivos.

En cambio, la inscripción es **meramente voluntaria**, aunque aconsejable, en Alemania, donde puede practicarse en el Registro Central, en la Bundesnotarkammer, al que los jueces pueden acceder por vía electrónica (www.vorsorgeregister.de); en Austria, cabe inscribirlos en el Registro Central, en la Österreichische Notariatskammer, a la que deben comunicarlo abogados y notarios a instancia de interesado, y en España, en el Registro Civil.

Su eficacia. ¿En qué momento adquieren eficacia los poderes preventivos? En principio, surtirán efectos a partir del momento en que el poderdante pierda la capacidad, que es lo que justifica su razón de ser (Alemania, Austria, Bélgica, España —aunque aquí solo si se pacta que sea así—, Francia —siempre requiriéndose certificado médico y pronunciamiento judicial—, Letonia —es *conditio sine qua non*—). Nada impide, sin embargo, que sean eficaces y operativos desde el momento de su otorgamiento, y que se disponga que su eficacia se prolongue y mantenga a pesar de la falta de capacidad sobrevenida del poderdante (Alemania, Austria, Bélgica, España). Cuando la falta de capacidad sobrevenida sea la



causa de su eficacia, el problema consistirá en su acreditación. ¿Cabrán dejar la decisión a un tercero? ¿Tendrá que ser un experto? La prueba es siempre difícil, y el poderdante deberá ser muy preciso, por lo que, en la práctica, lo normal es que los poderes sean eficaces desde el momento inicial, aunque previendo medidas de control para asegurar el buen uso de los mismos.

La extinción por muerte del poderdante. Es la regla general, aunque hay legislaciones que mantienen la eficacia del poder más allá de la muerte, si el poderdante lo ha ordenado así (Alemania, Austria) o, incluso, si resulta conveniente para los propios herederos que el apoderado acabe lo que ha iniciado (Austria, Letonia).

La muerte del apoderado. Es causa lógica de extinción (Bélgica, España, Francia, Letonia), salvo que se haya previsto el nombramiento de un sustituto, o se hayan nombrado varios apoderados simultáneos y viva y sea capaz todavía alguno de ellos.

¿Subsisten a pesar de la incapacidad judicial y de la sumisión a tutela o a otra institución de protección jurídica? ¿Pueden coexistir la tutela y el poder preventivo? El poder puede disuadir de solicitar la incapacidad y el nombramiento de representante legal, aunque nada impide que pueda subsistir aquel con la tutela (dentro de España, en Cataluña), lo cual podríamos pensar que no es razonable, salvo que esta actúe como organismo de control, o supliendo la insuficiencia del poder, o remediando el uso no adecuado o el abuso del mismo (Letonia), o como solución por concurrir signos externos evidentes de que el poderdante no quiere seguir siendo representado por el apoderado, o por haber sido apoderadas personas vinculadas al establecimiento de salud o a la residencia donde se halla el poderdante (Alemania, Austria), o simplemente porque así lo decide el Juez en interés del poderdante (Bélgica).

5. Voluntades anticipadas

Ya hemos visto antes su concepto. También las voluntades anticipadas (o *testamentos vitales*, como vulgarmente se las conoce) plantean serios problemas que dificultan su reconocimiento unánime. La ciencia médica evoluciona, las personas cambiamos... ¿Cómo podemos estar seguros de que nuestra voluntad, nuestros deseos, expresados en semejante documento,

seguirán siendo los mismos años (quizás solo meses o días) más tarde, cuando esa situación extrema se produzca? He aquí la razón por la que no todas las legislaciones reconocen estos documentos, y las que lo hacen los regulan de forma diferente.

A falta de convenios internacionales que ordenen los aspectos sustantivos de fondo, que no existen en la materia, cada Estado aplicará su propia legislación nacional (en España, se da la particularidad de que coexisten diecisiete legislaciones diferentes, tantas como Comunidades Autónomas en que está dividido el Estado).

Sí las conocen y regulan, dentro de la UE (aunque su respuesta varía en cuanto a si cabe designar representante, hasta dónde se puede disponer, qué medidas deben adoptarse para estar seguro de que ha sido una voluntad debidamente informada y consciente, cómo podremos conocerla cuando llegue el día, si cabe revocarla o cambiarla, si será vinculante, cuál es su vigencia, si habrá que ir renovándola, etc.), Alemania, Austria, Bélgica, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Letonia, Países Bajos, Luxemburgo, Portugal y República Checa (por la vía del poder preventivo).

Su regulación difiere. Veamos algunos aspectos más concretos.

Otorgante. Algunos estados exigen explícitamente la mayoría de edad para poder expresar esa voluntad (Eslovenia, Francia, Luxemburgo); para otros, pueden expresarla los menores (en los Países Bajos, se exige que sean conscientes de evaluar y que tengan al menos 12 años).

Apoderado. También difieren en si cabe expresar tal voluntad por medio de un apoderado, o sea, designar a una persona para que dé las instrucciones oportunas cuando llegue el momento.

Suele ser diferente, asimismo, su **contenido**. Cabe designar a la persona que haya de tomar las decisiones (Bélgica, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal); o designar a la persona a la que se haya de informar sobre los tratamientos que se apliquen (Eslovenia, España, Francia, Hungría, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal); o dar instrucciones exactas sobre lo que se quiere y lo que no se quiere (Eslovenia, Francia, Hungría, Letonia, Luxemburgo y Países Bajos, aunque de ellos solo los dos últimos ad-

miten la eutanasia); o solicitar tratamientos paliativos del dolor («ayudar a morir») (Alemania, Bélgica, España, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal); o pedir que se apliquen tratamientos paliativos del dolor con riesgo de abreviar la vida del otorgante (Alemania, Bélgica, España, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal); o querer que no se empleen con él medidas que prolonguen artificialmente la vida, es decir, lo que se conoce como *eutanasia pasiva*, que puede consistir en suprimir la respiración artificial, la nutrición asistida, la transfusión sanguínea, etc. (Alemania, Austria, Bélgica, España, Luxemburgo, Países Bajos); o hacer previsiones sobre donación de órganos o del cuerpo (Alemania; también en otros países es posible, aunque no constituye el contenido propio de un documento de voluntades anticipadas), o dar instrucciones sobre el entierro o incineración (Luxemburgo; en otros países, esto también es posible, pero no constituye el contenido propio de un documento de voluntades anticipadas).

Exigencias formales. En Alemania, se exige forma escrita, así como la intervención de un Médico que informe y se asegure de la capacidad de juicio del mandante; en Austria, se diferencia entre voluntades *vinculantes* y *no vinculantes* (solo para las primeras se exige voluntad en forma escrita y fechada y expresada ante Notario, Abogado o colaborador jurídico, con la debida información de un Médico); en Bélgica, por escrito comunicado al Ayuntamiento; en Eslovenia, por escrito con firma legitimada notarialmente; en España, se debe expresar en escritura notarial, o en un escrito firmado y fechado inscrito en el registro autonómico competente, o en un documento privado con la intervención de dos testigos (en Cataluña, se dice expresamente que se debe otorgar en escritura pública ante Notario o de acuerdo con la legislación sanitaria con testigos); en Francia, se expresará por escrito, firmado y fechado por su autor debidamente identificado (si no puede escribir ni firmar, necesitará a dos testigos), y solo son válidos los otorgados como máximo tres años antes de la pérdida de conciencia, aunque pueden ser renovados firmando en el mismo escrito, guardado por el Médico que le trate o el Médico que haya de decidir, o un familiar, o una persona de confianza, o uno mismo; en Hungría, se manifiesta en escritura, o por escrito firmado y, si no puede firmar, ante dos testigos (este último debe registrarse), y se precisa el examen previo de tres médicos que, por unanimidad, infor-

men por escrito de que era consciente de sus consecuencias y de que la enfermedad es incurable y mortal a corto plazo, tras lo cual, en un máximo de tres días, el interesado ratificará ante dos testigos; si se expresa por medio de representante, el hospital debe respetarlo, pero solicitará la autorización judicial para cumplir; además, se precisa el dictamen de un Psiquiatra emitido con no más de un mes de antigüedad; en Letonia, se exige documento notarial otorgado por el mandante y, si existe, por el mandatario también; en Luxemburgo, por escrito firmado y fechado por su autor, y si no puede escribir ni firmar, debe otorgarse en presencia de dos testigos; cuando se trate de disposiciones de fin de vida y afecte al mandante una imposibilidad física permanente para escribir y firmar (debidamente acreditada mediante certificado médico), lo redactará una persona mayor de edad, ante dos testigos mayores, firmando todos (también, en su caso, el mandatario); en los Países Bajos, por escrito privado o documento notarial, y en Portugal, en documento notarial.

De nada servirá haber expresado «cómo quiere uno morir», si esa voluntad no llega a ser conocida. Numerosos estados requieren dotarla de publicidad: en algunos casos, con carácter opcional; en otros, obligatoriamente

Publicidad e inscripción. De nada servirá haber expresado «cómo quiere uno morir», si esa voluntad no llega a ser conocida. Numerosos estados requieren dotarla de publicidad: en algunos casos, con carácter opcional; en otros, obligatoriamente; aunque los hay también que ignoran esa publicidad y dejan al buen hacer de cada uno el procurarse los medios para que, cuando se necesite, llegue a ser conocida. La inscripción es **opcional** en Alemania, donde cabe inscribir en el Registro Central; en Austria, donde los documentos notariales pueden inscribirse en el Registro Central que se lleva en la Österreichische Notariatskammer; en Eslovenia pueden inscribirse en un registro central; en España, se ha de inscribir en el registro autonómico del domicilio del interesado, de donde se notificará al Registro Central (en algunos registros, la inscripción es constitutiva) (en Cataluña, el documento notarial se debe comunicar al Colegio No-

tarial respectivo para su constancia en el Registro); en los Países Bajos, solo los otorgados ante Notario se pueden inscribir en el Registro que se lleva por la Federación Real de Notarios de los Países Bajos.

En otros casos, la inscripción es **obligatoria**, como en Bélgica, en el Banco de Donantes del Ministerio de Salud Pública; en Letonia, en el Registro de Mandatos de Protección Futura; en Luxemburgo, en donde se inscriben obligatoriamente las disposiciones de fin de vida en el sistema oficial del registro sistemático de disposiciones de fin de vida que se lleva en la Comisión Nacional de Control y de Evaluación, mientras que las voluntades anticipadas no se inscriben y se guardan por el interesado, su Médico o familiares, y se ponen en su momento en conocimiento de quien lo necesite para su incorporación al dossier médico, y en Portugal, en un registro central.

Si vinculan o no: ¿es vinculante para los médicos y/o familiares? En general, obligan, salvo que se deba tomar otra decisión, dadas las circunstancias concretas, y adaptada la voluntad a la gravedad de la enfermedad y a los avances médicos que se hayan ido produciendo (Alemania). Austria exige, para que sean vinculantes, que respeten una determinada forma y que no tengan una vigencia superior a cinco años, salvo que se haya dispuesto un plazo inferior; en Eslovenia, es vinculante para los médicos y los familiares; en España, los facultativos deben acceder a los registros para ver si existen (en el CCCat se dice que los profesionales que atiendan al interesado deben respetar sus instrucciones, siempre dentro de los límites de la legislación sanitaria); en Francia, los médicos deben consultarlas, aunque no les vinculan; deben justificar en el expediente médico por qué no las cumplen, y deben respetar un protocolo colegial; en Hungría, son vinculantes, y si se manifiestan por medio de mandatario, una comisión de tres médicos debe ratificar que el mandatario era consciente de las consecuencias; en Letonia, son vinculantes para el cónyuge, los familiares más próximos, los representantes voluntarios y los legales, y parece ser que también para los facultativos; en Luxemburgo, el proceso es complejo, sobre todo para aplicar la eutanasia o asistencia al suicidio, ya que el Médico debe consultar la irreversibilidad del estado con otro Médico y comunicarlo todo (también la existencia de dicha voluntad) al equipo médico que haya atendido al paciente, a la persona de-

signada por este, a los familiares próximos de aquel que esta haya designado; además, tras aplicar la eutanasia o suicidio asistido, debe informar a una comisión nacional de control y evaluación integrada por nueve personas por si hubiera podido incurrir en responsabilidades disciplinarias; ningún Médico está obligado a cumplir la voluntad, ni a participar en su cumplimiento, aunque, si se niega, debe comunicarlo al paciente o a su representante y poner el expediente en manos del Médico que aquel o este le digan; en los Países Bajos, no es vinculante, y si se niegan los médicos, deben comunicarlo al paciente o a su representante; además, tras practicar la eutanasia, el Médico debe informar a un comité de revisión, y en Portugal, por regla general, se respetan, aunque siempre quedan a la decisión y al criterio ético del Médico, y no se admite la eutanasia.

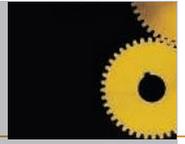
¿Deben renovarse? Por regla general, **no**. Aunque hay excepciones, como en Francia, donde solo sirven si tienen una antigüedad máxima de tres años con respecto al día en que se necesiten, aunque son renovables, o en Hungría, donde se han de renovar cada dos años.

¿Son compatibles con la donación de órganos? La regla general es que se debe atender a la voluntad del disponente respecto de su persona y tratar de coordinar aquella con cualquier donación de órganos que pudiera haber ordenado (Alemania). En muchos estados, se presume la voluntad favorable a la donación de órganos, si no se ha dispuesto lo contrario (Austria, Bélgica —pueden oponerse el interesado o sus familiares, la declaración escrita se hace al Ayuntamiento y se inscribe en el Banco de Donantes del Ministerio de Salud Pública—, Francia, Hungría, Letonia, Portugal).

6. Autotutela⁽²⁾

Aunque el nombramiento de representante legal, para una persona que ha sido judicialmente incapacitada, corresponde generalmente al Juez (y en ciertos países, a otras autoridades), la cuestión es si cabe o no proponer o insinuar al Juez (o, en su caso, a esa otra autoridad) quién o quiénes creemos que podrían ser, llegado el día, la persona o personas idóneas para representarnos y protegernos.

Si se admite, surgen otras dudas que conviene resolver, como: ¿a cuántas personas se puede proponer?, ¿cabe sugerir cuáles



serán sus facultades?, ¿cómo se sabrá que su voluntad ha sido debidamente informada y ha sido plenamente consciente de lo dispuesto?, ¿debe renovar su voluntad?, ¿es vinculante para el Juez?, ¿cómo se dotará a tal propuesta de publicidad para que llegue a ser conocida cuando se necesite?, etc.

En la UE, hay países que sí conocen y regulan esta institución, como Alemania, Austria, Bélgica, España, Estonia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Rumanía.

Difiere, sin embargo, su regulación, al igual que ocurre con las otras instituciones que examinamos.

¿Puede hacerse la propuesta no solo para uno mismo, sino también para otras personas que dependan de aquel, como, por ejemplo, para los hijos bajo su patria potestad o para un incapacitado sometido ya a su tutela, tal y como es posible en Cataluña?

¿A qué **personas** se puede proponer? ¿Existen restricciones? ¿Cabe sugerir a varias personas? ¿Cómo actuarán?

Contenido (ámbito personal y patrimonial). Puede ser amplio y suele ser común a todas las legislaciones que admiten esta figura; así, cabe proponer personas concretas, excluir a determinadas personas, indicar sus facultades, someterlas a controles, etc.

Forma. Varía. Así, en Alemania, rige libertad de forma, aunque es conveniente que conste por escrito; en Austria, rige libertad de forma; en Bélgica, es posible proponerlo o ante Notario o ante el Juez de Paz; en España (Cataluña), se expresa la voluntad ante Notario; en Estonia, rige libertad de forma; en Hungría, además de ante Notario, con documento privado contrafirmado por Abogado, u oralmente ante la autoridad judicial; en Italia, en documento notarial o en documento privado con firma legitimada notarialmente, y en los Países Bajos, por escrito, incluso en formularios.

Publicidad e inscripción. Es **obligatoria** en Bélgica, en el Registro Central que lleva la Federación Real del Notariado belga; en Cataluña (España), deben inscribirse en el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios, realizando la comunicación de oficio el Notario autorizante de la escritura; en Hungría, en el Registro de Directivas Anticipadas que se prevé crear, y en los Países Bajos, en el Registro de Tutores. En cambio, es **opcional**

en Alemania, donde se pueden inscribir en el Registro Central de Mandatos de Protección Futura y de Mandatos de Vida, y en Austria, donde es inscribible como poder en el Registro Central del Notariado austriaco.

¿Es vinculante para el Juez esa propuesta de futuro tutor? En algunas legislaciones, es una simple sugerencia: propone el interesado, pero el nombramiento lo realiza el Juez, si bien suele aceptar aquella, salvo que concurran motivos graves para no hacerlo. Así, en Alemania, donde el Juez fija, además, las facultades; en España (dice específicamente el CCCat que el Juez, aunque solo excepcionalmente —por modificación sobrevenida de las causas tenidas en cuenta o si la delación se hizo dentro del año anterior al inicio del procedimiento de incapacitación—, puede prescindir de designar a las personas propuestas); en Luxemburgo, donde cabe proponer, aunque sin vincular al Juez; en Austria, donde es una simple sugerencia para el Juez; en Estonia; en los Países Bajos; en Bélgica, salvo motivos graves; en Hungría, salvo que el Juez lo rechace por ir contra los intereses del tutelado o por razones graves, y en Italia, salvo que concurran razones graves.

V. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: SITUACIONES CON ELEMENTOS TRANSFRONTERIZOS

1. Introducción

Desde el punto de vista internacional, cuando nos enfrentamos a situaciones jurí-

dicas en las que concurre un elemento transfronterizo o de extranjería, cabe que, a la hora de tener que resolver un conflicto, pueda haber más de una autoridad, jurisdiccional o no, que sea competente; o puede que más de una ley sea susceptible de ser aplicada; o puede que se deban adoptar medidas en diferentes estados; o que los documentos obtenidos en uno hayan de ser utilizados en otros, o que se vean afectadas personas o bienes situados en diferentes países.

Los ciudadanos europeos (también los de otros estados) exigimos que se adopten por nuestras autoridades las medidas necesarias para facilitar nuestra libre circulación, para evitarnos pérdidas de dinero y de tiempo y lograr la mayor seguridad jurídica en nuestras relaciones jurídicas, cualquiera que sea el lugar en el que estas se desarrollen. Las autoridades europeas están concienciadas de ello y van adoptando paulatinamente las decisiones oportunas.

Los estados deben llegar a acuerdos para poder dar respuestas uniformes, si no de Derecho material, sí, al menos, de Derecho Internacional Privado, aprobando normas y convenios vinculantes para cuantos más estados mejor

Debe evitarse que cada Estado adopte sus propias soluciones, las cuales no siem-





pre coinciden con las de los demás. Los estados deben llegar a acuerdos para dar respuestas uniformes, si no de Derecho material (lo cual parece, al menos por el momento, imposible), sí, al menos, de Derecho Internacional Privado, aprobando normas y convenios vinculantes para cuantos más estados mejor, y resolviendo de manera uniforme las preguntas que antes hemos planteado. Es ilógico, antieconómico y contrario a la seguridad jurídica que se tenga que reproducir en cada Estado afectado un proceso de incapacitación o tener que obtener de nuevo los documentos de que ya se disponía en otro Estado.

Las normas de Derecho Internacional Privado deben resolver de manera vinculante para los estados que las aprueben:

- Cuál es el Estado cuyas autoridades serán competentes para adoptar las medidas de protección de una persona. Será aquel quien precise qué autoridades nacionales suyas concretas son las competentes.
- Cuál es el Estado cuyas leyes regirán la protección. Será aquel quien determine cuál de sus diversas legislaciones nacionales concurrentes dentro de sus fronteras es la aplicable.
- Cuál es el procedimiento de reconocimiento o aceptación, y de ejecución, de las resoluciones judiciales, de los documentos públicos y de las transacciones extranjeras: si serán aceptadas sin más

o sometidas a un procedimiento más o menos ágil, si cabrá oponerles o no excepciones, valorar su fondo u oponerles la excepción de ser contrarias al orden público nacional, si necesitarán estar traducidas, apostilladas, legalizadas o sometidas a alguna otra formalidad externa.

Contamos con la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008 (en enero de 2011 la asume la UE). Este texto:

- Distingue entre *capacidad jurídica* (inherente a toda persona, como titular de derechos y obligaciones) y *capacidad de obrar* (susceptible de tenerse o no completa o restringida).
- La falta de capacidad de obrar puede ser debida a razones patrimoniales o personales (intelectuales).
- La Convención obliga a los Estados Miembros a «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente» (art. 1).
- Los estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas el ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos; se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias

de la persona; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; que se apliquen en el plazo más corto posible, y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de **una autoridad** u órgano judicial competente, independiente e imparcial (art. 12.4).

2. *Derecho Internacional Privado en relación con la protección de los discapacitados*

Para resolver estas cuestiones típicas del Derecho Internacional Privado, se aplicarán los convenios o disposiciones internacionales vigentes en la materia, y, a falta de ellos, las normas de Derecho Internacional Privado propias de cada Estado.

Esas disposiciones internacionales, en caso de que se considerasen aplicables, podrían ser:

- El Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), aunque dice en su art. 1.2: «Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] g) la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar [...]».
- La Convención de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de los adultos:
 - Está vigente en Alemania, Austria, Estonia, Francia, Portugal y la República Checa. Solo ha sido firmada, aunque no ratificada, por Grecia, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y Polonia.
 - Busca proteger a los adultos en situaciones internacionales cuando, por una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses.
 - Regula las tres cuestiones típicas de Derecho Internacional Privado:
 - Competencia jurisdiccional (arts. 5, 7 y 6):
 - Son competentes las autoridades judiciales o administrativas



del Estado parte donde tenga su residencia habitual el sujeto.

- Tienen competencia subsidiaria las autoridades del país de la nacionalidad del sujeto, siempre que se considere que le pueden proteger mejor y lo notifiquen a las anteriores.
- Para personas con residencia indeterminada, refugiados, etc., lo son las del Estado de situación del adulto.

Ley aplicable:

- La autoridad competente aplica su propia ley (normalmente, pues, la de la residencia habitual).
- Excepcionalmente, aquella puede aplicar, para una mejor protección, la ley extranjera con la que se guarde un vínculo estrecho (art. 13.2).
- El adulto puede elegir por escrito que se aplique la ley de su nacionalidad, la del país donde haya residido habitualmente o la del país de situación de sus bienes por lo que respecta a estos (art. 15).

Circulación y reconocimiento (art. 22): las medidas acordadas serán reconocidas de pleno derecho en los demás estados parte, aunque cabe su denegación, tanto a su reconocimiento como a la ejecución, por causas concretas (art. 22.2).

3. *Derecho Internacional Privado en relación con la protección de los menores*

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, disponemos de dos textos, principalmente:

1. El Reglamento n.º 2201/2003, de 27 de noviembre (Bruselas II bis), sobre competencia jurisdiccional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental⁽⁹⁾.
2. La Convención de La Haya sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento,

ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores, de 19 de octubre de 1996⁽⁴⁾.

El segundo, anterior en el tiempo al primero, permite que los estados puedan celebrar entre ellos convenciones sobre la misma materia que prevalezcan sobre aquel. La convención prevalecerá respecto de otros estados contratantes con los que no se hayan celebrado nuevos acuerdos.

Nada impide, además, a los estados contratantes celebrar los convenios que deseen con estados no contratantes de aquellos.

Ambos textos regulan la cuestión de la competencia jurisdiccional y su compatibilidad debe resolverse de la siguiente manera:

- Si el menor tiene su residencia habitual en un Estado Miembro del Reglamento, se aplicarán las reglas del Reglamento n.º 2201/2003 que regulan quiénes son las autoridades competentes para dirimir las cuestiones conflictuales que se produzcan.
- Si el menor tiene su residencia habitual en un Estado Miembro de la Convención que no sea Estado Miembro del Reglamento, se aplicarán las reglas de la Convención que regulan quiénes son las autoridades competentes para dirimir las cuestiones conflictuales que se produzcan.
- Si el menor tiene su residencia habitual en un Estado que no es miembro del Reglamento ni de la Convención, salvo que existan con él convenios internacionales, cada Estado aplicará sus propias normas de Derecho Internacional Privado.

A nivel nacional, cada Estado es libre de determinar qué autoridades concretas suyas son las competentes.

En cuanto al Reglamento n.º 2201/2003:

- **Ámbito de aplicación:** regula la atribución, ejercicio, privación y delegación de la representación parental⁽⁵⁾ y otras instituciones análogas de protección (art. 3).

No regula, entre otras materias, la determinación e impugnación de la filiación, la adopción, el nombre y apellidos del menor, la emancipación o las obligaciones de alimentos (art. 1).

- **Competencia jurisdiccional (arts. 8 y ss.):** son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro de la residencia habitual⁽⁶⁾ del menor cuando se presente el asunto. El cambio legal de residencia habitual conlleva también el de las autoridades competentes.

Lo serán las del Estado Miembro donde se encuentre cuando no pueda determinarse su residencia habitual o se trate de menores internacionalmente desplazados o refugiados.

Excepcionalmente, conservan su competencia las de la anterior residencia habitual respecto de los menores desplazados o retenidos ilícitamente o, temporalmente, cuando afecte a derechos de visita previamente acordados, y cabe también que puedan ser competentes otras autoridades de estados contratantes que estén en mejor situación o con los que el menor guarde especial vinculación y estén mejor posicionados para conocer el asunto.

Residualmente, serán competentes las del Estado Miembro cuando lo sean conforme a sus leyes nacionales.

- **Reconocimiento (arts. 21 y ss.):** las resoluciones dictadas en un Estado Miembro serán reconocidas en los demás sin necesidad de procedimiento alguno. No cabe revisar el fondo, aunque sí cabe oponer ciertas causas tasadas que impidan el reconocimiento (art. 23; así, *grosso modo*, que sean contrarias al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del menor; o se hayan dictado sin oír al niño; o sin notificarle; o en perjuicio de su representación legal y sin darle audiencia, o si son incompatibles con otras ya adoptadas).

El reconocimiento y la ejecución de resoluciones ejecutivas en el Estado Miembro de origen se producirán por un procedimiento seguido en el Estado de destino; existen particularidades para la ejecución en Reino Unido.

- **Circulación de documentos públicos (art. 46):** los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado Miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado Miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas

condiciones que las resoluciones judiciales.

Los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado Miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado Miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales

No dice explícitamente que no necesitan ser legalizados o sometidos a formalidades análogas.

No debemos olvidar que el Reglamento está siendo revisado en la actualidad; principal, si no exclusivamente, el régimen de la representación parental (para agilizar los procedimientos, facilitar el reconocimiento y la ejecución, fortalecer el que los protegidos sean oídos, etc.).

En cuanto a la Convención de 1996, resuelve diversas cuestiones de Derecho Internacional Privado:

- **Ámbito de aplicación:** se aplica a los niños desde su nacimiento hasta los 18 años (art. 2). Regula la atribución, ejercicio, privación y delegación de la representación parental de los niños y otras

instituciones análogas de protección (art. 3).

No regula, entre otras materias, la determinación e impugnación de la filiación, la adopción, el nombre y apellidos del menor, la emancipación o las obligaciones de alimentos (art. 4).

- **Competencia jurisdiccional (arts. 5 y ss.):** son competentes las autoridades, judiciales o administrativas, del Estado Miembro de la residencia habitual⁽⁷⁾ del menor, tanto para proteger a su persona como sus bienes. El cambio legal de residencia habitual conlleva también el de las autoridades competentes.

Lo serán las del Estado Miembro donde se encuentre cuando no pueda determinarse su residencia habitual o se trate de menores internacionalmente desplazados.

Excepcionalmente, conservan su competencia las de la anterior residencia habitual respecto de los menores desplazados o retenidos ilícitamente, y cabe también que puedan ser competentes otras autoridades de estados contratantes que estén en mejor situación cuando sea preciso adoptar medidas especiales de protección del menor, o las del Estado contratante en que se encuentre el menor o sus bienes, si deben prestarse medidas urgentes de protección.

- **Ley aplicable (arts. 15 y ss.):** en general, la del Estado contratante cuyas autoridades sean competentes (ley del Estado donde resida habitualmente el menor) regula la atribución y privación de la representación y su ejercicio. Excepcionalmente, se aplicará la del Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. El cambio legal de residencia habitual conlleva también el de la ley aplicable.

Serán aplicables incluso las leyes de estados no contratantes (principio universal).

Generalmente, se aplica el Derecho material de un Estado, y no sus normas de Derecho Internacional Privado, salvo que sea un Estado no contratante, en cuyo caso se admite el reenvío al de otro Estado no contratante, que aplicaría su propia ley.

Juega la excepción de orden público, teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor.

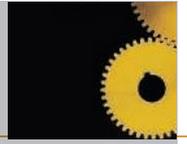
Los estados plurilegislativos conservan sus competencias internas, dando la Convención respuesta a aquellos que carezcan de normas de resolución de conflictos internos (arts. 46 y ss.).

- **Reconocimiento (arts. 23 y ss.):** las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante serán reconocidas, por regla general, de pleno derecho en los demás estados contratantes; con salvedades, como que sean contrarias al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del menor; o se hayan dictado por autoridad no competente; o sin oír al niño o a su representante legal; o no se haya respetado el procedimiento legal, o sean contrarias a otras ya adoptadas reconocibles.

El reconocimiento y la ejecutividad de medidas ejecutorias en el Estado contratante de origen se producirán por un procedimiento abreviado y tasado seguido en el Estado de destino.

- **Circulación de documentos (arts. 40 y ss.):** cabe obtener en el Estado de origen un certificado acreditativo de la titularidad de la representación del menor y de sus poderes, el cual no precisará de legalización ni de apostilla alguna.





4. *El Derecho Internacional Privado en relación con la preparación para una futura posible pérdida de capacidad*

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, para otorgar un poder preventivo, manifestar una voluntad anticipada o proponer a quien haya de ser en el futuro el tutor, es posible que nazcan dudas cuando concurra un elemento transfronterizo, como puede ser la nacionalidad, la residencia habitual o el domicilio del otorgante o del representante, o bien el lugar donde se haya de ejercer la representación o donde se encuentren los bienes, por ejemplo. Se dudará de qué autoridad será la competente para dirimir los conflictos que puedan surgir, qué ley la aplicable o cuáles las condiciones de fondo o forma que tal declaración de voluntad haya de revestir para ser aceptada y desplegar sus efectos.

Se aplicarán, en primer lugar, las disposiciones internacionales existentes, y, en su defecto, por cada Estado, si las tiene, sus propias normas nacionales de Derecho Internacional Privado. En cualquier caso, será necesario proceder previamente a la calificación jurídica o averiguación de la naturaleza jurídica del acto o negocio jurídico, para saber, al menos, cuál es la **ley material aplicable**.

Así, si son poderes, se deberá determinar:

Qué ley se aplica:

- Si la Convención de 13 de enero de 2000, u otro texto internacional en vigor, es o no aplicable. Según la Convención, el adulto puede elegir por escrito que se aplique la ley de su nacionalidad, la del país donde haya residido habitualmente o la del país de situación de sus bienes por lo que respecta a estos (art. 15).
- Si se los somete al régimen de los contratos y se les aplica Roma I o no. Este excluye expresamente, en su art. 22, la representación legal y la voluntaria.

Cuál es el ámbito de aplicación de dicha ley. Regula:

- La existencia del poder.
- Las facultades y las obligaciones del representante.

- La cuestión de saber en qué medida su actuación obliga al representado frente a terceros.
- El alcance del poder, su renovación y su extinción.
- Las extralimitaciones del representante en su actuación y las consecuencias que ello acarrea.

Qué tipo de representación es, si legal o voluntaria: pensemos en un poder otorgado cuando la persona es capaz, pero que se ejerce cuando pierde su capacidad. ¿Cambia su carácter originario de voluntario por el de legal sobrenvenido? Ello tiene trascendencia si la ley reguladora de la representación voluntaria (a la que se aplica generalmente la ley del lugar donde se ejercen tales facultades) es distinta de la que rige la representación legal (esta, generalmente, por la ley reguladora de la relación jurídica de donde resultan las facultades).

Si nos enfrentamos a unas voluntades anticipadas, es conveniente diferenciar entre dos situaciones:

- Aquella en que se hayan otorgado poderes a una persona para que pueda representar al otorgante y solicitar informes y/o aceptar, rechazar, solicitar la adopción de ciertos tratamientos médicos. La solución es similar a la que hemos expuesto para los poderes preventivos o mandatos de protección futura.
- Aquella otra en que el otorgante ya manifiesta clara y directamente su voluntad y qué es lo que quiere o no quiere que se le haga. Es un acto unilateral, no hay mandato alguno, son instrucciones claras. En principio, parece que deberán regirse por el estatuto personal, o sea, por la ley personal del otorgante. Esta puede variar de una legislación a otra, ya que, en unos casos, la ley personal será la de su nacionalidad y, en otros, la de su residencia habitual. Cuestión diferente es la de qué forma debe revestir esa voluntad y la de la ley que rija aquella.

En cuanto a la autotutela o propuesta de que se nombre en el futuro como

administrador o representante legal a una determinada persona, no se trata propiamente de un apoderamiento, sino de una simple sugerencia al Juez para cuando llegue, si llega, la incapacitación del otorgante y se tenga que nombrar a un representante legal. Debemos distinguir dos momentos: el de la propuesta y el de su nombramiento efectivo. Al hacer la propuesta, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en ese momento (la ley por la que se rija la tutela/curatela o institución de protección de una persona determinará su validez). Al hacer el nombramiento, se aplicarán, para determinar su eficacia, vinculación y alcance, las normas de Derecho Internacional Privado que rijan en ese preciso momento aquellas instituciones.

La cuestión que más suele preocupar a los ciudadanos es la del reconocimiento y aceptación del documento (poder preventivo, últimas voluntades o propuesta de tutor) en un Estado distinto de aquel en que se han otorgado

Pero la cuestión que más suele preocupar a los ciudadanos es la del reconocimiento y aceptación del documento (poder preventivo, últimas voluntades o propuesta de tutor) en un Estado distinto de aquel en que se han otorgado, por ejemplo, porque es el de su nacionalidad, o el de su domicilio, o el de su residencia habitual, o en el que tienen algunos bienes, o, simplemente, en el que han de utilizarse.

- Aun siendo válidos el poder preventivo, la declaración de últimas voluntades o la propuesta de tutor de acuerdo con la legislación del Estado del lugar de su otorgamiento, cuando se quieran hacer circular, será el Estado de destino o recepción el que deba apreciar si los acepta o no, cuál es el alcance que les reconoce, si son o no vinculantes y en qué grado, y si atentan o no contra su orden público o sus normas imperativas.
- Independientemente de cuál sea la forma que el poder preventivo, la declaración de últimas voluntades o la



propuesta de tutor deban adoptar para su validez, es evidente que, para su aceptación o circulación, ayudará el que consten en **documento notarial** (no debiera bastar la simple legitimación notarial de firmas o reconocimiento notarial de que una firma es de una persona concreta, si no ha habido verdadero control, debidamente asesorado, de legalidad amparado por la fe pública), debidamente apostillado o legalizado y, en su caso, si no se entiende el idioma, debidamente traducido (traducción jurada). Además, se deberá velar para que no sean contrarios al orden público del Estado de destino ni a sus normas imperativas.

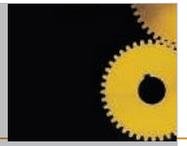
— No obstante, como hemos apuntado, convendría matizar la respuesta para aquellos casos en que la legitimación de firmas implique un auténtico control de legalidad del Notario interviniente; o en que la apostilla o legalización no sea necesaria o se opte por no exigirla bajo la responsabilidad de quien lo haga, y sin perjuicio de los mecanismos de protección que pudiera haber adoptado, o en que la traducción no sea necesaria o baste con una que no sea jurada. El receptor del documento lo determinará bajo su responsabilidad. En definitiva, habrá que estar a lo que en el futuro puedan disponer las distintas disposiciones europeas que en estas materias se vayan aprobando.

VI. CONCLUSIONES

1. Las personas discapaces, aunque no hayan sido judicialmente incapacitadas, necesitan ser integradas y acogidas en y por la sociedad, no meramente protegidas. De ahí que la capacidad que deba serles apreciada haya de ser la **suficiente** para lo que se pretenda, no la general para obrar en cualquier negocio.
2. El tratamiento jurídico debe ser diferente en función de cuál sea la discapacidad, dado que la física no podrá recibir el mismo que la intelectual.
3. Las medidas de protección que se adopten deben ser:
 - a) Adecuadas para la persona del discapaz.
 - b) Eficaces para evitar los abusos y asegurar el respeto a la voluntad y a las decisiones del discapaz.
 - c) Inmediatamente adoptadas.
 - d) Estar en permanente revisión.
4. Debe darse preferencia a un sistema más moderno de ayuda o apoyo al discapaz, al que se le permita actuar hasta donde llegue y en función del momento, el lugar y la naturaleza del acto o negocio que pretenda o haya de realizar, con lo que no solo no se le anule, sino que se facilite su integración social frente al sistema tradicional de protección y sustitución del mismo («su muerte ci-

vil»), salvo en casos excepcionales, irreversibles y verdaderamente graves.

5. Debe fomentarse, en esta materia, la autonomía de la voluntad (dentro de los límites que permita el interés superior de la persona a proteger) y dar apoyo a los sistemas de ayuda con flexibilización de los sistemas tradicionales de guarda, tutela, protección y otros análogos (ayuda frente a la necesaria incapacitación judicial y suavización de los mecanismos de control tradicionales, acomodándolos a las necesidades en cada momento, de cada persona y de sus bienes).
 6. Debe insistirse, e incluso reforzarse, el papel del Notario como órgano idóneo de protección de los discapaces, y reducir la implicación de los jueces en los casos tradicionales de jurisdicción voluntaria, o sea, no contenciosos. Aquel, por las condiciones que concurren en el ejercicio de su función, por la cercanía a los interesados y la confianza ganada, al ser conocedor de la situación personal, social, laboral, familiar y económica de los afectados, goza de los elementos necesarios y suficientes para valorar en cada caso concreto lo que más conviene a la persona vulnerable.
 7. Desde el punto de vista legal, es necesario que las legislaciones nacionales se adapten a las ideas expresadas.
 8. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, dada la imposibilidad de unificar el contenido sustantivo o material de las leyes que existen, han de unificarse las normas de conflicto, de manera que quede claro qué autoridad es competente en cada caso en materia de discapacidad, qué ley es aplicable y qué documentos (y en qué condiciones) se necesitan para asegurar su libre y rápida circulación.
- Especial interés tiene el regular estas cuestiones en materia de poderes preventivos, voluntades anticipadas y propuestas de nombramiento de tutor, dada la laguna legal existente, la importancia social que estas instituciones van adquiriendo (y que se va traduciendo en un aumento del número de estados que las regulan) y la diferencia regulatoria que existe.
9. Logrado lo anterior, debe fomentarse la adhesión de cuantos más estados mejor



a normas uniformes de Derecho Internacional Privado.

10. Debe facilitarse la circulación de los documentos públicos y, más en concreto, de los documentos notariales autorizados por un Notario de corte latino-germánico.

Debería intentarse suprimir, o al menos minimizar, la exigencia de la legalización o apostilla.

Podrían crearse modelos oficiales, traducidos a diferentes idiomas, que facilitasen la acreditación de la representación legal.

11. Facilitar el acceso a los registros públicos que publiquen información acerca de la menor edad de las personas, de quiénes son sus representantes legales, de si estos han sido o no privados de la misma, de quiénes han sido incapacitados y cuál es el régimen establecido, y de si existen poderes preventivos, voluntades anticipadas o propuestas de nombramiento de tutor.

12. Los notarios debemos ser claros y precisos en la redacción de los documentos que autorizamos. Debemos tener presente que estos pueden llegar a utilizarse en el extranjero. De ahí que pueda ser conveniente, según el caso, expresar en ellos cuáles son la nacionalidad y la residencia habitual del otorgante, así como su voluntad de someter el negocio celebrado a una ley concreta (generalmente, la del lugar del otorga-

miento, que es también donde residirá habitualmente el otorgante y donde será utilizado el documento), lo que servirá para interpretar, aclarar y completar, si fuere preciso, su voluntad. Además, se deberá informar y advertir al otorgante de las medidas que debiera adoptar para dotar de plena eficacia y publicidad al documento y al negocio que contiene.

Los notarios europeos, y los del mundo entero, unidos bajo el paraguas de la UINL, estamos fuertemente involucrados en la elaboración de un Derecho que facilite la vida a los ciudadanos brindándoles la protección y la seguridad jurídica que precisan

Los notarios europeos, y los del mundo entero, unidos bajo el paraguas de la UINL, estamos fuertemente involucrados en la elaboración de un Derecho que facilite la vida a los ciudadanos brindándoles la protección y la seguridad jurídica que precisan.

- (1) En Francia prefieren hablar de *oficiales públicos*.
 (2) Empleamos esta expresión como equivalente a la propuesta de una persona de quién quiere que sea su representante legal cuando lo necesite, sea cual sea este en función del grado de incapacidad, y, por tanto, ya se necesite un tutor, o un

curador, o cualquier otra figura jurídicamente posible.

- (3) Dinamarca no participa en el Reglamento, que está siendo objeto de revisión actualmente. Suecia y Finlandia dan preferencia en sus relaciones mutuas entre ambas al Acuerdo Nórdico de 6 de febrero de 1931, entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia.
 (4) Vigente a nivel europeo en Alemania desde 1-1-2011, en Austria desde 1-4-2011, en Bélgica desde 1-9-2014, en Bulgaria desde 1-2-2007, en Croacia desde 1-1-2010, en la República Checa desde 1-1-2002, en Eslovaquia desde 1-1-2002, en Eslovenia desde 3-8-2004, en España desde 1-1-2011, en Estonia desde 1-6-2003, en Francia desde 1-2-2011, en Grecia desde 1-6-2012, en los Países Bajos desde 1-5-2011, en Hungría desde 1-5-2006, en Italia desde 23-4-1995, en Letonia desde 1-4-2003, en Lituania desde 1-9-2004, en Luxemburgo desde 1-12-2010, en Malta desde 1-1-2012, en Polonia desde 1-11-2010, en Portugal desde 1-8-2011, en Rumanía desde 1-1-2011, en Chipre desde 1-11-2010, en Dinamarca desde 1-10-2011, en Irlanda desde 1-1-2011, en Reino Unido desde 1-11-2012, en Suecia desde 1-1-2013 y en Finlandia desde 1-3-2011.
 (5) El texto habla de la «*responsabilidad parental*».
 (6) Quizás fuese conveniente definir el concepto de *residencia habitual*, como se hace en el Reglamento UE 650/2012, de sucesiones internacionales.
 (7) Quizás fuese conveniente definir el concepto de *residencia habitual*, como se hace en el Reglamento UE 650/2012, de sucesiones internacionales.

RAPPORT DU NOTARIAT DU TOGO

XXVI 1E CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT LATIN NOMINÉ PRIX DUCRET 2016

CHAMBRE DES NOTAIRES DU TOGO
LIMA, PÉROU
10 au 12 octobre 2013

COORDONNATEUR NATIONAL DES THEMES
M. Prosper Kokou GADEGBEKU
Notaire

XXVI le Congrès International du Notariat Latin
Rapport togolais présenté par
Me Prosper Kokou GADEGBEKU, Notaire

Theme I

RÉFLEXIONS DU NOTARIAT SUR LE DROIT DE LA FAMILLE ET DES SUCCESSIONS FACE AUX NOUVELLES RELATIONS SOCIALES

SYNTHESE

L'individu dès sa naissance est assujéti aux règles de droit qui déterminent ses actes aux différents stades de sa vie et régissent la société dans laquelle il doit vivre.

Il aura donc à grandir, à se marier, à avoir des progénitures et aussi à disparaître un jour, laissant probablement derrière, des biens qui iraient échoir à ses héritiers.

C'est donc dans ce sens que le législateur a récemment dans le nouveau code des personnes et de la famille du 06 Juillet 2012, doté les notaires des textes leur permettant de jouer pleinement et efficace-

ment leur rôle d'officier public intervenant au cœur des familles.

Dans la première sous-partie de ce développement, il a été abordé d'une part la législation en vigueur au Togo sur le mariage, la filiation et l'adoption, et la vocation successorale.

Pour le mariage, il a été souligné l'âge fixé par le législateur pour se marier et les possibilités de dispense par l'autorisation des pères et mères pour les mariages pour mineurs.

En ce qui concerne la filiation, le législateur togolais, à la différence du législateur français ne retient que la filiation par le

sang. Par contre, il se rapproche du législateur français pour distinguer l'adoption pleine et l'adoption simple, précisant de passage les droits reconnus à l'adopté dans sa famille d'adoption.

La vocation successorale a été ensuite abordée, relevant la vocation successorale des enfants du de cujus et du conjoint survivant.

La deuxième sous-partie a été consacrée au lien de conjugalité et à la transmission du patrimoine, laquelle sous-partie aborde la problématique qui entoure la vocation successorale du conjoint survivant



dans nos mœurs en Afrique en général, et au Togo en particulier.

Cette précédente sous-partie annonce la deuxième partie subdivisée en deux sous-parties, la première consacrée aux attentes et aux perspectives politiques au Togo, et la deuxième, mettant en exergue les incidences de la concrétisation des attentes au Togo.

En effet, il est à noter qu'après le décès de toute personne, on remarque la présence du conjoint survivant parmi les successibles. C'est la dévolution légale. Mais cette dévolution légale peut être écartée par le biais du testament qui pourra éventuellement la gratifier d'une quote part dans la succes-

sion. Et sur cet aspect, le nouveau Code des Personnes et de la Famille de 2012 n'a pas réellement innové, car il maintient la pratique de la coutume, lésant par là l'épouse survivante dans la dévolution successorale, et constituant par là un véritable obstacle à la transmission du patrimoine à la femme.

Le concubinage a été ensuite abordé en tant qu'union libre dans laquelle se retrouve la quasi-totalité des couples au Togo, mais n'ayant malheureusement pas fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur togolais de 2012 pour bénéficier d'un éventuel régime juridique, pouvant faciliter la transmission de patrimoine du concubin défunt à la concubine vivante.

La transmission du patrimoine a été par ailleurs dans une sous-partie appréhendée entre le défunt et les enfants avec le régime juridique qui s'y applique d'une part, et d'autre part, entre le défunt et le conjoint survivant avec le poids de la coutume dans cette transmission d'autre part, mettant ainsi en jeu la nécessité d'instruments de régulation par le recours au juge et au notaire.

Ces derniers dans l'exercice de leur profession, privilégient le droit positif par rapport à la coutume qui, incontestablement ne participe pas à l'amélioration de la situation de la femme au foyer, mais plutôt tend à l'endiguer avec le soutien des lobbies traditionnalistes.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Première Partie

I. LA LEGISLATION EN VIGUEUR AU TOGO

1. Le mariage
2. La Filiation et l'adoption
 - a. La Filiation
 - b. L'adoption
3. La vocation successorale: les droits du conjoint survivant et les droits des enfants

II. DU LIEN DE CONJUGALITE ET LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE

- A. Le sort de la femme en cas de transmission du patrimoine
- B. Les obstacles à la transmission du patrimoine à la femme

Deuxième Partie

I. LES ATTENTES ET LES PERSPECTIVES POLITIQUES POUR LE TOGO

- A. Les évolutions
 1. Les liens de conjugalité
 2. L'omniprésence de l'union libre ou le concubinage
- B. La transmission de patrimoine
 1. La transmission de patrimoine entre le défunt et les enfants
 2. La transmission du patrimoine entre le défunt et la conjointe survivante: le poids de la coutume
- C. La nécessité d'instruments de régulation
 1. Le recours au juge comme régulateur
 2. Le recours au notaire

II. LES INCIDENCES DE LA CONCRÉTISATION DES ATTENTES AU TOGO

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION

L'homme naît, grandit et meurt, laissant de passage des progénitures qui sont appelées incontestablement à lui succéder. Ce parcours de l'individu, sujet de droit nécessite le respect de normes qui lui sont imposées par la société, en fonction d'un certain nombre de

principes philosophiques qui déterminent les règles du comportement social individuel.

La règle de droit a donc pour fonction de déterminer dans le concret le comportement individuel dans la société en général, et dans un cadre beaucoup plus restreint c'est-à-dire la famille en particulier, depuis

sa formation jusqu'à sa dissolution pour cause de mort.

Le système législatif togolais a daigné enlever toute protection à la femme togolaise, dès lors que pour remédier au droit français qui nous régissait(1), il a entendu par l'ordonnance de 1980, imposer un nou-



veau droit des personnes et de la famille(2), celui là instaure comme principe la séparation des biens, et comme exception la communauté des biens dont on peut recourir par contrat de mariage(3), il abonde ainsi dans le sens du respect de la coutume, qui corrobore ce principe, qui à la dissolution du mariage, méconnaît tout droit en faveur de la femme(4), qui dans ces situations quittait le foyer conjugal, complètement démunie.

Cet état de fait implique l'immixtion du notaire en tant qu'officier public, ayant à charge de préserver une norme de conduite destinée à maintenir un certain ordre social, imposée aux membres d'une société organisée, qui doivent la respecter sous peine de tomber sous le coup de sanctions infligées par l'autorité publique.

Au Togo, le législateur a, dans le code des personnes et de la famille modifié récemment par la loi organique N° 2012-014, prescrit des textes régissant le droit de la famille et des successions, donnant ainsi aux notaires, le socle juridique leur permettant d'exercer efficacement et objectivement leur mission de conseil pour les familles, quelque soit la nature du problème auquel ils sont confrontés d'une part, et d'autre part leur mission d'officier public investi du mandat de liquidateur de successions.

Le développement de ce thème nous amènera donc à appréhender dans la première partie la législation en vigueur au Togo, et dans la deuxième partie, les attentes et les perspectives politiques pour le Togo.

Première Partie

De tout temps, les togolais ont toujours voulu avoir une nouvelle législation, car leur première loi véritable en matière de droit de la famille et des successions, vient d'une ordonnance de 1980, qui, au fil des années ne permettait plus de répondre aux évolutions que connaît notre société. Aussi, il était déjà impérieux que le pays connaisse une nouvelle législation devant prendre en compte les attentes des populations, c'est ainsi qu'une loi organique a été promulguée en 2012 et qui est la législation en vigueur au Togo (I) actuellement, elle a mis en place quelque peu le processus de transmission de patrimoine entre conjoints à cause de mort (II).

I. LA LEGISLATION EN VIGUEUR AU TOGO

Le nouveau Code des Personnes et de la Famille du 06 **Juillet** 2012 détermine le régime du mariage⁽¹⁾, de la filiation et de l'adoption⁽²⁾, et de la vocation successorale⁽³⁾.

1. Le mariage

A la différence du Code Napoléon de 1804 qui ne donne aucune définition du mariage, le législateur togolais définit le mariage dans l'article 41 du Code Togolais des Personnes et de la Famille (CTPF), comme étant «*Pacte civil et solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union légale et durable*».

C'est une union solennelle de l'homme et de la femme (ce qui le différencie du concubinage) dont le but n'est pas nécessairement la procréation car si Pothier et Portalis visaient dans leur définition «*la perpétuation de l'espèce*», la doctrine et la jurisprudence ont depuis abandonné cette idée. La procréation est un effet normal du mariage, l'un de ses buts essentiels, mais ce n'est pas le but unique.

C'est une union qui fait l'objet d'une réglementation de la part du législateur qui détermine dans le code des personnes et de la famille, les conditions de formation et de dissolution du mariage.

Il est possible de dire que le mariage est une union solennelle de l'homme et de la femme qui consacre l'acceptation des droits et des obligations que la loi attache à la qualité d'époux.

Le mariage est donc à la fois un contrat et une institution; contrat dans la mesure où le consentement des époux apparaît comme la condition essentielle du mariage, institution dans la mesure où les époux ne sont pas libres de déterminer le contenu de leurs obligations, ni les conditions de formation et de dissolution du mariage.

Notons que le législateur togolais a posé des conditions pour la validité du mariage. Sur la forme, il faut une célébration du mariage, et sur le fond, le mariage ne peut être célébré que si les époux répondent à certains critères. L'inobservation de ces conditions de fond ou de forme peut être sanctionnée par la nullité du mariage.

S'agissant des conditions de fond, il convient de retenir que le législateur fixe à 18 ans l'âge auquel l'homme et la femme peuvent contracter mariage. Néanmoins, le président du tribunal ou le juge aux affaires matrimoniales du lieu de la célébration du mariage peut accorder des dispenses d'âge pour des motifs sérieux (art. 43 OTPF).

Encore faut-il que le mariage engageant le mineur soit célébré avec l'autorisation de ses père et mère ou à défaut, de la personne qui, selon la loi, autorité sur le mineur.

En cas de désaccord entre les père et mère, ce partage emporte refus d'autorisation (art.45 al 1).

Le désaccord entre les père et mère peut être constaté, à la requête des futurs époux, par le juge compétent. Il peut également être constaté soit par une lettre dont la signature est légalisée et qui est adressée à l'officier de l'état civil qui doit célébrer le mariage, soit par un acte dressé par un notaire, le juge compétent, l'officier de l'état civil du domicile ou de la résidence de l'ascendant ou, si ce dernier réside à l'étranger, par un acte dressé par l'agent diplomatique ou consulaire togolais.

Le refus d'autorisation des père et mère ou leur désaccord peut être déféré au président du tribunal, à la requête des futurs époux ou de l'un des parents (art. 45 alinéa 2 à 6).

Chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage. Le principe est celui de la validité du mariage de toute personne quel que soit son état de santé physique ou moral. Dans le cas contraire, le mariage est nul et tout acte sexuel imposé découlant de l'obligation de cohabitation charnelle incombant aux époux, est assimilé au viol (art.44 CTPF). Par conséquent, le consentement n'est point valable s'il a été extorqué par violence, ou s'il n'a été donné que par suite d'une erreur sur la qualité physique, civile ou sur une qualité essentielle telle que l'autre époux n'aurait pas contracté s'il avait connu l'erreur.

Soulignons enfin que le législateur prohibe le mariage entre parents en lignes directe à tous les degrés, entre parents en ligne collatérale, entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu, entre alliés en ligne directe, entre époux et les ascendants ou descendants de son conjoint, et entre al-



liés en ligne collatérale c'est-à-dire entre un époux et les frères et sœurs de son conjoint, que le mariage ait été dissout par divorce ou par décès, entre cousins jusqu'au quatrième degré (art.53 et 54 CTPF). Néanmoins, le président du tribunal ou le juge des affaires matrimoniales peut lever, pour des causes sérieuses, les prohibitions portées à l'alinéa **ler de l'article 54 lorsque les règles coutumières locales le permettent.**

2. La Filiation et l'adoption

Le législateur togolais de 2012 s'est démarqué du législateur français en prévoyant sur la filiation (a) et sur l'adoption (b), des dispositions qui découlent des réalités sociales et éthiques auxquelles il est confronté.

a. La filiation

La filiation est le lien de droit qui unit un enfant à ses père et mère. Mais il convient de relever ici que contrairement au législateur français qui prévoit deux types de filiation à savoir la filiation par le sang et la filiation créée en dehors du lien génétique, le législateur togolais pour sa part ne retient que la filiation par le sang, que l'enfant soit né pendant le mariage ou hors mariage, rejoignant la vieille maxime du Code civil de 1804 (art. 756) selon laquelle «Bastards ne succèdent».

Cette maxime a sans nul doute inspiré le législateur togolais car l'article 171 du Code des Personnes et de la Famille dispose dans son alinéa premier que «la parenté résulte de la filiation et d'elle seule. Les filiations successives forment une ligne de parenté.»

Pour calculer la date de conception d'un enfant, il suffit de faire un compte à rebours à partir du jour de sa naissance. La conception de l'enfant se situe dans la période allant du 300e jour au 180e jour avant sa naissance.

L'enfant né hors mariage dont la filiation est légalement établie a les mêmes droits et obligations que l'enfant né pendant le mariage.

L'enfant né hors mariage est légitimé de plein droit par le mariage subséquent de ses père et mère, et lorsqu'une filiation est établie par un acte ou un jugement, nulle filiation contraire ne pourra être postérieurement reconnue sans qu'un jugement

établisse préalablement l'inexactitude de la première (art. 216 CTPF).

b. L'adoption

L'adoption en droit positif français est une institution découlant d'une décision de justice, et ne repose naturellement, à la différence de la filiation par le sang, sur aucun lien de sang.

En France, l'adoption est une institution extrêmement ancienne puisqu'elle était connue et pratiquée à Rome. Elle disparaît dans l'ancien droit français pour resurgir dans le Code civil sous l'influence de *Bona parte*, mais sous une forme très limitée.

Au Togo, le législateur déclare dans l'article 217 alinéa 2 que «l'adoption crée, par l'effet de la loi, un lien de filiation indépendant de l'origine de l'enfant».

Aussi convient-il de souligner que les législateurs français et togolais se rejoignent pour distinguer entre l'adoption plénière et l'adoption simple.

L'adoption plénière ne peut être demandée que pour les enfants de moins de douze (12) ans. Si ces derniers sont les enfants du conjoint, cette limite d'âge est portée à seize (16) ans (art. 218 CTPF), tandis que le législateur autorise l'adoption simple, quel que soit l'âge de l'adopté (art. 222 CTPF).

L'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption au tribunal (art. 220 CTPF).

L'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine par le sang sous réserve des prohibitions au mariage de l'adopté avec les membres de sa famille d'origine, car l'adoption plénière confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa famille d'origine.

Retenons enfin que quelque soit la forme de l'adoption, l'article 225 de Code Togolais des Personnes et de la Famille retient que «l'adopté et ses descendants ont dans la famille de l'adoptant les mêmes droits successoraux qu'un enfant dont la filiation d'origine est établie à l'égard de l'adoptant, sauf stipulation expresse contraire formulée au moment de l'adoption simple. Cette stipulation contraire est réputée inexistante lorsqu'il s'agit d'une adoption plénière.»

3. La vocation successorale: les droits du conjoint survivant et les droits des enfants

La vocation légale du conjoint survivant étant des plus réduites, le législateur togolais a laissé aux époux la faculté de se faire des libéralités, plus largement qu'en faveur d'autres personnes, ce qui est d'ailleurs tout à fait normal.

Il a institué une quotité disponible spéciale entre époux, ce qui réduit d'autant la vocation réservataire des descendants ou des ascendants privilégiés.

La quotité disponible spéciale entre époux est variable selon la concurrence du conjoint survivant.

L'article 427 (CTPF) dans son premier alinéa précise ainsi que «le conjoint survivant contre lequel n'existe pas de jugement de divorce, passé en force de chose jugée, est toujours appelé à la succession même lorsqu'il existe des parents.»

L'alinéa 2 du même article dispose que «lorsqu'il existe plusieurs veuves, les parts fixées se partagent entre elles par tête.»

Lorsque le conjoint survivant laisse des enfants ou descendants d'eux, le conjoint survivant a droit à un quart (1/4) de la succession (art. 428 CTPF), et lorsqu'à défaut de descendants, le défunt laisse un ou plusieurs parents ascendants, le conjoint survivant bénéficie de la moitié de la succession. A défaut de descendants et de parents au degré successible, la succession est dévolue en totalité au conjoint survivant (art. 430 CTPF).

En ce qui concerne les descendants, le législateur togolais définit dans l'article 426 du Code Togolais des Personnes et de la Famille les droits successoraux qu'ils tiennent du décès de leurs père et mère, aïeuls et aïeules ou autre ascendants encore qu'ils soient issus de différents mariages ou nés hors mariage notamment l'adopté simple). Ils succèdent ainsi par égale portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef, et par souche lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation.

II. DU LIEN DE CONJUGALITE ET LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE

Le nouveau Code Togolais des Personnes et de la Famille promulgué en 2012



n'a rien changé par rapport à celui de 1980, sur le lien de conjugalité et la transmission du patrimoine.

Aussi, le système législatif togolais par ce nouveau Code des Personnes et de la Famille n'a rien apporté de nouveau au conjoint survivant, et particulièrement à la femme conjointe survivante, puisque dans notre pays, les familles des conjointes survivantes, n'acceptent en aucune manière que les hommes conjoints survivants succèdent à leurs filles prédécédées, et cela est entré dans les moeurs, alors que le droit togolais le permet.

Ainsi, il revient de mettre en évidence le sort de la femme en cas de transmission du patrimoine (A), les obstacles à la transmission du patrimoine à la femme (B), et la situation des concubins quant à la transmission de patrimoine (C).

A. *Le sort de la femme en cas de transmission du patrimoine*

Il est à noter que seuls les rapports de famille sont pris en considération dans le cas de la dévolution successorale ab intestat, que sont les rapports de parenté et de mariage, et les concubins qui sont des célibataires, peut être refusant les devoirs et les contraintes du mariage, pour des raisons qui leur sont propres, ont choisi de vivre ensemble sans rien se promettre au regard de la loi civile.

Cette étude de la dissolution du mariage par décès de l'un des conjoints, nous amène à aborder l'épineux problème de la part qui revient au conjoint survivant.

Aussi, il n'est plus à nier que la détermination de la place de la conjointe survivante dans l'héritage, au Togo, continue de susciter des discussions.

Le problème est plus récurrent dans les sociétés africaines, et encore plus au Togo, où la veuve est le plus souvent tenue à l'écart de la succession.

La situation de la femme togolaise dans ce cas y est étrange: ni parent, ni allié du défunt, mais source de parenté, et d'alliance, formant à lui seul un ordre d'héritier, n'arrivant qu'en quatrième position dans la perspective des vacances en pleine propriété.

Mais en notre qualité, de juriste, notaire rappelons nous, que veuve, la conjointe survivante alimente depuis fort longtemps la réflexion juridique. Dans les nouvelles de Justinien, la conjointe survivante était déjà sérieusement prise en compte, et on faisait bénéficier du quart de la succession: (*la quarte du conjoint pauvre*) cette quarte c'est-à-dire ce quart a été tantôt repris tantôt supprimé.

Aujourd'hui maintenu par notre code des personnes et de la famille, le quart reste largement insuffisant.

Ainsi, comme nous le disions plus haut, il serait intéressant que le législateur crée un droit successoral sur l'ensemble des biens du défunt pour la conjointe survivante, ce sera une avancée significative.

Alors qu'en reprenant en la matière intégralement les mêmes dispositions que le code de 1980, le nouveau code togolais de 2012 n'apporte aucune précision permettant de favoriser à la conjointe survivante de succéder.

Aussi, déjà dans les nouvelles on attribuait le quart de la succession (la quarte du conjoint pauvre), cette quarte c'est-à-dire ce quart a été tantôt repris tantôt supprimé.

Aujourd'hui, le nouveau Code Togolais des Personnes et de la Famille dispose en son article 428, que lorsque le défunt laisse des enfants ou des descendants de ceux-ci, le conjoint survivant a droit à un quart de la succession.

Mais lorsqu'il ne laisse pas de descendants mais des parents ou ascendant, le conjoint survivant a droit à la moitié de la succession conformément aux dispositions de l'article 429 du nouveau code.

Aussi, la nouvelle législation, dont on croyait pouvoir éradiquer la coutume, place celle-ci dans l'article 403, dès lors qu'elle précise que la loi reconnaît en matière de succession la coutume du défunt et les dispositions du présent code.

Si ici au Togo, les textes étaient réellement appliqués, la conjointe survivante n'aurait pas connu une situation de détresse.

A vrai dire, la situation ainsi faite à la conjointe survivante reste injuste, car si l'on fonde la dévolution successorale sur une donnée sentimentale, l'affection présumée

du de cujus place au meilleur rang l'épouse qu'il laisse à son décès, affirmait le professeur François TERRE, et si on lui donne d'autres justifications, tirées d'une justice commutative, ou distributive, il apparaît bien que la conjointe survivante a droit à quelque compensations et qu'il est tout le moins équitable de maintenir le train de vie qu'elle menait avec son mari.

Et ainsi, un autre problème y est sérieusement posé avec acuité, celui de la femme sans profession: la femme sans protection mérite d'être prioritairement protégée; L'observation est d'autant plus fondée qu'il existe plus de veuves que de veufs et qu'il y a lieu de tenir compte particulièrement du sort des femmes mariées qui n'exercent pas de profession.

Ainsi, afin de confirmer cette idée de protection de la femme sans profession, il est impérieux de rappeler que, pour qu'une femme puisse hériter de son conjoint décédé, il ne faut pas qu'elle soit divorcée de lui, ou même séparée de corps de celui-ci avant sa mort, précise le code togolais des personnes et de la famille.

Cependant, il est à préciser que la conjointe survivante était anciennement tenue loin de l'héritage que laisse le défunt parce que l'on voulait conserver les biens de ce dernier dans sa famille.

Mais ce refus de l'inclure parmi les héritiers n'empêchait pas l'époux de son vivant de consentir des libéralités à sa conjointe.

Ainsi, comme nous l'affirmons plus haut, la médiocre situation successorale de la conjointe survivante était compensée par l'existence du régime matrimonial de droit commun.

Au Togo, par celui de la séparation des biens, ou même le recours pur et simple à celui de la communauté des biens par contrat de mariage.

B. *Les obstacles à la transmission du patrimoine à la femme*

Il est vrai qu'au Togo, l'application des dispositions du Code Togolais des Personnes et de la Famille est ralentie par l'enracinement de la coutume dans les moeurs, car les familles n'acceptent pas, qu'une femme venue se marier chez elles, puisse hériter des biens d'un des membres décédé,



qu'elle va transporter dans une autre famille de mariage, ou dans sa famille d'origine.

Le blocage, découle, de l'impact psychologique, que la coutume a naturellement imprimé aux esprits dans les familles, est aussi vrai qu'en dehors de la coutume, l'illettrisme conduit à l'inapplication de la loi, car la plupart des femmes ne sont pas instruites, et ne sont pas assistées des conseils en la matière.

Il convient dans cette situation de souligner qu'en tout état de cause, quelque soit le régime matrimonial dont pouvait bénéficier la conjointe survivante, l'octroi d'un droit successoral à cette dernière sera plus intéressant pour celle-ci que la masse des biens communs, ou des biens du mari peut être faible alors que les biens propres laissés par le défunt restent plus ou moins substantiels.

Ainsi, c'est à nous notaires africains qu'il revient de sensibiliser nos législateurs en Afrique, afin qu'un droit successoral couvrant l'ensemble des biens du défunt soit créé pour le conjoint survivant.

Ainsi ce sera chez nous une révolution capable de libérer la femme africaine.

Il est vrai que la conjointe survivante était anciennement tenue loin de l'héritage que laisse le défunt parce que l'on voulait conserver les biens de ce dernier dans sa famille.

Mais ce refus de l'inclure parmi les héritiers n'empêchait pas l'époux de son vivant de lui consentir des libéralités.

Deuxième Partie

Toutes les sociétés au monde cherchent à se moderniser, raison pour laquelle le Togo, pays qui a connu un code des personnes et de la famille depuis 1980, est aussi en droit d'en attendre du législateur qu'il crée des conditions de facilitations de la vie des populations quant à l'application de la loi de 2012 concernant les familles et les successions. Aussi les attentes et les perspectives politiques de celle-ci, sont fortes (I), et quand elles tendent à être concrétisées peuvent induire des incidents majeurs quant à la réticence des traditionalistes (II).

I. LES ATTENTES ET LES PERSPECTIVES POLITIQUES POUR LE TOGO

Au Togo, les populations attendaient beaucoup de la nouvelle législation de 2012, elles avaient trop attendu, des réformes pouvant contribuer à la facilitation de l'application de la loi, mais les évolutions escomptées (A) n'ont pas été notables du point de vue de lien de conjugalité, de la transmission de patrimoine (B), et aussi quant à la caractérisation des moyens de régulation qui sont restés en l'état (C).

A. Les évolutions

Il est à souligner qu'au Togo, seuls 10% de couples sont dans les liens légaux du mariage, ceci s'explique par le fait que les populations n'y trouvent aucun intérêt particulier. Aussi, les liens de conjugalité quant à la transmission de patrimoine entre conjoints à cause de mort (1) ne concerne qu'un nombre intime de personnes, et l'union libre c'est-à-dire le concubinage concerne 90% de togolais (2).

1. Les liens de conjugalité

Vladimir YANKELEVITCH n'avait-il pas raison quand il affirmait que «*tout ce qui est terrestre est appelé à mourir*»⁽⁵⁾ et c'est après le décès de toute personne, que le patrimoine qu'elle aimait se transmet à ses héritiers au rang desquels on trouve à coup sur son conjoint survivant⁽⁶⁾. Le législateur désigne ainsi avec précision les personnes susceptibles de recueillir la succession.

Et selon le droit latin, dont le Togo s'est inspiré, cette désignation repose en premier lieu sur la proximité du lien de parenté ou d'affection. C'est la dévolution légale⁽⁷⁾. Mais en tout état de cause, cette désignation ne s'impose pas forcément au de cujus, qui peut l'écarter raisonnablement au moyen d'une volonté contraire, c'est-à-dire par le testament, la donation ou institution contractuelle, dans les limites de la quotité disponible. Et c'est par ce biais que le conjoint survivant pourra trouver un compte acceptable, s'il n'a pas été oublié par le de cujus dans ses grâces⁽⁸⁾:

Le nouveau Code des Personnes et de la Famille n'a pas répondu aux attentes des populations, en ce qui concerne bien évidemment «*la part de la conjointe sur-*

vivante dans l'héritage de son mari défunt»⁽⁹⁾ aussi il nous revient de nous interroger sur la qualité d'héritier de la femme, en tant que personne participant pleinement à la vie de la société.

Au Togo, pays qui a connu successivement deux colonisations, allemande et française, les vestiges des droits de ces pays auraient pu le marquer, même si la loi française avec ses différents agencements, y a été appliquée pendant un long moment⁽¹⁰⁾, une particularité y a aussi connu son essor, le maintien des coutumes locales dans ses différentes régions, empêchait ainsi la femme de succéder à son mari défunt⁽¹¹⁾

Aussi dès 1980, une ordonnance y généralisa le Code des Personnes et de la Famille qui s'applique de façon omniprésente⁽¹²⁾ suivie d'une loi organique de 2012, venant mettre en place un nouveau code, qui n'a pas remis en cause l'application de la coutume⁽¹³⁾, et ce, de façon claire, pour régler la succession du conjoint survivant⁽¹⁴⁾

La présence de la coutume dans notre législation, a donné lieu à des discussions aussi longues que passionnées. Ces réactions sont compréhensibles, car elles touchent à deux points sensibles: la famille et la femme conjointe survivante sans profession⁽¹⁵⁾.

Toute loi dans son application doit apporter un avantage certain, à celui auquel elle s'applique⁽¹⁶⁾, dans cette analyse, il nous revient de nous interroger sur l'avantage que la coutume est susceptibles d'apporter au conjoint survivant, et de là, il est à noter d'emblée que le droit coutumier exhérede de facto le conjoint survivant⁽¹⁷⁾, et que le droit moderne tend à l'avantager considérablement⁽¹⁸⁾.

Aussi comparaison n'est pas raison disait la sagesse⁽¹⁹⁾, alors pouvons-nous comparer le contexte économique, social et politique de 1980, à celui de 2012.

A plus de trente années d'écart, le Code des Personnes et de la Famille continue de s'appliquer, au Togo, sans prendre en compte les évolutions susceptibles de faire avancer notre société. Aussi est à souligner, que cette loi de 2012, porte elle aussi en elle les germes de la tradition, aussi ancienne, qu'anachronique⁽²⁰⁾.



La coutume aussi disparate que non unifiée, tend ainsi à créer plusieurs droits différenciés applicables dans un même pays. Elle dessert ainsi la paix publique⁽²¹⁾.

Et c'est en ce sens que la coutume enlève à la femme conjointe survivante sa part dans l'héritage de son défunt mari⁽²²⁾.

Alors que la succession est un juste titre⁽²³⁾, et que le Code Civil français en instaure un droit juste pour chaque héritier sans distinction⁽²⁴⁾. Le Code Togolais des Personnes et de la Famille en prend le contrepied, et renvoie la femme, conjointe survivante à connaître la coutume de la localité d'origine de son mari défunt⁽²⁵⁾. Puisque dans presque toutes les régions ou localités du Togo, la conjointe survivante ne peut hériter de son conjoint prédécédé⁽²⁶⁾.

Et c'est en perdant le droit qui devra lui revenir naturellement, que la femme conjointe survivante perd tout de l'affection, dont elle a bénéficiée sa vie durant, auprès de son mari défunt⁽²⁷⁾. Alors que le statut moderne, tend à la conforter dans ce droit à hériter⁽²⁸⁾.

Aussi, par le statut de droit moderne, la femme conjointe survivante se voit confortée dans son droit universel, dont elle peut bénéficier sans détour et sans palabre⁽²⁹⁾, qui est assis sur la vocation héréditaire fondée sur l'affection présumée de son mari⁽³⁰⁾.

Ainsi, c'est plutôt de ce droit moderne issu des vestiges de la Rome Antique, sous un certain **Justinien**, unificateur du droit à Rome, que ce droit de succession reconnu à la femme conjointe survivante, prit son essence⁽³¹⁾. Il fut alors repris par tous les pays modernes, et le Togo se devra de le consacrer définitivement, par abrogation pure et simple de notre législation de la coutume, qui crée tant de conflits dans les familles, et trouble ainsi la paix sociale⁽³²⁾.

Aussi, la femme tant rejetée dans son droit à hériter de son conjoint défunt, devrait garder le même train de vie qu'elle menait avec ce dernier⁽³³⁾. Elle connaîtra ainsi l'avantage de son juste droit naturel de succession.

Pourquoi le Togo à l'instar de ses voisins n'emprunterait-il pas le chemin de la modernité, alors que ces derniers ont compris il y a bien longtemps, que recourir à la coutume pour régler globalement les

problèmes liés au droit de succession de la femme, conjointe survivante, vouerait les pays aux conflits surannés et réitérés, voire à la désorganisation de la société.

D'où la nécessité de supprimer définitivement la coutume pour ensuite en consacrer le droit moderne, comme principe unique s'appliquant à tous, dans une république laïque qui est une et indivisible. Et le conjoint survivant devra retrouver enfin le quart qui lui revient, mais aussi le législateur pour satisfaire les desideratas du peuple se devra de se pencher sur le cas de 90% de togolais, en donnant un ancrage juridique au lien de concubinage.

2. L'omniprésence de l'union libre ou le concubinage

L'expression lien de famille est générique; elle recouvre traditionnellement les rapports de parenté, le rapport de mariage, le rapport d'alliance. Le concubinage n'en fait pas partie, il ne donne naissance à aucune vocation d'hérédité. Sans doute, certains pourraient-ils être tentés devant l'omniprésence de l'union libre au Togo d'inclure la concubine dans le cercle des successibles.

Le congrès des Notaires de France de 1972 s'y est essayé bon gré, mal gré, certaines législations étrangères également, notamment celles d'Israël, du Mexique, du Canada dans l'Etat de l'Ontario; de l'Etat de New-Hampshire aux USA, et une partie de la doctrine française, en l'occurrence Monsieur POUSSONPETIT dans sa note sur les concubinages, et la thèse de Paris I en 1986, sur l'union libre en droit International privé.

Faire entrer les concubins parmi les successibles, ferait en sorte qu'ils puissent hériter de leur concubin tout naturellement.

Aujourd'hui, le seul moyen qu'ils ont pour se voir transmettre une petite part d'héritage est la voie de la transmission à cause de mort, organisée dans le cadre d'un testament ou d'un legs ou donation, sur la quotité disponible réservée au concubin défunt. Dans certains pays comme la France, ils sont taxés pour les droits de succession dans l'ordre de 60%, car ils sont considérés comme des étrangers.

Ainsi, inclure les concubins parmi les successibles sera une mesure révolutionnaire qui apparaît comme la dernière pierre mise à l'édifice de la famille naturelle, mais

le législateur togolais ne voit pas les choses sous cet angle, pour pouvoir être capable de consacrer une telle solution.

Mais il peut arriver que des concubins aient pu constituer un patrimoine en commun logement, immeuble, mais également économies, valeurs mobilières, faute de stipulation particulière, en cas de décès de l'un d'entre eux ce sont les héritiers en ligne directe qui vont recevoir pour partie le fruit du travail ou de l'épargne du concubin survivant.

Cette situation est choquante, et il est obligatoire que les concubins prévoient des modalités de transmission adaptées. Ces modalités sont celles requises par le Code Civil: donation, libéralités, testaments, et par le nouveau code togolais des personnes et de la famille de 2012.

Il est aussi à souligner que le droit des successions ne tire fort logiquement aucune conséquence positive de cette absence de lien qui fait largement tort aux uns et aux autres, vivant comme des couples de mariés, ce qui montre que comme beaucoup de pays réprouvent à inclure les concubins parmi les successibles, il est à noter qu'en réalité la question de la transmission à cause de mort entre concubins ne peut trouver de solution comme nous le disons plus haut, que dans un aménagement volontaire de leur rapport, c'est-à-dire dans le droit des libéralités. C'était le vœu émis par le 84^{ème} congrès des Notaires de France en 1988.

Cependant, nous notaires nous devons forcer nos législateurs à emboîter le pas à ceux cités plus haut qui se sont efforcés de donner un droit au concubin.

La France s'est quelque peu efforcée, en consacrant très légèrement un petit droit de succession au concubin, par l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, qui a prévu que le contrat de location est transféré à la mort du locataire au concubin notoire, à la condition qu'il ait vécu avec le de cujus au moins un an à la date du décès.

B. La transmission de patrimoine

La vocation héréditaire, faut-il le souligner, est un thème qui a suscité et continue d'ailleurs de susciter beaucoup d'intérêts tant en droit positif français que togolais.



Ainsi, il ne suffit pas d'avoir la vocation pour devenir héritier. Le passage de la qualité d'appelé à celle d'élu suppose d'abord la survenance de la mort du de cujus.

Le législateur togolais ne se préoccupe pas des causes de la mort, mais accorde en revanche de l'importance au moment de la mort, instant précis où s'effectue le transfert du patrimoine du défunt à ses héritiers.

La transformation de successible en héritier suppose que le successible ait effectué son choix quand au jeu du mécanisme légal. La transmission légale ne se fait d'office, elle n'est que subsidiaire; le successible désigné par la loi, qui bénéficie d'un droit d'option, peut user de cette liberté.

Cette sous-partie nous amènera donc à aborder la transmission de patrimoine entre le défunt et les enfants (1) d'une part, et d'autre part, entre le défunt et le conjoint survivant (2), avec les aléas qui entourent cette transmission.

1. La transmission de patrimoine entre le défunt et les enfants.

Il convient de retenir ici que le législateur togolais a dans le Code des Personnes et de la famille⁽³⁴⁾ modifié par la loi organique N° 2012-014, ciblé les qualités requises pour succéder.

Ainsi, aux termes de l'article précité, «pour succéder, il faut exister au moment de l'ouverture de la succession. L'enfant simplement conçu a qualité d'héritier. Pour succéder, l'enfant conçu doit être né vivant et viable. Sont donc incapables de succéder, l'enfant qui n'est pas encore conçu et l'enfant qui n'est pas né viable.»

Par ailleurs, le législateur togolais dans ses dispositions retient que chaque successible dispose d'une double option: il peut purement et simplement accepter, ou sous bénéfice d'inventaire la succession⁽³⁵⁾ ou alors y renoncer⁽³⁶⁾. Le législateur togolais s'accorde par là avec le législateur français pour confirmer la position de la doctrine qui soutient que nul n'est tenu d'accepter une succession.

L'acceptation pure et simple suppose donc que l'héritier accepte la succession qui lui échoit sans discuter. Pourtant, les effets de cette acceptation pure et simple sont très importants pour l'héritier.

L'acceptation peut être expresse ou tacite⁽³⁷⁾, elle est expresse quand le successible prend la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé.

Si la succession échoit à un enfant, il ne pourra l'accepter que sous bénéfice d'inventaire par l'entremise de son représentant légal. Aussi convient-il de préciser que cette acceptation suppose nécessairement que l'actif soit manifestement supérieur au passif.

L'acceptation est tacite lorsque le successible fait un acte juridique ou matériel qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait le droit de faire qu'en qualité d'héritier⁽³⁸⁾ et qui, ajoute la jurisprudence française dans ce sens, manifeste sa volonté d'accepter la succession⁽³⁹⁾. Il appartient aux juges du fond d'apprécier les faits d'où découle une acceptation tacite.

Ainsi payer les frais d'obsèques ainsi que les actes conservatoires et de pure administration tels que la vente, rendue nécessaire par l'urgence, des denrées périssables ou des récoltes arrivées à maturité, n'emportent pas acceptation pure et simple de la succession à moins que le successible n'ait pris à cette occasion la qualité d'héritier acceptant⁽⁴⁰⁾.

Il convient par ailleurs de préciser, concernant l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, que c'est le parti prudent pris par l'héritier qui veut échapper au paiement du passif successoral, *ultra vires successionis*. Il n'accepte que si la succession est positive. C'est aussi le parti recommandé lorsque la succession échoit à un incapable. En France par exemple, le législateur soumet cette forme d'acceptation à une déclaration au greffe du tribunal de grande instance, et à une inscription sur le registre des renonciations.

En ce qui concerne la renonciation, il faut souligner ici qu'elle apparaît comme l'hypothèse marginale dans laquelle le successible renonce à recevoir le patrimoine familial. Cette renonciation peut être d'une part causée par la supériorité du passif successoral à l'actif, d'autre part par des raisons psychologiques comme les conflits familiaux.

La renonciation doit être faite dans les conditions prescrites par le législateur⁽⁴¹⁾. Il convient de rappeler que la renonciation ne se présume pas et est soumise à une prescription décennale⁽⁴²⁾.

La première conséquence logique que le législateur togolais retient de la renonciation est que «l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier»⁽⁴³⁾. Il perd donc rétroactivement sa qualité d'héritier; il n'a été que successible.

Sa part va accroître celle des autres héritiers et s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent.

Après avoir appréhendé la transmission du patrimoine entre défunt et les enfants, c'est à bon droit que nous examinerons les difficultés qui entourent cette transmission entre conjoints.

2. La transmission du patrimoine entre le défunt et la conjointe survivante: le poids de la coutume

La transmission du patrimoine du défunt au conjoint survivant en Afrique et plus particulièrement au Togo est des plus problématiques. Cela est dû au fait que la coutume tient une place prépondérante dans nos sociétés africaines et pèse malheureusement sur la transmission du patrimoine du défunt au conjoint survivant.

C'est là où certaines pratiques coutumières comme le lévirat interviennent en retardant la dévolution successorale reconnue à l'épouse devenue veuve. Au lieu de bénéficier du patrimoine de son mari défunt et éventuellement chercher à reconstruire sa vie, elle se voit plutôt donnée en mariage au frère du de cujus.

En dehors de cela, et nous le disions plus haut qu'au fond l'on n'accepte pas que les conjoints héritent entre eux, un homme ne peut facilement hériter de sa conjointe prédécédée, il est de coutume que les parents au Togo n'acceptent pas cette situation. En tous les cas quant à ce qui concerne la conjointe survivante, les tribunaux, les notaires, ont d'ores et déjà commencé quelque peu à lui reconnaître son droit à hériter. Il s'avère alors judicieux de recourir aux divers acteurs, tant législatifs que judiciaires, pour endiguer ces tares qui ne comblent en aucune manière les attentes des populations.

C. La nécessité d'instruments de régulation

Ces instruments de régulation que sont le juge (1) et le notaire (2) ne constituent



pas une nouveauté, en matière de droit de la famille et des successions. Le nouveau code de 2012 n'y apporte pas de nouveautés, il contribue uniquement à les confirmer dans leur mission d'intérêt public.

1. Le recours au juge comme régulateur

En tout état de cause, le juge apparaît comme le seul rempart qui puisse aider la conjointe survivante à retrouver son droit, c'est-à-dire ce quart (1/4) dont nous parlions plus haut, qui à Rome était attribué à la conjointe survivante, et qui est presque aujourd'hui entré dans nos mœurs dans les pays de Code civil.

Au Togo, l'article 427 du Code Togolais des Personnes et de la Famille l'attribue au conjoint survivant si et seulement si le juge était saisi et venait à l'appliquer pour octroyer ce droit à la femme, et surtout à la femme sans profession qui vient de perdre son mari, et qui peut se retrouver dans un dénuement total.

Ainsi, le juge tournera le dos à la coutume et confirmera ainsi par son jugement, l'application pure et simple de ce droit moderne, issu du nouveau Code des Personnes et de la Famille de 2012.

Ce n'est qu'à partir de là qu'il agit en sa qualité de régulateur par ses divers contrôles et par l'adaptation du droit aux réalités ainsi il fait appliquer la loi.

2. Le recours au notaire

S'agissant du notaire, le tribunal peut le commettre ou les héritiers peuvent le requérir en vue de la liquidation des successions, et c'est à ce titre qu'il fait appliquer le droit moderne, s'il est moderniste, il peut octroyer à la conjointe survivante le droit qui lui revient par l'application du droit moderne, sous réserve que les actes ne fassent pas l'objet de contentieux judiciaires. Dans certaines situations, certains notaires refusent parfois d'appliquer le droit moderne.

Et s'il y parvient en appliquant la loi moderne, il devient le pacificateur qui œuvre au service de l'intérêt général.

Cependant, la concrétisation des attentes peut elle aussi en toute vérité être

amenée à heurter les sensibilités endurcies au Togo.

II. LES INCIDENCES DE LA CONCRÉTISATION DES ATTENTES AU TOGO

Les lobbies religieux ont largement influencé le législateur togolais pour qu'il ne revienne plus sur les dispositions du Code des Personnes et de la Famille.

C'est pour cela que le législateur est resté flou dans le nouveau code des personnes et de la famille, quant aux recours à la coutume pour régler les difficultés liées à la transmission du patrimoine, d'un mari à sa conjointe survivante.

Or l'évolution des mœurs, tant sur le plan coutumier que moderne, et l'intérêt du peuple, doivent avant tout guider le législateur dans ses dispositions, afin que ces dernières soient exemptes des mœurs coutumières et religieuses, aussi, disons-le le Togo est un état laïc qui a adhéré à la charte des droits de l'homme, qui déclare, que tous les hommes naissent égaux en droit et en dignité. Cette dignité à laquelle a droit l'homme, devrait être, si nous devons franchement appliquer l'égalité homme, la même que celle à laquelle la femme aussi peut prétendre.

C'est ainsi que constat a été fait, que les lobbies religieux, certains hommes épris de traditionalisme, voient d'un mauvais œil la réforme tant attendue, qui favoriserait la femme conjointe survivante, dans son droit à être pleinement héritière, dans sa famille de sang, ou dans sa famille de mariage. Et en donnant un ancrage juridique au lien de concubinage, comme on le fait en occident, peut heurter les sensibilités masculines, et religieuses, car le concubinage n'accorde aucun droit aux concubines qui leur vie durant, consacrent leur temps et dignité à leurs concubins.

Toutes ces réalités que tous les traditionalistes redoutent, tendent à créer des incidences sur la concrétisation des attentes au Togo, puisque la vraie attente en la matière, est que la nouvelle législation, nous mette en présence d'une situation plus favorable à la conjointe survivante, et à la concubine, ainsi la loi nouvelle octroiera ainsi, aux grand dam des tenants de la coutume, un droit successoral plus intéressant sur l'ensemble des biens du conjoint ou concubin

prédécedé à leurs partenaires, ce qui engloberait les biens communs et propres.

Ce sera chez nous au Togo une révolution attendue, qui libérera définitivement la femme togolaise.

CONCLUSION

Le législateur togolais a dans le nouveau Code des Personnes et de la Famille comblé quelque peu les attentes des populations et ce, de façon mitigée, car il existe bien des points sur lesquels, le nouveau code de 2012 aurait pu apporter de l'eau au moulin des praticiens, et spécialistes du droit de la famille, dans l'exercice de leur profession, mais hélas n'a pas pu véritablement insuffler ce dynamisme nouveau à la législation en vigueur quant au règlement des successions et à l'amélioration de la conjointe survivante.

Car le droit de la famille et celui des successions sont incontestablement voués à subir des évolutions considérables dans l'avenir, compte tenu des mutations auxquelles seront sujette notre société, obligeant le législateur à prendre des dispositions conséquentes, à savoir la disparition pure et simple de la coutume comme mode de règlement de transmission de patrimoine entre conjoints, et l'ancrage juridique du concubinage qui, à plus de 90% domine notre vie au Togo.

BIBLIOGRAPHIE

Code Togolais des Personnes et de la Famille de 1980.

Code Togolais des Personnes et de la Famille de 2012.

Code Civil français de 1804.

Guy RAYMOND et de Pierre BILLARD, Droit Civil, Edition Litec.

M. GRIMALDI, Droit des successions, Edition Litec 2001.

Français TERRE et Yves LEQUETTE, Droit Civil: les successions, les libéralités, Paris, Edition Dalloz 1996.

(1) Régime matrimonial appliqué au Togo avant 1980.

(2) Code Togolais des Personnes et de la Famille 1980.

(3) Code Togolais op cit.



- (4) Code Togolais op cit.
- (5) Marie Laure Cocquelet, *Transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, thèse de doctorat, Université de Paris X Nanterre 1994, page 1.
- (6) M. C. Catala de Roton, *Les successions entre époux*, These Paris II, 1990, citée par F. Terré, Lequette, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 142, a 160.
- (7) M. Grimaldi, *Droit des successions*, Paris, Litec, p. 174, n° 68. Année 2001.
- (8) M. Grimaldi, op cit. p. 176.
- (9) Art. 427 du Code Togolais des personnes et de la Famille (CTPF).
- (10) R. Comevin, *Le Togo*, Paris, Presse Universitaire de France, 1973, Que sais-je ? pp. 5; 51; 71; 72.
- (11) Art. 427 du Code Togolais des personnes et de la Famille précité.
- (12) Art. 427 du Code Togolais des personnes et de la Famille précité.
- (13) Tous les auteurs coutumiers observent le meme réalisme: leurs théories sont limitées et n'ont d'autre objet que de répondre a des cas particuliers, c'est ce qui a fait dire A Beaumarchais dans son ouvrage intitulé «les tendances du droit coutumier au num^e siècle: que la coutume est une seconde natura et doit la rester». Pascal aussi écrivait que «la coutume ne s'adresse qu'aux peuples primitifs».
- (14) Art. 427 du Code Togolais des personnes et de la Famille précité.
- (15) Art. 427 du Code Togolais des personnes et de la Famille précité.
- (16) P. Ourliac et de Malafosse, *Histoire du droit privé*, Thémis, 1971, p. 65. Ed. PUF.
- (17) Ibid. p. 31.
- (18) Code civil frangais, éd. 2008. Article 767 alinéa 1.
- (19) M. Roy, 1929-1979 «D'une crise l'autre» éd. Jean-Claude Simoen, p. 7.
- (20) Art. 427 Code Togolais des personnes et de la Famille.
- (21) Art. 427 Code Togolais des personnes et de la Famille.
- (22) Art. 427 Code Togolais des personnes et de la Famille.
- (23) F. Terré et Y. Lequette, préc. page 157 N°174; 175.
- (24) Code civil franeais préc., page 874; art 756; 757.
- (25) Art. 427 Code Togolais des personnes et de la Famille.
- (26) Les coutumes sont différentes d'une région a une antro et ne donnent aucun droit d'hériter aux femmes au Togo.
- (27) F. Terré et Y Lequette, préc.
- (28) Art. 427 Code Togolais des personnes et de la Famille.
- (29) Code civil frangais préc.
- (30) F. Terre et Y. Lequette préc.
- (31) P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, préc.
- (32) Art. 427 Code Togolais des Personases et de la Famille.
- (33) F. Terré et Y. Lequette, préc.
- (34) Article 408 du Code Togolais des Personnes et de la Famille.
- (35) Article 451 du Code Togolais des Personnes et de la Famille.
- (36) Article 461 du Code Togolais des Personnes et de la Famille.
- (37) Article 451 du Code Togolais des Personnes et de la familia.
- (38) Article 541 du Code Togolais des Personnes et de la Famille.
- (39) Cass.eiv.Ist, 12 octobre 1969; J.C.P. 1970, éd. G, 16235.
- (40) Anide 453 du Code Togolais des Personnes et de la Famille.
- (41) Article 461 du Code Togolais des Personnes et de la Famille.
- (42) Article 466 du Code Togolais des Personnes et de la Famille.
- (43) Article 462 du Code Togolais des Personnes et de la Famille.

Sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde abril a diciembre 2016

Redacción Wolters Kluwer

ARRENDAMIENTO DE OBRA

El TS declara nulos los pactos que exceden el límite de 60 días para el pago de las facturas en contratos de obra

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 688, de 23 de noviembre de 2016 (Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 166309/2016

RESUMEN: Reclamación del pago de facturas por el subcontratista. Estimación de la demanda. Nulidad de la cláusula que establecía un plazo superior a 60 días para el abono de las facturas. Carácter imperativo del precepto legal que fija el plazo de pago en 60 días. Actos propios. El mero hecho de que el subcontratista no haya impugnado previamente el contenido abusivo de algunas de las cláusulas no constituye, en modo alguno, un acto propio que impida su reclamación en el transcurso de la ejecución del contrato.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda y condenaron a la unión temporal de empresas demandada al pago de la cantidad reclamada más los intereses previstos en la Ley 3/2004, respecto de las facturas cuyo pago se hubiese realizado con posterioridad al plazo pactado de 180 días. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante e impone a la demandada el pago de los citados intereses respecto de las facturas abonadas con posterioridad al plazo de 60 días como límite legalmente establecido.

Exoneración del promotor frente a la reclamación del constructor que pagó la reparación de los daños de la obra, condenados ambos en un proceso anterior

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 712, de 28 de noviembre de 2016 (Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 174290/2016

RESUMEN: Defectos de la construcción. Acción de repetición o de regreso (artículo 1145 del Código Civil) del constructor que pagó la reparación de los daños de la obra conforme a la responsabilidad solidaria declarada por una previa sentencia, sin determinación de las cuotas de responsabilidad de los agentes intervinientes. Exoneración del promotor que no participó en las labores de construcción, ni dio instrucciones de la misma.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de repetición formulada por la constructora contra la promotora y el aparejador. La AP A Coruña revocó en parte la sentencia de instancia y absolvió a la promotora. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Extinción de arrendamiento de local por jubilación del arrendatario que previamente había sido declarado en situación de invalidez para otro trabajo

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 401 de 15 de junio de 2016 (Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier) LA LEY 65868/2016

RESUMEN: Arrendamiento de local de negocio. Extinción del contrato por jubilación del arrendatario en 2005 aunque anteriormente, en 1990, había sido declarado en situación de invalidez permanente para otro trabajo. No es aplicable la LAU 1964, que no contemplaba la jubilación como causa de extinción de la relación arrendaticia, sino la disposición transitoria 3 B.3 LAU 1994, que sí lo hace. La jubilación es la que determina la extinción de la relación arrendaticia, sin importar que el arrendatario siga trabajando o cualquier otra cosa, como el que haya sido declarado antes con invalidez que se le aplica a su anterior relación laboral, no a la arrendaticia. Esta queda extinguida por la jubilación.



ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio. La AP Sevilla revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación formulado por el demandado.

COMPRAVENTA. DE EMPRESA

Obligación del empresario que transmite una empresa de abstenerse de realizar una actividad competitiva en relación con la actividad empresarial transmitida

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 122 de 9 de mayo de 2016 (Ponente: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 48364/2016

RESUMEN: Compraventa de la mayoría de las acciones de una sociedad anónima. Transmisión de empresa. Cláusula de prohibición de competencia del transmitente. Incumplimiento de dicha prohibición. La obligación de abstenerse de realizar una actividad competitiva no tiene que estar expresamente pactada, ya que está implícita en las exigencias de la buena fe contractual conforme a los arts. 1258 CC y 57 CCom. Falta de justificación de la pretensión indemnizatoria ejercitada por los adquirentes.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de reclamación de indemnización por incumplimiento del pacto de no competencia. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes en el único sentido de dejar sin efecto la condena en costas de la apelación.

El TS establece doctrina sobre la repercusión de una parte del IBI al comprador por parte del vendedor que lo pagó íntegramente

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 409 de 15 de junio de 2016 (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 65862/2016

RESUMEN: Compraventa de inmueble. Pago del IBI por el vendedor. Repercusión sobre el comprador. El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial que el art. 63.2 de la Ley de Haciendas Locales se ha de interpretar de forma que, en caso de ausencia de pacto en contrario, el vendedor que abone el IBI podrá repercutirlo sobre el comprador, en proporción al tiempo en que cada una de las partes haya ostentado la titularidad dominical y por el tiempo que lo sea.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por las vendedoras reclamando a la compradora la parte proporcional del importe del impuesto de bienes inmuebles relativo al año en que se produjo la venta. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por las demandantes, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

COMPRAVENTA. DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

La falta de determinación de la fecha de entrega de la vivienda adquirida no es causa de nulidad del contrato

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 561 de 23 de septiembre de 2016 (Ponente: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 129012/2016

RESUMEN: Falta de determinación de la fecha de entrega. No es causa de nulidad del contrato, ni excluye la resolución del mismo por retraso en la entrega. Resolución del contrato por incumplimiento del comprador de su obligación de pago de una parte muy sustancial del precio pactado.

Indemnización de daños y perjuicios consistente en la retención por la vendedora de las cantidades entregadas a cuenta del precio.

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó en parte la demanda interpuesta por el comprador, declaró la nulidad de la resolución extrajudicial del contrato realizada por la entidad vendedora, pero desestimó la petición de declaración de nulidad del contrato. También estimó la reconvencción formulada por la vendedora y declaró resuelto el contrato por incumplimiento del comprador, con derecho de la vendedora a hacer suya, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad entregada como parte del precio. La AP Pontevedra revocó la sentencia del Juzgado y estimó la petición de nulidad del contrato por falta de determinación de la fecha de entrega de la vivienda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la vendedora, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

COMPRAVENTA. DE VIVIENDA FUTURA

El TS fija doctrina sobre la aplicación de la Ley 57/1968 a los casos de nulidad de la compra por error en el consentimiento por ocultación de vicios urbanísticos

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 527 de 12 de septiembre de 2016 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 119449/2016

RESUMEN: Nulidad del contrato por error en el consentimiento por cuanto a la fecha de suscripción del mismo no se informó a la compradora de la existencia de un litigio por ilegalidades urbanísticas. Restitución de las cantidades entregadas. Condena tanto a la promotora como a la aseguradora con la que contrató la preceptiva póliza de seguro de las citadas cantidades.

El Tribunal Supremo fija como doctrina que «las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la Ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compraventa no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística».

ITER PROCESAL: Las sentencia de instancia estimaron la demanda de nulidad de compraventa de vivienda por error en el consentimiento y condenaron a la promotora-vendedora a devolver las cantidades entregadas a cuenta del precio. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la compradora y condena también a la aseguradora codemandada que garantizó dichas cantidades.

COOPERATIVAS

Condena a la sociedad gestora de la cooperativa de viviendas a devolver las cantidades anticipadas por uno de los cooperativistas

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 469 de 12 de julio de 2016 (Ponente: Marín Castán, Francisco) LA LEY 79484/2016

RESUMEN: Demanda formulada por un cooperativista solicitando la resolución del contrato de incorporación a la cooperativa, así como la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio. Estimación. La promoción de viviendas en régimen de cooperativa está sujeta al régimen de la Ley 57/1968 y la garantía de devolución de las cantidades anticipadas constituye un derecho irrenunciable. Incumplida la obligación de constituir la garantía, la responsabilidad ha de recaer no sobre la cooperativa, sino sobre la sociedad mercan-



Sentencias

til profesionalmente dedicada a la gestión de la cooperativa, precisamente por su condición de profesional, aun cuando en puridad no sea la perceptora de las cantidades anticipadas.

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda y condenó a la cooperativa y a la gestora de la misma a la devolución de las cantidades anticipadas por la demandante. La AP Madrid revocó la sentencia y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la demandante y casa parcialmente la sentencia recurrida para dejar sin efecto la desestimación de la demanda respecto de la gestora codemandada.

DERECHO A LA INTIMIDAD

Vulneración del derecho a la intimidad del marido de un miembro de la familia real por la divulgación de correos electrónicos sobre su vida privada

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 485 de 14 de julio de 2016 (Ponente: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 82421/2016

RESUMEN: Intromisión ilegítima. Divulgación y publicación de correos electrónicos personales del marido de un miembro de la familia real. Conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad. Los datos relativos a las relaciones sentimentales y sexuales de las personas carecen de interés público aunque la persona afectada sea un personaje público o desempeñe un papel relevante en la sociedad. Absolución de los medios de comunicación que se limitaron a informar de la aportación de los correos a una causa penal, pero no de los medios que incurrieron en una especulación morbosa con la única finalidad de satisfacer la curiosidad de personas interesadas en las vidas ajenas. Responsabilidad de la persona que filtró los correos electrónicos a los medios de comunicación. VOTO PARTICULAR.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de protección del derecho a la intimidad. La AP Barcelona revocó la sentencia y estimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por dos de los demandados y desestima la demanda respecto a ellos, pero ratifica la condena de los demás demandados desestimando sus recursos.

DERECHO AL HONOR

El TS fija como doctrina jurisprudencial que las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor

Tribunal Supremo Sala 1.ª Sentencia núm. 408 de 15 de junio de 2016 (Ponente: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando), LA LEY 63145/2016

RESUMEN: Demanda por intromisión ilegítima formulada por un ayuntamiento. Falta de legitimación activa. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: «Las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución Española».

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el ayuntamiento demandante.

DERECHO AL OLVIDO DIGITAL

Google Spain puede ser demandada en un proceso civil sobre protección de los derechos fundamentales

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 210 de 5 de abril de 2016 (Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 19837/2016

RESUMEN: Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda de protección de los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del demandante. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos formulados por ambas partes.

DESAHUCIO POR PRECARIO

Desahucio por precario de la vivienda cedida por los padres como domicilio conyugal de su hijo y esposa, cuyo uso fue atribuido a esta en proceso de divorcio

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 279 de 28 de abril de 2016 (Ponente: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 43288/2016

RESUMEN: Vivienda cedida por los padres como domicilio conyugal de su hijo y esposa, cuyo uso fue atribuido a esta en sentencia de divorcio dictada después del fallecimiento del padre y de la partición de la herencia en la que se adjudicó al hijo una cuota minoritaria en la propiedad de la vivienda. Estimación de la demanda. La copropiedad del hijo sobre una cuota minoritaria de la vivienda en el momento de dictarse la sentencia de divorcio no altera la situación inicial de precario. El titular de una cuota minoritaria en la copropiedad de una cosa no puede, por sí solo, darla válidamente en comodato a un tercero.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de desahucio por precario. La AP Valencia revocó la sentencia y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

DIVORCIO

El TS considera que la falta total de respeto del marido hacia la esposa impide la concesión del régimen de custodia compartida

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 350 de 26 de mayo de 2016 (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 52462/2016

RESUMEN: Custodia compartida. La actitud de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, del padre hacia la madre hace impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige un mínimo de respeto y actitud colaborativa.

ITER LEGISLATIVO: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de divorcio y, entre otras medidas, establecieron el sistema de custodia compartida del hijo menor. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la madre, casa parcialmente la sentencia recurrida y deja sin efecto la custodia compartida atribuyendo la custodia del menor a la madre.



La atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida debe respetar el principio de proporcionalidad

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 522 de 21 de julio de 2016 (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 91130/2016

RESUMEN: Atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar privativa del esposo en un supuesto de custodia compartida de la hija del matrimonio. Debe evaluarse si el tiempo por el que fija la adscripción de la vivienda es acorde o no con el principio de proporcionalidad, dado que el art. 96.3 CC exige que el plazo sea prudencial. En este caso, el Tribunal Supremo considera razonable el plazo de dos años desde el dictado de la sentencia de casación, teniendo en cuenta que desde la interposición de la demanda han transcurrido cuatro años, por lo que unido a los dos años se estaría confiriendo a la esposa un período de seis años para restablecer su situación económica.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de divorcio, declaró la guarda y custodia compartida de la hija habida en el matrimonio y atribuyó el uso y disfrute de la vivienda familiar a la esposa y a la hija hasta la liquidación del régimen económico matrimonial. La AP Asturias revocó en parte la sentencia del Juzgado y adjudicó la vivienda familiar a la madre e hija hasta que esta cumpliera la mayoría de edad. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el esposo y casa parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de declarar que la vivienda familiar queda asignada a la menor y su madre durante el período de dos años computables desde la fecha de la sentencia de casación.

FILIACIÓN

El Tribunal Supremo fija doctrina respecto a los reconocimientos de complacencia de la paternidad

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 494 de 15 de julio de 2016 (Ponente: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 85462/2016

RESUMEN: Impugnación del reconocimiento de filiación realizado por el demandante durante su matrimonio respecto de la hija biológica de su esposa, pero no suya, nacida antes del matrimonio. Caducidad de acción. Aplicación del art. 136 CC. El Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina: 1ª) El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. 2ª) Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el art. 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el art. 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción. 3ª) En caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el art. 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio, y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el art. 140.II CC, en cuyo

caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del art. 136 CC: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de impugnación del reconocimiento de filiación realizado por el demandante al considerar caducada la acción. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Orden de los apellidos del menor en caso de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial.

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 659 de 10 de noviembre de 2016 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 160582/2016

RESUMEN: Declaración de paternidad. Orden de apellidos del menor. Prevalencia del interés superior del mismo. La edad del niño en el momento de determinarse la filiación no es el elemento único y esencial a tomar en consideración. La interrogante que ha de responderse no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si le sería beneficioso el cambio. En el caso de autos, no se ha acreditado ninguna circunstancia que aconseje el cambio del apellido con el que el menor aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de reclamación de paternidad y declararon que el demandante era el padre biológico del hijo de la demandada, ordenando la rectificación de los apellidos del menor en el Registro Civil debiendo ser inscrito como primer apellido con el paterno y como segundo apellido con el materno. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y casa la sentencia recurrida ordenando que el primer apellido del menor sea el primero de la madre y el segundo el primero del padre.

JUICIO CAMBIARIO

Aplicación de la doctrina del TS sobre la falta de antefirma en un pagaré por apoderado de una sociedad en el caso de su circulación cambiaria mediante endoso

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 329 de 19 de mayo de 2016 (Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 52080/2016

RESUMEN: Reclamación de pagaré. Estimación de la demanda. Aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la falta de antefirma en un pagaré por apoderado de una sociedad en el caso de su circulación cambiaria mediante endoso. El firmante de un pagaré que no hizo constar el poder de representación con que actúa o, al menos, la mención de la estampilla de la razón social en cuya representación actúa, también resulta obligado cambiariamente si en la literalidad del endoso tampoco se destacan estas circunstancias. Sin posibilidad de tener en cuenta la heteroeficacia de la representación directa, que actúa solamente en el marco de la relación jurídica bilateral o causal que motivó la emisión del pagaré, ni los posteriores negocios que resulten extraños al régimen cambiario, caso del descuento efectuado, ya que las manifestaciones contenidas en el mismo no constituyen declaraciones cambiarias.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de oposición cambiaria y ordenó la continuación del juicio cambiario. La AP Barcelona revocó la anterior resolución dejando sin efecto el despacho de ejecución. El Tribunal Supremo estima el re-



curso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

MARCAS

Venta a través de una página web de productos de perfumería de lujo que perjudica la reputación de las marcas de esos productos

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 267 de 22 de abril de 2016 (Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 32871/2016

RESUMEN: Agotamiento del derecho de marca. Excepciones. Existencia de una red de distribución selectiva de los productos de perfumería de lujo amparados por las marcas de las demandantes. Venta on line a través de una página web por una empresa ajena a dicha red. Condiciones de venta que perjudican la reputación de las marcas. MEDIDAS CAUTELARES. El tribunal, al dictar la sentencia en el proceso principal, no resulta vinculado por la decisión que adoptó sobre las medidas cautelares.

ITER PROCESAL: El Juzgado Mercantil desestimó sobre infracción del derecho de marca la demanda. La AP Alicante revocó la sentencia y estimó sustancialmente la demanda condenando a la demandada a cesar y abstenerse en el futuro de realizar la conducta infractora y a indemnizar a las demandantes en 23.886,24 euros. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por la demandada y modifica parcialmente el pronunciamiento condenatorio.

NOTARIOS

Aplicación de la doctrina sobre la doble venta al supuesto de «doble contrato de constitución de hipoteca»

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 368 de 3 de junio de 2016 (Ponente: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 59411/2016

RESUMEN: Demanda de responsabilidad civil de notario por el retraso en el envío de una escritura de hipoteca al Registro competente, que permitió la inscripción anterior de otra escritura de hipoteca previamente otorgada sobre la misma finca. Desestimación. Falta de prueba del daño cuya indemnización se pide. Aplicación de la doctrina sobre la doble venta al supuesto de «doble contrato de constitución de hipoteca». Falta de buena fe. Conocimiento de la existencia de la hipoteca anterior. No cabe considerar daño indemnizable un resultado —que la hipoteca anterior prevalezca sobre la de la demandante— que el Derecho quiere que se produzca.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de reclamación de indemnización por responsabilidad civil de la notaria demandada. El Tribunal Supremo desestima los recursos interpuestos por la demandante.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El TS excluye la aplicación del control de transparencia en la contratación bajo condiciones generales entre empresarios

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 367 de 3 de junio de 2016 (Ponente: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 59016/2016

RESUMEN: Acción de nulidad por abusiva de la cláusula suelo. Desestimación. Condición de no consumidor de la prestataria. Imprudencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores. Este 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. En el caso de autos, no existió desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista ya que hubo negociaciones intensas entre las partes y la prestataria tuvo perfecta conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusula. VOTO PARTICULAR.

ITER PROCESAL: El Juzgado Mercantil estimó la demanda de nulidad de la cláusula suelo incluida en el préstamo hipotecario celebrado entre los litigantes. La AP A Coruña revocó la sentencia y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante.

PROCEDIMIENTO CONCURSAL

El TS fija doctrina sobre el ámbito de conocimiento en la sección de calificación del concurso reabierto tras el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del convenio

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 246 de 13 de abril de 2016 (Ponente: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 29700/2016

RESUMEN: Reapertura de la sección de calificación tras la imposibilidad de cumplimiento del convenio. El Tribunal fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierto se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado».

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil desestimó la pretensión de calificación del concurso como culpable en razón de incumplimiento del convenio imputable a la concursada. La AP Las Palmas revocó en parte la sentencia del Juzgado y calificó el concurso como culpable, declarando al administrador de derecho y a la administradora de hecho de la concursada como personas afectadas por la calificación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por ambos administradores, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

Tratamiento concursal de la indemnización por extinción del contrato de trabajo por incumplimiento grave del empleador

Tribunal Supremo Sala 1.ª Sentencia núm. 473 de 13 de julio de 2016 (Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 85484/2016

RESUMEN: Impugnación de la lista de acreedores. Calificación como créditos contra la masa de la indemnización por extinción del contrato de trabajo por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario (art. 50.1.b del Estatuto de los Trabajadores) cuando la sentencia se dicta tras la declaración de concurso. El elemento temporal determinante para la consideración como créditos contra la masa consiste en que el devengo del crédito se produzca después de la declaración del concurso. La sentencia del Juzgado de lo Social que acuerda la extinción del contrato de trabajo por incumplimientos graves del empleador reviste carácter constitutivo. Por tal razón, tanto la extinción de la relación laboral como el nacimiento del crédito indemnizatorio correspondiente operan desde la sentencia firme que lo acuerda.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia y Mercantil estimó parcialmente la demanda de impugnación de la lista de acreedores. La AP León revocó la sentencia del Juzgado en el sentido de clasificar también como créditos contra la masa las indemnizaciones que, por extinción de los contratos de trabajo, les fueron reconocidas a los deman-



dantes por los Juzgados de lo Social. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la administración concursal.

El TS fija doctrina sobre el límite temporal previsto en el art. 97 bis 1 LC para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 652, de 4 de noviembre de 2016 (Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio) LA LEY 156092/2016

RESUMEN: Interpretación del art. 97 bis 1 LC en un caso en que la TGSS solicita la modificación del crédito que tiene reconocido en el texto definitivo de la lista de acreedores después de que se hubiera aprobado judicialmente un convenio y de que más tarde se hubiera abierto la fase de liquidación. El Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial en el siguiente sentido: El límite temporal previsto en el art. 97 bis 1 LC para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores al amparo del art. 97.3 LC, varía según se esté en fase de cumplimiento del convenio o de liquidación. Cuando la modificación se solicita durante la fase de liquidación, con independencia de que haya venido o no precedida de una aprobación judicial de convenio, el límite temporal aplicable es el propio de la liquidación: la presentación de cualquiera de los dos informes previstos en el art. 152.2 LC y el art. 176 bis 1 LC. Frustrado el convenio y abierta la fase de liquidación, sobre la petición de modificación de la lista de acreedores sólo resulta oponible el límite temporal previsto en el art. 97 bis 1 LC para la liquidación.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la pretensión de modificación del texto definitivo de la lista de acreedores. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y estima la demanda.

PROPIEDAD HORIZONTAL

El TS aclara el alcance del requisito de la autorización expresa al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales

Tribunal Supremo Sala 1.ª Sentencia núm. 422 de 24 de junio de 2016 (Ponente: Marín Castán, Francisco) LA LEY 70554/2016

RESUMEN: Legitimación activa del presidente de la comunidad de propietarios. Necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que le autorice expresamente para ejercitar acciones judiciales en defensa de esta. Existencia del acuerdo en el caso de autos, en el que se incluyó en el orden del día la aprobación, si procediera, del cerramiento de las terrazas, acordándose su desaprobación y autorizando el ejercicio de acciones para restituir las terrazas a su estado original. No son exigibles adiciones superfluas ni fórmulas sacramentales que no aportan nada esencial a la expresión de la voluntad de la junta.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda y declararon que el cerramiento del balcón de la vivienda propiedad del demandado alteraba la configuración estética de la fachada, condenando a dicho demandado a reponer el balcón a su estado originario. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por interér casacional interpuesto por el demandado.

El TS establece que la acción para el reintegro a su estado primitivo de un elemento común objeto de alteración es de carácter real y prescribe a los 30 años

Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia núm. 540, de 14 de septiembre de 2016 (Ponente: Salas Carceller, Antonio). LA LEY 119445/2016

RESUMEN: Obras en elementos comunes sin autorización de la comunidad. Conducciones instaladas por los demandados en el forjado superior del garaje del edificio, mediante perforación en

varios puntos, para dotar a sus locales comerciales de una red de saneamiento. Condena a reponer las cosas a su estado anterior. Prescripción de la acción. Improcedencia. La acción para el reintegro a su estado primitivo de un elemento común objeto de alteración es de carácter real y prescribe a los 30 años. Es indiferente que el demandado haya sido o no el autor de la perturbación. Inexistencia de consentimiento tácito de la comunidad.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de reposición de elementos comunes al estado anterior a las obras realizadas por los demandados. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por estos.

Exención de los locales comerciales de contribuir a los gastos originados por la bajada del ascensor a cota cero y la modificación de las escaleras

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 678 de 17 de noviembre de 2016 (Ponente: Seijas Quintana, José Antonio) LA LEY 166249/2016

RESUMEN: Nulidad del acuerdo comunitario que obligaba al propietario de dos locales situados en la planta baja a contribuir en los gastos originados por las obras de supresión de barreras arquitectónicas, consistentes en bajar el ascensor a cota cero y eliminar los peldaños de la escalera que llegaban hasta la puerta de entrada del edificio. Estatutos comunitarios en los que se eximía a los dueños de la planta de contribuir a los gastos de conservación y reconstrucción del ascensor y la escalera. Distinción entre el quorum necesario para aprobar una obra que se considera necesaria, y el régimen jurídico aplicable a su pago y que se concreta en este caso en el mantenimiento de las exenciones estatutarias.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de impugnación del acuerdo comunitario que obligaba a la demandante a contribuir en los gastos originados por la supresión de barreras arquitectónicas. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante, anula la sentencia recurrida y estima la demanda.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Agotamiento de los derechos de explotación del titular de los programas de ordenador

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 361 de 1 de junio de 2016 (Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 60387/2016

RESUMEN: Agotamiento de los derechos de explotación del titular de los programas de ordenador. Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Interpretación de la expresión "primera venta en la Unión Europea de una copia de un programa" incluida en el art. 99 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. La puesta a disposición del cliente de una copia de un programa de ordenador y la celebración del correspondiente contrato de licencia de uso constituye una primera venta que agota los derechos de explotación del titular del programa. Derecho de este a controlar el alquiler del programa o una copia del mismo. Inutilización por el adquirente inicial del programa de la copia descargada en su ordenador en el momento de revenderla.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron sustancialmente la demanda formulada por vulneración de los derechos de propiedad intelectual. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la demandada.

RESPONSABILIDAD CIVIL

El Tribunal Supremo confirma la indemnización de 12.000 euros por daños morales a los pasajeros del buque «Costa Concordia»

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 232 de 8 de abril de 2016 (Ponente: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 24101/2016

RESUMEN: Naufragio del «Costa Concordia». Utilización de las reglas del Baremo de accidentes de circulación como criterios orientadores en otros sectores. Indemnización por separado del daño moral.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de indemnización de daños y perjuicios por naufragio. La AP Madrid revocó en parte la sentencia del Juzgado y modificó la cuantía de la indemnización. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Asociación demandante.

RETRACTO DE COMUNEROS

El TS fija doctrina sobre la acción de retracto de comuneros

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 217 de 6 de abril de 2016 (Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier) LA LEY 24102/2016

RESUMEN: Concepto y requisitos. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que «únicamente procede estimar la acción de retracto de comuneros cuando recae sobre una cuota o porción de una cosa que sea propiedad pro indiviso de varios comuneros».

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda considerando que no había propiedad indivisa o copropiedad sino «lo que se revela a todas luces es su condición de colindantes» y estimó el retracto de colindantes. La AP Illes Balears revocó la sentencia por incongruencia *extra petita* y estimó la acción de retracto de comuneros. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandado, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Consecuencias de la inasistencia de los administradores respecto de la validez de la junta general de socios

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 255 de 19 de abril de 2016 (Ponente: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 32869/2016

RESUMEN: Nulidad de junta general por inasistencia de los administradores. Carácter no universal de la junta. Imposibilidad de que los administradores asistan por representación. Como regla general, la ausencia de los administradores no puede ser considerada como causa de suspensión o nulidad de la junta. Sin embargo, como excepción, sí debe darse lugar a la nulidad de la junta cuando la ausencia sea decisiva para la privación de alguno de los derechos de los socios.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de nulidad de junta general de socios. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la sociedad demandada.

SUCESIÓN HEREDITARIA

El TS confirma la validez del testamento otorgado en favor de la Congregación religiosa titular de la residencia en la que estuvo ingresado el testador

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 231 de 8 de abril de 2016 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 24097/2016

RESUMEN: Validez del testamento otorgado en favor de la Congregación religiosa titular de la residencia en la que estuvo ingresado el testador. Inhabilidad para suceder. Interpretación del art. 412-5.1 c) del Código Civil de Cataluña. Distinción entre asistencia espiritual y prestación de servicios asistenciales o residenciales en virtud de una relación contractual. En este caso, el testador suscribió un contrato de prestación de servicio de alojamiento y cuidados propios de una residencia de ancianos, sin que se haya acreditado que las religiosas pertenecientes a la Congregación favorecida le prestasen asistencia espiritual.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de nulidad de testamento y el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la parte actora.

Representación para el ejercicio de los derechos de socio de un paquete accionarial que pertenece a la comunidad hereditaria

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 383 de 6 de junio de 2016 (Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier), LA LEY 61593/2016

RESUMEN: Representación para el ejercicio de los derechos de socio de un paquete accionarial que pertenece a la comunidad hereditaria. Normativa aplicable. Aceptada la herencia sin beneficio de inventario, no cabe la aplicación del art. 795.2 LEC, por remisión del art. 1020 CC. Ante la falta de previsión normativa sobre esta cuestión en la regulación de la comunidad hereditaria, y las circunstancias de caso (ausencia de disposición testamentaria al respecto y falta de acuerdo entre los coherederos), la remisión ha de hacerse a las normas que rigen la comunidad de bienes, en concreto al art. 398 CC, que establece para la administración de los bienes comunes el principio de las mayorías, entendido como el acuerdo que esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses o mayor capital de la comunidad.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de inscripción en el Libro Registro de acciones nominativas de la sociedad demandada a nombre de uno de los demandantes, como representante de la comunidad hereditaria del anterior titular, para el ejercicio de los derechos de socio que a la herencia de este último corresponden. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada.

TÍTULOS NOBILIARIOS

El TS fija doctrina sobre la sucesión en los títulos nobiliarios en la línea colateral

Tribunal Supremo Sala 1.ª, Sentencia núm. 517 de 21 de julio de 2016 (Ponente: Salas Carceller, Antonio) LA LEY 88332/2016

RESUMEN: Sucesión por colaterales. El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial que «cuando se trata de sucesión en la línea colateral respecto del último poseedor legal del título nobiliario rige el principio de propinquidad o de mayor proximidad de grado sin que resulte de aplicación el derecho de representación».

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción declarativa del mejor derecho a suceder en un título nobiliario. La AP Madrid revocó la sentencia y estimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandado, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^(*)

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

COMPRAVENTA

Retracto de comuneros. Notificada la venta al copropietario tres meses después de su inscripción en el Registro de la Propiedad, este puede ejercitar el retracto dentro de los tres meses siguientes a la notificación

Sentencia n.º 75/2016, de 29 de septiembre (Ponente: José Francisco Valls Gombau)

RESUMEN: Se plantea si cabe el retracto de comuneros en caso de venta de la mitad indivisa de una finca cuando solo se notifica la venta después de realizada y habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de la inscripción registral. La demanda de retracto se presenta antes de transcurridos tres meses desde la notificación.

El art. 552-4.2 CCCat dispone que el plazo de tres meses para ejercitar el retracto se cuenta, si no existe la notificación a efectos del tanteo, «desde el momento en que los demás cotitulares tienen conocimiento de la enajenación y sus circunstancias o desde la fecha en que se inscribe la transmisión en el Registro que corresponda». Atendiendo a la literalidad del precepto, habiéndose interpuesto la demanda de retracto después de transcurrido el plazo de tres meses a contar desde la fecha de la inscripción registral, no habría lugar al retracto. Téngase en cuenta, sin embargo, que la notificación al copropietario se hace más de tres meses después de la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

^(*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en <http://www.poderjudicial.es>.

Por ello, el TSJC, en el caso concreto que tratamos, entiende que no debe tenerse en cuenta la fecha en que se inscribe la transmisión en el Registro de la Propiedad, ya que ha habido mala fe por parte del vendedor y connivencia por parte de los compradores. La sentencia declara probadas dichas circunstancias basándose en la sentencia de la Audiencia: «La sentencia recurrida constata la mala fe de vendedor y compradores en la ocultación de la venta a la copropietaria y tal declaración no es objeto de recurso. Declara la sentencia recurrida que: “[...] [se] ha infringido de mala fe los más elementales deberes [...], pues en la escritura el Sr. Notario advierte expresamente del derecho de retracto de comuneros que el art. 1522 del Código Civil [sic] atribuye a los copropietarios de la finca objeto de esta escritura, **manifestando los comparecientes que son conocedores de ello y no me requieren para que notifique a dicha copropietaria la presente transmisión [sic]**”» (FD 2.1; la redonda, la negrita y los sic son de la sentencia). Por lo tanto, resuelve que el plazo de tres meses de caducidad de la acción de retracto debe contarse, en este supuesto, desde la fecha de la notificación.

La sentencia se basa en los siguientes argumentos:

- El principio de la buena fe (recogido por el art. 111-7 CCCat) es una fuente autónoma de deberes adicionales a los estrictamente establecidos y principio informador del ordenamiento jurídico que debe tener su proyección en la integración e interpretación de las normas.
- Para computar la caducidad, debe tenerse en cuenta la cognoscibilidad razonable, que se produce a partir de la notificación fehaciente. Cuando el art. 552-4.2 CCCat computa el inicio del plazo de caducidad a partir de la inscripción registral, «no deja de partir de una ficción (que se tiene conocimiento de la venta y de



sus circunstancias desde la fecha en que se inscribe la transmisión en el Registro»). La finalidad del precepto es «la seguridad jurídica, esto es, no dejar en suspenso la eficacia de las transmisiones durante un tiempo demasiado largo, para evitar la incertidumbre que generaría para quien adquiere la posibilidad de que, por el ejercicio del derecho de retracto legal, se pudiera colocar otro en su posición de adquirente, pero, cuando el comprador ha sido cómplice del vendedor para frustrar los derechos del condómino, no puede impedir que el copropietario utilice el mecanismo que la propia ley arbitra como remedio en estas situaciones» (FD 3.4).

- c) En el Derecho catalán, la comunidad no se considera «como una situación que la ley deba promover, y la concentración de la propiedad es una de las aspiraciones de la tradición jurídica catalana, como señala la doctrina más autorizada, siendo que la eficiencia económica de las situaciones de titularidad compartida para la toma de decisiones es muy inferior a las de titularidad individual» (FD 3.3).

COMENTARIO: En la determinación del *dies a quo* para el ejercicio del retracto, se contraponen, en sede de seguridad jurídica, el interés del comunero en poder ejercitar efectivamente tal derecho con el del comprador en que su adquisición se consume en un plazo razonable. El CCE favorece más el interés del adquirente que el del copropietario, al conceder a este un plazo muy breve para ejercitar la acción: nueve días, desde la inscripción en el Registro (art. 1524). El CCCat amplía dicho plazo a tres meses, aunque lo computa también desde la inscripción registral, por lo que puede suceder perfectamente, como en el caso presente, que el copropietario no tenga conocimiento de la venta hasta que no haya pasado el plazo de caducidad. La solución del TSJC de considerar como *dies a quo* el de la notificación, cuando esta se haga en tiempo que no permita el ejercicio del retracto, se ajusta, sin duda, a la equidad y al espíritu de la norma, pues parece excesivo exigir a todo comunero la diligencia de estar permanentemente pendiente del Registro de la Propiedad por si alguno de los copropietarios transmite su participación y, en cambio, no exigir al adquirente la mínima diligencia de comprar luego de esperar el resultado de la notificación previa o, al menos, de notificarla en un plazo determinado. Sin embargo, la STC 54/1994, de 24 de febrero, resolvió que la norma del art. 1524 CC no es contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva. No obstante, a mi juicio, sería deseable una reforma del art. 552-4 CCCat que hiciera necesaria la notificación al comunero, previa o posterior a la transmisión, para que la adquisición pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad, a similitud con lo previsto para los derechos de tanteo y retracto arrendaticio.

Por otra parte, el retracto ha sido objeto de otra sentencia reciente, la STSJC 56/2016, de 30 de junio, en la que se resolvió:

- a) Que, al interponer la demanda de retracto, el retrayente debe consignar judicialmente el precio abonado por el comprador, pero no es necesario que consigne también los gastos que debe reembolsar a este, ya que lo puede hacer con posterioridad, una vez se resuelva la procedencia del retracto, con base en el art. 266.3 LEC, aplicable a Cataluña por tener la consignación un carácter procesal.
- b) Que los gastos resarcibles al comprador son estrictamente los necesarios para la adquisición (Notaría, impuestos y Registro), no así los de intermediación (API). En este último caso, la sentencia contradice la STS de 30 de junio de 2011, aunque el TSJC se basa también en la apreciación de que el importe de tal gasto es desmesurado.

CONTRATOS

Simulación. Demostrada la simulación en un contrato, se presume absoluta y comporta su nulidad radical, salvo que quien alegue la simulación relativa pruebe que existe otra causa verdadera, suficiente y lícita

Sentencia n.º 18/2016, de 21 de marzo (Ponente: José Francisco Valls Gombau)

RESUMEN: La parte vendedora (una sociedad familiar) pretende la nulidad de un contrato de compraventa a favor de los socios de la misma (cuatro hermanos) en el que se declaraba pagado un precio que no se satisfizo en realidad. Declarado probado este hecho por la Audiencia, declara la nulidad de la compraventa por simulación absoluta. El demandado (uno de los hermanos) pretende la validez de la transmisión alegando simulación relativa, ya que, el mismo día de la venta, los compradores formalizaron un contrato de préstamo por el mismo importe que el precio de la venta, a favor de la sociedad, y aportaron otro inmueble a la misma en concepto de ampliación de capital.

COMENTARIO: El TSJC desestima el recurso de casación por considerar que ni el préstamo alegado (que no consta devuelto y figura como pendiente en la contabilidad de la sociedad) ni la aportación de otro inmueble a la sociedad (que se hizo a cambio de la suscripción de nuevas participaciones en la misma) pueden constituir contraprestación equivalente al precio de la venta, y declara la simulación como absoluta. Además, señala: «Es reiterada la jurisprudencia que declara que la simulación relativa constituye un supuesto de anomalía de la causa, es decir, comporta la expresión de una causa falsa cuando en realidad el resultado contractual querido y ocultado se funda en otra causa verdadera, suficiente y lícita (art. 1276 CCiv), de modo que, descubierta la simulación, cambia la efectividad de la presunción sobre la causa, pues ya no se presume su existencia y licitud, ni recae sobre el deudor la carga de probar su existencia (art. 1277 CCiv). Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1276 CCiv, demostrada la simulación, esta se presume absoluta y frente a dicha presunción legal habrá de probarse la existencia del negocio disimulado y que su causa es verdadera y lícita, así como la constatación de un doble contrato (el simulado o inexistente y el real y querido por las partes), lo que no ha sucedido en el caso examinado» (FD 4). También distingue la causa de los móviles meramente subjetivos de los contratantes, ordinariamente irrelevantes y sin trascendencia jurídica, por un principio de seguridad jurídica, a menos que se incorporen a la declaración de voluntad, lo que no consta en el caso de autos, según el Tribunal. Asimismo, rechaza: a) la aplicación de la doctrina de los actos propios vinculantes (alegada con base en que la sociedad que pretende la nulidad está representada por los hermanos que intervinieron en la venta), ya que para ello se exige que tales actos sean jurídicamente eficaces, lo que no ocurre en caso de simulación absoluta, en que el contrato es inexistente, y b) la falta de tradición, pues, para que esta se constituya como medio para adquirir el dominio y otros derechos reales posesorios conforme al art. 531-4.2 CCCat, no solamente se requiere la entrega de la cosa, sino también la concurrencia de un contrato válido y con justa causa.

DERECHO SUCESORIO

Testamento. Es nulo el testamento otorgado por una persona ciega sin la intervención de testigos

Sentencia n.º 38/2016, de 30 de mayo (Ponente: M.ª Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN: Acreditada la ceguera del testador, la sentencia de primera instancia había declarado válido el testamento otorgado



sin la intervención de testigos, resolución que fue revocada por la Audiencia. El TSJC confirma esta segunda sentencia con base, entre otros, en los siguientes argumentos: 1) el requisito de la forma en el testamento se exige para garantizar la libre expresión de la voluntad del testador; 2) la forma asegura no solo la publicidad de la voluntad, sino también que esta ha sido formada de manera consciente y libre de presiones externas; 3) frente a otras formalidades que pueden considerarse menos trascendentes, la intervención de los testigos es esencial, ya que tiene como finalidad la suplencia del sentido del que carece el testador, quien, en este caso, no puede hacer uso del derecho a leer por sí el testamento y comprobar que coincide con su voluntad, y 4) desaparecida la exigencia general de la presencia de testigos para la validez de los testamentos notariales abiertos, como quiera que el legislador la ha mantenido para las personas con determinadas discapacidades, resulta difícil sostener, sin contradecir frontalmente la ley, que también en estos casos resultan prescindibles.

COMENTARIO: El testamento se había otorgado bajo la vigencia del Código de Sucesiones, cuyo art. 107 exigía la intervención de testigos si el testador era ciego; el actual art. 421-10 CCCat repite el texto de dicho precepto, pero el 421-8 remite a la legislación notarial. La técnica legislativa, tanto en el CCCat como en Reglamento Notarial, es muy deficiente en este punto. Respecto al CCCat, por cuanto dedica dos preceptos al testamento del ciego sin aclarar la relación entre sí: el art. 421-8 remite a la legislación notarial y el 421-10 exige la intervención de testigos, pudiendo suceder que la legislación notarial no exija la intervención de testigos. Como creo que es el caso, pues el art. 193 RN dispone que si alguno de los otorgantes es ciego, bastará con que preste su conformidad a la lectura hecha por el Notario, lo que parece suponer que no es necesario que intervengan testigos, ya que, si intervinieran, lo lógico sería que el otorgante prestase su conformidad a la lectura realizada también por los testigos, puesto que, de otro modo, no se sabría muy bien cuál es el su papel de los testigos. Todo ello pese a que el art. 180 RN requiere la intervención de testigos instrumentales cuando el otorgante no pueda leer ni escribir, precepto que también podría considerarse aplicable, ya que el ciego no puede leer el documento notarial; sin embargo, como el art. 193 es más específico, ya que se refiere expresamente al otorgante ciego, podría entenderse que prevalece frente al 180 y no es necesaria la intervención de testigos. Siendo así, como creo, debería determinarse la preferencia entre los arts. 421-8 y 421-10 CCCat, pues en este punto son contradictorios (o, si no lo fueran, lo pueden llegar a ser, si la remisión a la legislación notarial es dinámica, como debería). Lo lógico, si queremos dar un sentido al art. 421-10, es interpretar que la intervención de testigos en el testamento del ciego es un requisito especial del CCCat, adicional a los que, en su caso, establezca la legislación notarial.

En cualquier caso, no me parece acertada la exigencia de testigos en el testamento del ciego o del sordo, salvo que lo solicite el testador. Diversas razones justifican esta conclusión, entre ellas: una injustificada desconfianza del legislador en la institución notarial, la protección de la intimidad del testador y la falta de un cometido claro para los testigos (que, por otra parte, suelen ser los empleados del Notario). No me resulta raro, por lo tanto, que por aquel a quien interese pueda pretenderse la rebaja de este requisito de forma a mera formalidad (como la de la expresión del lugar en los testamentos ológrafos).

Repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores. Los acreedores del heredero que repudia la herencia no adquieren la condición de herederos ni pueden aceptar la herencia en lugar de aquel

Sentencia n.º 42/2016, de 6 de junio (Ponente: Joan Manel Abril Campoy)

RESUMEN: La causante, de vecindad civil catalana, falleció en 1999, habiendo otorgado testamento en el que instituyó herederos a sus cuatro hijos, sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes. Los acreedores de uno de los hijos instaron una *interrogatio in iure*; la interlocutoria declaró la renuncia del heredero y autorizó a los acreedores a aceptar la herencia en nombre y en lugar del heredero renunciante, lo que llevaron a cabo en escritura otorgada junto con los restantes herederos, en la que se adjudicaron el caudal relicto por cuartas partes; en el mismo acto, los acreedores transmitieron su cuarta parte a los demás herederos. Posteriormente, los sustitutos vulgares del renunciante demandaron judicialmente la nulidad de la aceptación de herencia, adjudicaciones y posterior transmisión por los acreedores, así como la de los asientos en el Registro de la Propiedad.

El art. 23 CS, vigente en 1999, disponía que «[s]i el llamado repudia una herencia en perjuicio de sus acreedores, estos pueden pedir al Juez que les autorice a aceptarla en nombre y en lugar del renunciante, a los únicos efectos de hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio hereditario».

Sin embargo, pese a lo que puede deducirse del precepto, con base en su último inciso, el TSJC entiende que los acreedores «no adquieren la cualidad de heredero, por mucho que acepten en el lugar y en el nombre de este, sino que solamente disponen de la acción para impedir que la repudiación del heredero les pueda privar de obtener la satisfacción de su derecho subjetivo de crédito. Es decir, el repudiante ya no deviene heredero, los acreedores del heredero que ejercitan esta acción tampoco lo son y se produce un efecto, que consiste en la revocación de la repudiación de la herencia, pero solo en aquella parte que perjudica a los acreedores. En cambio, en lo no afectado por la revocación de la repudiación, la herencia deberá seguir el destino establecido por el testador o por las normas sucesorias (sustitución vulgar, acrecimiento, etc.)» (FD 2.º). Más adelante indica que «se puede sustentar que no nos encontramos frente a una verdadera aceptación de la herencia, sino ante la concesión de una acción a los acreedores del heredero para proteger su derecho». Por lo tanto, el TSJC resuelve la nulidad de los actos realizados por los acreedores y la delación a favor de los sustitutos vulgares del renunciante (sin que, claramente, tenga lugar el derecho de acrecer a favor de los coherederos, como pretendía la parte demandada).

COMENTARIO: La naturaleza jurídica de la impropiamente llamada *aceptación por los acreedores* ha sido debatida por la doctrina. Entre la acción subrogatoria y la pauliana, no encajaba claramente ni en una ni en otra. En todo caso, había consenso en que los acreedores, pese a la dicción del art. 23 CS, que fue recogido del art. 1001 CC, no se convertían en herederos en lugar del renunciante y que la acción de estos no dejaba sin efecto la repudiación, todo ello en el mismo sentido que la sentencia que comentamos. No quedaba claro, sin embargo, en la doctrina, y así se refleja en la sentencia que comentamos, que habla de «*revocación parcial*», si la repudiación quedaba revocada en la parte a que alcanzaba el importe de los créditos, mientras que subsistía válida en el sobrante, como parecía deducirse del párr. 2.º del art. 1001 CC (el CS callaba al respecto), al decir que «[!]a aceptación solo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá



Sentencias

en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código».

En la actualidad, el vigente art. 461-7 CCCat redacta el precepto de forma técnicamente más correcta, bajo la rúbrica «Repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores», disponiendo que la repudiación «no se puede oponer» a los acreedores del repudiante. Por lo tanto, aquellos pueden dirigirse contra los bienes o cuota atribuidos a este, sin necesidad de convertirse en herederos y sin que la repudiación quede revocada, ni siquiera parcialmente, como expresa la sentencia comentada. Creo que esta configuración puede aplicarse a las sucesiones abiertas durante la vigencia del CS, como criterio hermenéutico.

Como consecuencia de lo anterior, podría otorgarse una escritura en la que los acreedores convinieran con los herederos la adjudicación a los primeros de determinados bienes de la herencia en pago de sus créditos, pero entre los otorgantes deberán figurar necesariamente los que ocupen la cuota vacante o el lugar del renunciante (en el caso que nos ocupa, los sustitutos vulgares).

Legítima. El heredero debe pagar la legítima en metálico, aunque no lo haya en la herencia, cuando en el caudal relicto no haya bienes de propiedad exclusiva, plena y libre del causante y este se ha limitado a atribuirla mediante un legado simple de legítima

Sentencia n.º 45/2016, de 13 de junio (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

RESUMEN: Se plantea si las herederas pueden pagar la legítima, atribuida mediante legados simples de legítima, por medio de la adjudicación a los legitimarios de una cuota porcentual indivisa minoritaria sobre una finca (un 1,49 % por la herencia paterna y un 8,58 % por la materna) o si, por el contrario, los legitimarios, ante la falta de bienes de calidad suficiente, pueden exigir su pago en dinero aunque no lo haya en la herencia. La herencia paterna está sujeta al Código de Sucesiones y la materna, al CCCat.

La sentencia de la Audiencia había dispuesto que, no habiendo dinero ni bienes de propiedad exclusiva, plena y libre suficientes para satisfacer las legítimas en la herencia de la madre, debía respetarse la opción de pago decidida por las herederas. Basa su argumentación en «la consideración de la legítima como una limitación a la libertad de testar que, como tal, debe ser objeto de interpretación restrictiva, con sustento en el sentido de su evolución normativa explicitado en el Preámbulo del Libro IV, en el que se anuncia que se mantiene “como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero [se] acen-túa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación”».

El TSJC casa la sentencia recurrida. En primer lugar, «corrige el enfoque» utilizado, en el sentido de que la legítima deba ser objeto de interpretación restrictiva por suponer una limitación al principio de libertad de testar. El Tribunal entiende que la legítima no debe considerarse exclusivamente como un límite a la libertad de testar, ya que, pese a definirla así el Preámbulo de la Ley 10/2008, «ni en la anterior ni en la actual normativa aparece regulada en sede de sucesión testada, sino en sede propia, bajo la rúbrica “Otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley”» (FD 2.3). También recoge la opinión de un sector de la doctrina que identifica en la legítima una finalidad complementaria de protección a la familia directa, y ya el Tribunal de Cassació de Catalunya declaró, en Sentencia de 22 de marzo de 1937, que la tendencia debilitadora de la legítima no implicaba que el juzgador debiera proceder con una interpretación restrictiva de la institución. Así lo reafirma el TSJC, que fundamenta la legítima en

el principio de solidaridad familiar y considera que es al legislador a quien compete, como está haciendo, compatibilizar dicho principio con el de libertad de testar.

En lo que se refiere a la facultad del heredero de optar entre pagar la legítima en dinero o bienes de la herencia, entiende que no puede ser impugnada por el legitimario, «salvo por lo que se refiere, por un lado, a la cualidad de los bienes elegidos para el pago (art. 362 CS, en relación con el art. 358 CS; art. 451-11.2 CCCat, en relación con el art. 451-7.3 CCCat) y, por otro, a la calidad y al valor de los mismos (art. 363 CS; art. 451-12 CCCat)». En el caso concreto que nos ocupa, la atribución de la legítima por el testador exclusivamente «en forma simple» confiere al legitimario «un determinado y estricto “valor líquido” determinado por la ley [...]. Así las cosas, debe entenderse que las salvedades a la exclusividad, plenitud y libertad de los bienes utilizados en pago del legado de legítima previstas en el art. 451-7.2 CCCat [...] no se refieren al “legado simple” [...], de forma que, en tal caso, el heredero solo podrá elegir entre pagar en dinero, aunque no lo haya en la herencia, o en bienes hereditarios de calidad media que, en todo caso, pueda ceder al legitimario en propiedad exclusiva, plena y libre, de manera que, si no los hubiere en el caudal relicto o los que hubiere no fueren adecuados para formar los lotes que fueren precisos para pagar a los diversos legitimarios, el pago de la legítima solo podrá hacerse en dinero, aunque fuere extrahereditario» (FD 2.4).

COMENTARIO: El art. 451-11.2 dispone que si el heredero opta por pagar la legítima en bienes, estos deberán cumplir los requisitos del art. 451-7.2, esto es, han de ser bienes integrantes del caudal relicto y atribuirse en propiedad exclusiva, plena y libre a los legitimarios. Si no hay en el *relictum* bienes que reúnan estos requisitos y sí hay dinero suficiente para el pago de las legítimas, queda claro que el pago debe hacerse en dinero. Pero no queda claro que ocurre si en la herencia tampoco hay dinero. En tal caso, como acabamos de ver, el TSJC resuelve que la legítima debe pagarse en dinero extrahereditario, con base en que el dinero constituye para el legitimario una garantía de que recibirá bienes de calidad media.

Podría cuestionarse dicha resolución, si se mantiene que la garantía del legitimario es correlativa a la facultad del heredero de optar entre pagar en bienes o en dinero hereditario, para evitar que el heredero pague la legítima en bienes de baja calidad en relación con los que integran el caudal relicto (especialmente, para que no se quede con el efectivo metálico y adjudique a los legitimarios bienes de difícil realización dineraria). Ahora bien, dicha garantía perdería su razón de ser cuando el heredero no pudiera optar entre pagar en dinero hereditario o en bienes de la calidad exigida por el código, por no haberlos en la herencia. Podría defenderse que el pago en dinero extrahereditario está establecido como una facultad del heredero y no como una obligación.

No obstante, puede argumentarse, en contra de esta postura, que la opción para el heredero se mantiene en relación con el dinero extrahereditario. También puede alegarse que el art. 451-11 configura la obligación de pago de la legítima o de su suplemento como una obligación alternativa y no como una obligación facultativa. El heredero debe entregar bienes de una determinada calidad o dinero, y si una de las prestaciones alternativas deviene imposible de cumplir (en este caso, estaríamos ante una imposibilidad jurídica), se mantiene la obligación respecto de la otra prestación, como establece el art. 1134 CC; a diferencia de las obligaciones facultativas (como sucedería si el heredero estuviese obligado al pago mediante bienes de la herencia pero se le facultase para satisfacer la deuda en dinero, posiblemente el sistema del CC), en cuyo caso la imposibili-



dad de cumplir la obligación principal comportaría la extinción de la facultativa.

Finalmente, resulta interesante la novedad que supone el hecho de que el TSJC sitúe el fundamento de la legítima en el principio de solidaridad familiar, cuestión que es objeto de debate en la doctrina, pero que da por sentada sin justificar ni desarrollar, quizás por no ser el fundamento del fallo.

PAREJA ESTABLE

Pese a faltar el requisito del domicilio común, se considera que existe convivencia si hay comunidad de vida, a los efectos de excluir la preterición errónea

Sentencia n.º 63/2016, de 28 de julio (Ponente: M.ª Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN: Se plantea la ineficacia sobrevenida de un testamento en el que el testador instituía heredera a una persona por preterición errónea de un hijo cuya existencia desconocía. La cuestión principal radica en determinar si la relación del causante con la heredera puede calificarse como de pareja estable, teniendo en cuenta que el causante sufrió un ictus cerebral en febrero de 2010, cuando la convivencia con la heredera se había iniciado en septiembre de 2009. La enfermedad del testador, que afectó de forma importante a sus facultades cognitivas, conllevó su ingreso en una residencia, en la que permaneció hasta su fallecimiento, en abril de 2012. Entre el comienzo de la convivencia y la enfermedad del causante, este, además del testamento, otorgó diversos poderes a favor de la heredera, la designó como tutora e iniciaron un expediente matrimonial; durante la enfermedad, que no afectó a las capacidades relacionadas con la afectividad, la heredera visitó cada día al causante. El hijo del testador reclama la ineficacia del testamento por preterición errónea, a lo que la heredera opone el art. 451-16.2, letra a) CCCat, que exceptúa de la ineficacia el caso en que el causante ha instituido como heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o conviviente en pareja estable.

El TSJC declara la eficacia del testamento con base en dicha norma, pues considera que la relación entre el testador y la heredera era de pareja estable. Como convivencia de vida análoga a la matrimonial entiende «*la existencia de un proyecto de vida en común que, aunque no pasa necesariamente por el establecimiento de un único y común domicilio, sí ha de tener como hilo conductor la ayuda, soporte y responsabilidad mutuas, y reunir el grado de estabilidad, de intimidad, de comunicación de afectos e intereses y de publicidad parangonables con la convivencia matrimonial*» (FD 5). Considera que la voluntad del causante y la heredera «*de constituir una pareja estable desde el inicio de su relación afectiva, que es el verdadero elemento constitutivo de este tipo de uniones, viene acreditada por todos los elementos probatorios contemplados en la sentencia. [...] la ley no impide ni contraer matrimonio al incapacitado, al excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyan en sí mismas impedimento para que las personas afectadas por tales deficiencias puedan contraer matrimonio (por todas, STS Sala 1.ª de 29 de abril de 2015 y art. 236-36.1 d) del CCCat), ni tampoco constituir o continuar con la unión estable, y prueba de ello es que ni el artículo 234.2 del CCCat impide a las personas cuya capacidad ha sido modificada establecer tales uniones, ni tampoco la incapacitación las extingue (art. 234.4 CCCat)*» (FD 7). Por lo tanto, concluye el TSJC que puede presumirse que el testador no habría modificado el testamento de haber conocido la existencia del demandante, que ningún interés tuvo tampoco en ponerse en contacto con su padre en vida de este, sin perjuicio de su derecho a la legítima.

COMENTARIO: Esta última consideración, sin duda ajustada a la norma, es a mi juicio injusta, teniendo en cuenta que es causa de desheredación la ausencia continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este. En el supuesto de que el causante desconozca la existencia del hijo, y más aún si fallece sin conocer dicha existencia, es evidente que no hay relación familiar por causa exclusivamente imputable al hijo (en el caso en cuestión, el causante se había separado de su esposa cuando estaba embarazada de dos o tres meses). Por desconocer la existencia del hijo, el causante no puede desheredarle ni reconciliarse con él. No es justo ni congruente con la regulación de la desheredación que una persona que no ha tenido ningún interés en ponerse en contacto con su padre, pudiendo hacerlo, tenga derecho a la legítima y, por si fuera poco, pueda además impugnar el testamento por preterición errónea.

Sin embargo, la cuestión central de la sentencia es si, a efectos de su calificación como pareja estable, se considera que existe convivencia cuando el plazo de dos años exigido por el art. 234-1, letra a) CCCat es interrumpido por el ingreso de uno de los convivientes en una residencia. La sentencia, siguiendo la jurisprudencia ya fijada anteriormente, hace una interpretación extensiva del requisito de convivencia, entendiendo, en aras de la equidad, que la atención dispensada por uno de los miembros de la pareja al otro en el centro geriátrico, unida a los demás hechos probados, equivale a convivir. Esta interpretación tiene su apoyo legal en la expresión «*comunidad de vida análoga a la matrimonial*» del art. 234-1 y en que el art. 234-4.1, letra a), declare como causa de extinción de la pareja estable el cese de la convivencia «*con ruptura de la comunidad de vida*». Parece claro, pues, que más importante que la estricta convivencia física de la pareja es la comunidad de vida o, lo que es lo mismo, que sus miembros compartan un proyecto de vida en común, aunque por las circunstancias del caso no sea posible compartir ininterrumpidamente un mismo techo. En definitiva, se trata de primar el elemento subjetivo o intencional frente al objetivo, siempre que tenga su base en hechos demostrables, lo cual, todo sea dicho de paso, no es exclusivo de la pareja estable, sino aplicable también al matrimonio.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Constituida una propiedad horizontal con la única finalidad de eludir normas urbanísticas, no cabe aplicar entre los propietarios la regulación legal de aquella situación de comunidad

Sentencia n.º 16/2016, de 21 de marzo (Ponente: M.ª Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN: Los propietarios de una casa que forma parte de un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal demandan al propietario de otra casa del mismo inmueble por haber realizado obras (construcción de una nueva planta y de una piscina) sin el consentimiento de la comunidad. La Audiencia había decretado la demolición de la nueva planta y la conservación de la piscina (en este último caso, porque el demandante la había construido en su jardín de uso privativo sin pedir permiso a la comunidad).

El TSJC casa la sentencia y revoca la demolición de la nueva planta, por entender que, pese a lo que determina la escritura constitutiva, no existe propiedad horizontal, pues: a) las tres casas carecen de unidad constructiva, funcional y estética; b) no se describían ni existen elementos comunes por naturaleza, por destino ni convencionales, al no haberse señalado en la escritura, ni constar en forma alguna, ninguna instalación, servicio o limitación aceptada por todos como elemento



Sentencias

común de la finca; c) no se han comportado tampoco los propietarios de las tres entidades como copartícipes, ya que han actuado sobre ellas como han tenido a bien, ampliando construcciones y construyendo piscinas en su jardín, y d) la única finalidad de haberse constituido la propiedad horizontal era la de eludir normas administrativas o urbanísticas, como admiten ambas partes, que reconocen que, de otro modo, no se habrían podido construir tres casas, sino solo dos. Como hecho fáctico adicional, se hace constar que nunca se ha generado ningún gasto común y la inexistencia de órganos de gobierno de la comunidad, libro de actas o reuniones de comunidad.

COMENTARIO: El TSJC sigue en esta sentencia, sin mencionarla, la doctrina del propio Tribunal y del TS en relación con los negocios jurídicos simulados. En el presente supuesto, nos hallaríamos ante una simulación absoluta, ya que no existe negocio disimulado, al declararse probado que la constitución del régimen de propiedad horizontal se hizo con el exclusivo propósito de conseguir la licencia municipal para la construcción de una casa adicional. Y la consecuencia de la simulación absoluta no es otra que la nulidad del negocio jurídico simulado, como podemos ver en la sentencia siguiente.

La comunidad no puede hacer cesar el uso turístico de elementos privativos, salvo que se haga un uso anómalo o antisocial de los mismos

Sentencias n.º 33/2016 y 37/2016, de 19 de mayo (Ponentes respectivos: M.ª Eugènia Alegret Burgués y Joan Manel Abril Campoy)

RESUMEN: En ambas sentencias se trata la misma cuestión, con la misma doctrina, pero con resultados distintos. En la n.º 33/2016, el Tribunal de Primera Instancia condenó a los propietarios a cesar en la explotación de las viviendas para uso turístico, mediante sentencia que fue revocada en segunda instancia y esta, casada por el TSJC; en la n.º 37/2016, se dio la razón a la comunidad en primera y segunda instancia y el TSJC estima el recurso de casación.

Ambas sentencias se basan, para permitir el uso turístico de los elementos privativos, en los arts. 553-40.1 (que prohíbe realizar en los elementos privativos actividades contrarias a la convivencia normal de la comunidad o que estén prohibidas por los estatutos o por la normativa urbanística y de usos del sector) y 553-47 CCCat (que prohíbe, además, las actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas), ambos según la redacción anterior a la Ley 5/2015, que no es aplicable, al ser posterior a la interposición de las demandas.

Para el TSJC, «ambos preceptos responden a la idea de que el propio derecho no ha de traducirse en perjuicio del derecho ajeno, por lo que se legitima a la comunidad de propietarios para hacer cesar las actividades no permitidas, que serán: a) las excluidas o prohibidas de manera expresa por los estatutos, es decir, que provengan de la libre voluntad de los copropietarios; b) las excluidas de manera expresa por la normativa urbanística y de usos del sector (lo que obligará a examinar esta normativa); c) las que vayan contra las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, en el caso de Cataluña, reguladas en la Ley 20/2009, de 4 de diciembre; d) otras ilícitas (sin especificar); e) finalmente, como cláusula general, las actividades o conductas que, sin estar comprendidas en las anteriores, sean contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el edificio» (FD 7 y 3, respectivamente).

Las dos sentencias consideran que la actividad de uso turístico no solo no es ilícita, sino que está permitida por la Ley de la Vivienda de 2007; no va en contra de las disposiciones de la Ley 20/2009, y no está limitada por el destino indicado en la descripción del elemento

privativo. «Tampoco la actividad per se en abstracto supone un daño o peligro para el edificio, en la medida que el uso intensivo de los elementos comunitarios para el tráfico de los ocupantes, que, dicho sea de paso, no es exclusivo de este tipo de actividad, sino de otros, como despachos profesionales o locales abiertos al público, puede ser compensado mediante la activación del mecanismo previsto en el art. 553-45.4 CCCat, conforme al cual el título de constitución o la Junta pueden establecer un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponda a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o el local» (FD 7 y 3, respectivamente).

Y finaliza la STSJC n.º 37/2016: «En definitiva, no se puede concluir que, en abstracto, la existencia de viviendas de uso turístico suponga una actividad contraria a la convivencia normal en la comunidad, sino que es necesario que el uso que se hace pueda tildarse de anómalo o antisocial, como consecuencia de una serie de conductas o actuaciones que merezcan la consideración de incívicas, análisis que deberá hacerse caso por caso» (FD 4). Dado que estas circunstancias particulares no se han producido, la comunidad debe permitir que los elementos privativos objeto de la sentencia puedan ser destinados a uso turístico, sin que el mero uso intensivo de los elementos comunes sea motivo suficiente para legitimar su prohibición.

En cambio, en la STSJC n.º 33/2016, el fallo es favorable a la comunidad, ya que se declara probado que los turistas han reproducido reiteradamente «conductas irrespetuosas» que pueden ser calificadas como «actos incívicos de notoria importancia que traspasaban el umbral de la mera incomodidad para convertirse, por su duración e intensidad, en conductas reprobables que afectan a derechos esenciales de los miembros de la comunidad, como son sus derechos económicos y sus derechos a la salud y al descanso, que el ordenamiento jurídico no les obliga a soportar» (FD 10).

COMENTARIO: Queda por lo tanto claro el criterio del TSJC en relación con los apartamentos de uso turístico ubicados en elementos privativos de un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal (como en relación con cualquier otro destino que su propietario desee darle): la comunidad no puede oponerse a dicho destino, salvo que el uso que se haga sea anómalo o antisocial como consecuencia de una reiteración de conductas incívicas, sin que el uso intensivo de los elementos comunes pueda justificar la prohibición.

Es más: como indica expresamente la STSJC n.º 33/2016, en cualquier caso, el acuerdo que limite las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos (cualquier actividad), adoptado por la comunidad con el quorum previsto en el actual art. 553-26.2 (es decir, incluso con la oposición del propietario o propietarios afectados), es válido e inscribible en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, «cuestión distinta es que el cambio de destino sea oponible con efectos retroactivos a terceros que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro de la Propiedad, al impedirlo el art. 553-11.3 del CCCat (tanto en la redacción atinente a los hechos que nos ocupan como en la actual) y por vulnerar el principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9.3 de la CE. Ello sin perjuicio, lógicamente, de que el acuerdo, una vez inscrito, sea eficaz y oponible a los futuros terceros adquirentes o, aun, pueda serlo en el momento en que se produzca el cese de la actividad posteriormente prohibida» (FD 5).

En caso de que la comunidad adopte un acuerdo limitativo del uso de los elementos privativos, hay dos legítimos derechos contrapuestos en juego: el de la comunidad a regular su propio régimen a través de los



estatutos (art. 553-11.1) y el derecho del propietario a que no le afecten las normas que no estén inscritas en el Registro de la Propiedad en el momento de realizar su adquisición (art. 553-11.3). Ninguno de dichos derechos puede ser absoluto, pues comportaría la negación del otro. Si a los propietarios no les pudiesen afectar las normas no inscritas, la modificación de estatutos solo sería aplicable a los propietarios que adquiriesen después de su inscripción, lo que limitaría enormemente el derecho al autogobierno de la comunidad. Y a la inversa: si la comunidad pudiese regular sin limitación alguna su propio régimen, podría perjudicar los legítimos derechos de los propietarios. Si estos hacen un uso inadecuado de los elementos privativos, tal podría ser el fundamento de la prohibición; en caso contrario, resulta más difícil determinar un criterio que resuelva el conflicto de intereses.

En la normativa anterior a la Ley 5/2015, se daba preferencia claramente al interés individual del propietario en esta materia, al requerir el art. 553-25.4 el consentimiento expreso de los propietarios afectados para la validez del acuerdo limitativo del uso y disfrute de los elementos privativos. Sin embargo, el nuevo art. 553-25.4 ha suprimido dicha exigencia, lo que, unido al hecho de que el art. 553-26.1 no incluye dicho supuesto entre aquellos que requieren unanimidad, lleva a la consecuencia de que el acuerdo puede tomarse en contra de la voluntad del propietario afectado, lo que prima el interés colectivo, reforzado por el cambio legislativo. Ahora bien: ¿hasta qué punto puede la comunidad imponer su interés al del propietario en esta materia? El criterio del TSJC en esta sentencia es que la comunidad puede prohibir la actividad que se inicie con posterioridad a la inscripción del acuerdo en dicho sentido en el Registro de la Propiedad, lo que justifica alegando que el acuerdo no puede tener efectos retroactivos. Esta interpretación atempera la que pudiera deducirse de la modificación normativa indicada, en aras de la seguridad jurídica, pero lo cierto es que no tiene apoyo en la propia ley, que no se pronuncia sobre los efectos retroactivos de los acuerdos de la comunidad. Nos queda la norma del art. 553-31.1, letra b), que permite al propietario disidente del acuerdo impugnarlo por serle gravemente perjudicial, pero dicho perjuicio grave debería ser, además, injustificado, para lo que posiblemente podría alegar el principio de buena fe en las relaciones jurídicas del art. 111-7, con base en la confianza que los estatutos generaron en quien inició la actividad que permitían o no prohibían.

USUCAPIÓN

El pago del IBI y figurar como titular catastral no justifican, por sí solos, la posesión en concepto de dueño

Sentencia n.º 61/2016, de 21 de julio (Ponente: José Francisco Valls Gombau)

RESUMEN: En los años 1977-1978, el propietario único de un edificio procedió a levantar dos plantas, una de las cuales pasó a ser la vivienda habitual de su hijo. Este, que desde entonces ha ocupado dicho piso y ha pagado el IBI sobre el mismo, figura también como titular catastral, pues acordó con su padre que, ya que ocupaba el piso, se haría cargo de dicho impuesto.

Ante la demanda del hijo por usucapión, el TSJC resuelve que tales hechos no son por sí solos suficientes, pues, como ya declaró en la STSJC n.º 28/2008, de 15 de julio, la posesión en concepto de dueño no es un concepto puramente subjetivo o intencional, por lo que no basta la pura motivación volitiva representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo o causal consistente en la existencia de actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, es decir, actuar y presentarse en el mundo

exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios. Así, ha resuelto que darse de alta como propietario ante organismos oficiales podría considerarse relevante a efectos de justificar la interversión del título posesorio, pero, en cambio, pagar los impuestos contra recibos extendidos a nombre de anteriores propietarios podría no ser concluyente, como tampoco residir en el inmueble, ya que no es algo que socialmente sea exclusivo de los propietarios, ni poseer las llaves. En el citado caso de 2008, se consideraron actos de posesión dominical darse de alta en el Catastro, asumir a su nombre los recibos e impuestos, actuar como arrendador y percibir las rentas, presentándose así en el mundo exterior.

Después de examinar otras sentencias de la misma sala, concluye que «la fijación de los actos o circunstancias para determinar si la posesión de la finca se realiza a título de dueño pertenece a la *quaestio facti*, mientras que su trascendencia o significación jurídica constituye una *quaestio iuris* que debe determinarse en cada supuesto» (FD 3). En el caso de autos, los indicios favorables a la usucapión (titularidad catastral y pago del IBI) son valorados conjuntamente con otros desfavorables, como son que el propietario no realizó ningún cambio de titularidad en el Registro de la Propiedad a favor de su hijo, firmó todos los proyectos de obras como propietario y pagó la totalidad de las obras, y que el recurrente figuraba como titular catastral a petición de su padre, para hacerse cargo del IBI por ocupar la vivienda. Por lo tanto, concluye que el recurrente ocupaba la finca como precarista y por simple tolerancia de sus padres, con la finalidad de fijar su domicilio familiar junto a estos, que ocupaban la planta inferior.

COMENTARIO: La sentencia resumida está en la línea de la jurisprudencia del TSJC. Además de la ya citada de 15 de julio de 2008, podemos citar, como más recientes, la n.º 39/2013, de 30 de mayo, que resolvió a favor de la usucapión en un caso en que el usucapiante había realizado encargos de proyectos de obras de cerramiento, realización de modificaciones y edificaciones sustanciales en la finca, instalación de un negocio propio en ella y pago de impuestos y contribuciones; la n.º 37/2012, de 11 de junio, que resolvió en contra de la usucapión por la falta de actos externos que diesen lugar a la interversión del concepto posesorio, y la n.º 30/2011, de 23 de junio, también en contra, pese a que el poseedor (al que considera mero detentador) había realizado obras de reforma y ampliación de la finca, pero la propietaria seguía pagando el IBI y las tasas municipales del inmueble a su nombre. En todas ellas se requiere que aquel que pretende usucapir actúe y se presente en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios.

USUFRUCTO

Las obligaciones de inventariar y afianzar no son exigibles cuando la propietaria cede la nuda propiedad de una vivienda que constituía su residencia habitual, reservándose el usufructo de la misma

Sentencia n.º 50/2016, de 27 de junio (Ponente: Núria Bassols i Muntada)

RESUMEN: En 2012, la propietaria de una vivienda que constituía su residencia habitual hizo donación de la nuda propiedad de la misma, reservándose el derecho de usufructo vitalicio. Dos años más tarde, ingresó en un centro geriátrico y, representada por una Fundación tutelar, intentó arrendar la vivienda, pero no pudo hacerlo, ya que estaba ocupada por la donataria de la nuda propiedad, quien se ha negado a pagar un alquiler por su uso. Presentada demanda de precario contra la nuda propietaria, esta se niega también a desocupar la vivienda alegando el art. 561-7 CCCat, que obliga a



Sentencias

la usufructuaria a formar inventario y prestar fianza antes de tomar posesión de los bienes objeto del usufructo.

El TSJC resuelve a favor de la usufructuaria con base en que la aplicación del art. 561-7 requiere la concurrencia de dos premisas: «a) que el usufructuario no esté en posesión del bien objeto de usufructo, ya que, de otro modo, no se entendería por qué el legislador utiliza la frase “antes de tomar posesión”; b) que haya un riesgo serio de que el usufructuario pueda dañar o menoscabar los bienes usufructuados, ya que la literalidad del CCCat así lo hace patente cuando dice: “en garantía del cumplimiento de sus obligaciones”» (FD 3). El Tribunal estima que ninguno de dichos requisitos se da en el supuesto en litigio, dado que en ningún caso la usufructuaria ha tenido que tomar posesión de la vivienda; por otro lado, durante los dos años anteriores al ingreso de la usufructuaria en la residencia, «poseyó la finca como usufructuaria sin hacer inventario ni prestar caución, cosa que hace concluir que hubo un acuerdo tácito, una dispensa tácita por parte de la nuda propietaria [...] para no exigir las medidas de garantía de hacer inventario y prestar caución. Finalmente, estas medidas son poco compatibles en un caso en que no se podía dudar de que la usufructuaria era la más interesada en cuidar el que era su domicilio» (FD 3). Por último, considera que el incumplimiento de dichas obligaciones no puede comportar la privación del derecho de usufructo.

COMENTARIO: De los diversos argumentos que aporta la sentencia, el que me parece de mayor entidad es este último: la falta de

inventario y de caución no faculta por sí misma al nudo propietario para privar al usufructuario del uso y disfrute del inmueble. El CCCat, a diferencia del CC, no exime de las obligaciones de inventariar y afianzar al donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes donados (art. 492), ni prevé las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones (art. 494). La recurrente alega que dichos preceptos no son aplicables en Cataluña, pero el TSJC considera que no es necesario que se apliquen, pues resuelve que, con base en el art. 561-7 CCCat, se llega a la conclusión de que el donante de la nuda propiedad que se reserva el usufructo de su residencia habitual no está obligado a formar inventario ni a prestar fianza. Sin embargo, a mi juicio, no resulta tan clara esta interpretación. Es cuando menos dudoso que, al disponer que dichas obligaciones deben cumplirse antes de tomar posesión, deba deducirse que el legislador las esté excluyendo en caso de que no haya entrega de posesión. Si el legislador hubiera querido introducir excepciones a las obligaciones de inventariar y afianzar, es más lógico pensar que lo habría establecido claramente, máxime cuando el Libro V del CCCat ha venido a sustituir una normativa que así lo disponía. Por el mismo motivo, tampoco me parece que deba exceptuarse en el supuesto de que el usufructo recaiga sobre la vivienda habitual de la usufructuaria. Además, el argumento de que la propia usufructuaria no ha de tener interés en dañar la cosa usufructuada podría aplicarse a toda clase de usufructos.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones mercantiles y de la propiedad

Publicadas en el segundo trimestre de 2016

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

ARRENDAMIENTOS

Resolución de 30 de mayo de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6109)

Admite la inscripción de una escritura de venta de vivienda y plaza de garaje a favor de los cónyuges que habían sido arrendatarios de las mismas, en ejercicio de su derecho arrendaticio. En la escritura, las partes hacen constar que, notificada la venta a un tercero, el retracto se ejercitó en tiempo y forma, si bien se retrasó a un momento posterior al plazo de 60 días tras la notificación (artículo 48 LAU-1964) no el ejercicio del retracto, sino la formalización de la escritura. La Registradora denegó la inscripción, por entender caducado del derecho de retracto.

Sin embargo, la Dirección afirma que no debe confundirse el ejercicio de un derecho con su formalización. El derecho ya se ha consumado al ejercitarse y obliga al comprador contra el que se ejercita a pasar por él. La Dirección ha admitido también la inscripción del ejercicio en plazo del derecho de opción, aunque se hubiese presentado al Registro con posterioridad al plazo de vigencia (Resolución de 27 de marzo de 2000).

BIENES Y DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN

Actos separables

Resolución de 22 de abril de 2015 (BOE 133, 2-VI-16: 5318)

Consta inscrita la venta de una finca promovida y vendida por un Ayuntamiento a un particular, con la prohibición de disponer *inter*

vivos durante 7 años, resultante del pliego de condiciones administrativas que rigió la adjudicación. Posteriormente, el Pleno del Ayuntamiento modificó el pliego de condiciones dejando sin efecto la limitación dispositiva inscrita. Ahora se pretende inscribir una escritura de aumento de capital en la que se aporta la finca a una sociedad.

La Registradora deniega la cancelación de la limitación dispositiva y la inscripción de la aportación, por entender que no estamos en uno de los supuestos en que se puede modificar el contrato conforme a la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007). Sin embargo, la Dirección admite al inscripción, al no considerar aplicable dicha ley, cuya disposición transitoria dispone que los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la ley se regirán en cuanto a sus efectos (y, por tanto, a su modificación) por la legislación anterior, en este caso, el RDLeg. 2/2000, según la cual (artículo 59) el régimen legal de modificación solo se aplica a los contratos administrativos y no a los privados. Según la doctrina de los «*actos separables*», los contratos privados de los entes públicos se rigen, en cuanto a sus efectos, modificación y extinción, por el Derecho Privado, y solo en cuanto a su preparación y adjudicación, por el Derecho Público. El hecho de que mediante la compraventa con limitación dispositiva se pretendiera satisfacer un interés público (fijar población) no puede servir de fundamento a la aplicación de las normas sobre modificación de los contratos administrativos.

Entidades locales

Resolución de 19 de mayo de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5649)

El título calificado es un negocio complejo en el que un Ayuntamiento constituye un derecho de superficie sobre una finca de su

propiedad a favor de un particular, a quien atribuye, además, un derecho de opción de compra durante un plazo inferior al del derecho de superficie. El Registrador inscribe el derecho de superficie, pero no el de opción.

La Dirección desestima la objeción de que el derecho de opción desnaturaliza el derecho de superficie al quitarle una de sus características esenciales, que es la reversión de lo edificado al Ayuntamiento. Se trata de dos derechos reales compatibles. Cuando se trata de una opción complementaria de otra figura jurídica que lo admita, como el derecho de superficie, puede inscribirse aunque exceda del plazo de 4 años del artículo 14 RH.

Sin embargo, la inscripción de la opción se deniega por vulneración de la normativa sobre enajenación de bienes de las entidades locales, cuyos requisitos deben observarse aunque se trate de un negocio unitario y complejo.

Expropiación forzosa

Resolución de 30 de marzo de 2016 (BOE 89, 13-IV-16: 3516)

Suspende la cancelación de unos derechos de reversión concretados en una participación indivisa de una finca inscrita a nombre de una junta de compensación. El derecho de reversión corresponde a los propietarios no adheridos a dicha junta, la cual pretende la cancelación mediante certificación de aprobación definitiva del proyecto de compensación. No resultan acreditadas las circunstancias determinantes de la cancelación o la extinción de los derechos de reversión.

La persona expropiada tiene derecho a resolver la expropiación infructuosa por no ejecutarse la obra o establecerse el servicio causante de la expropiación; por existir parte sobrante de los bienes expropiados, o por desaparecer la afectación. Este derecho es susceptible de reflejo registral en cada una de sus tres fases: expectante, a raíz de la misma expropiación (que debe hacerse constar, frente a terceros adquirentes, en la inscripción de adquisiciones por expropiación); una vez producido cualquiera de los hechos que determinan su nacimiento, y una vez ejercitado, mediante la restitución de la indemnización y readquisición del dominio. Aunque la jurisprudencia niega la procedencia del derecho de reversión en las transmisiones voluntarias, la expropiación contra el propietario no adherido a la junta de compensación, pese a la eventual opción de incorporación, se considera expropiación forzosa en el seno del sistema de compensación. En cuanto a su cancelación registral, antes de la Ley 13/2015, la Dirección ha mantenido una doctrina uniforme: los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales; su cancelación exige consentimiento del titular o resolución judicial; la prescripción no puede ser apreciada directamente por el Registrador, salvo que existan procedimientos especiales para la liberación de cargas, como el del artículo 82-5 LH. El plazo de ejercicio del derecho de reversión será más breve si la expropiación pierde su justificación: 3 meses a contar desde que la Administración notifique el exceso de expropiación, la desafectación del bien o su propósito de no ejecutar la obra o implantar el servicio. A falta de notificación, se fijan términos finales más largos para los distintos supuestos de reversión, más allá de los cuales no puede ejercitarse el derecho. Pero la LEF no establece plazos de prescripción o caducidad del derecho de reversión, sin que la jurisprudencia admita la aplicación del genérico plazo de prescripción de las acciones personales, pues es-

tá en manos de la Administración el poner fin a la situación mediante una notificación directa.

Por todo ello, cabe confirmar la calificación en cuanto a la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza también en vía jurisdiccional por sentencia confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación judicial, lo cual podrá acreditarse por la propia certificación administrativa.

En cuanto a la admisión de otros medios de cancelación del derecho de reversión: una renuncia anticipada implicaría que ya no estaríamos ante una expropiación, sino ante una transmisión voluntaria; la renuncia al derecho ya reconocido no plantea problema alguno; la reversión es un derecho potestativo o de modificación jurídica, por cuanto confiere la facultad de adquirir el dominio mediante una declaración de voluntad unilateral, dándose los presupuestos legales, lo cual justifica la posible aplicación de la regla 8.ª del artículo 210 LH, sobre expediente de liberación de cargas y gravámenes, a la reversión en expropiaciones derivadas de sistemas de actuación por compensación, siempre y cuando pueda afirmarse la existencia de un plazo preclusivo de ejercicio del derecho, a partir del cual puedan computarse los 5 años exigidos por el precepto.

Resolución de 19 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5309)

Admite la cancelación de un derecho de reversión que se pretende mediante oficio y resolución del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, titular registral actual, a la que se acompaña certificación acreditativa de los trámites esenciales del procedimiento: expediente administrativo de depuración jurídica de la finca en el cual se notifica y se reconoce el derecho de los reversionistas; sentencia firme que fija el justiprecio e insta a los reversionistas a ingresarlo en plazo determinado, bajo pena de caducidad del derecho de reversión, y resolución administrativa que declara la caducidad por falta de ingreso.

Como regla general, la cancelación de asientos exige el consentimiento del titular registral o la resolución judicial supletoria (artículo 82 LH). Pero esta regla tiene excepciones, y una de ellas es que el derecho se haya extinguido por imperativo del mismo título inscrito o por disposición directa de la ley, que es lo ocurrido en este supuesto, donde resulta acreditado que el derecho de reversión ha caducado de conformidad con el artículo 55-3 LEF.

Montes

Resolución de 12 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5301)

Admite la inmatriculación de varias fincas rústicas en término municipal donde existen montes demaniales, sin necesidad del informe exigido por el artículo 22 de la Ley de Montes, por no haberse puesto de manifiesto ningún indicio de que las fincas a inmatricular sean montes, ni lindan con monte alguno, ni con ningún otro integrante del dominio público.

La misma finalidad que inspiró el citado artículo es la que recoge ahora la Ley 13/2015 respecto de la protección de cualquier clase de dominio público (artículos 199, 203 y 205 LH).



Resolución de 3 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5487)

Suspende la inscripción de la adjudicación de un monte municipal, en virtud de acta de subasta pública expedida por una comunidad de regantes, como consecuencia del impago de los gastos de administración y distribución de aguas por parte del Ayuntamiento propietario.

Ciertamente, las comunidades de regantes son entidades administrativas y tienen reconocida la vía de apremio por el procedimiento de la LGT y el RGR. Pero en el presente caso concurren los siguientes defectos: lo que se pretende inscribir es solo parte de una finca inscrita, por lo que es necesaria su previa segregación; la finca matriz es monte catalogado de utilidad pública y, por tanto, bien demanial inembargable; un acta de subasta no es título suficiente para inscribir, sino que habría que aportar certificación del acta de adjudicación expedida por el órgano competente (en este caso, la junta de gobierno) en la que deberán constar la transcripción del acta y el pago del remate, junto con las demás circunstancias generales exigidas por la legislación hipotecaria, y, por último, no se ha publicado la convocatoria de subasta pública en el BOE, como exige el artículo 106 RGR (solo consta la publicación en el BOP).

Vías pecuarias

Resolución de 15 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3313)

Suspende la inmatriculación de una finca rústica lindante con monte público, porque, como consecuencia de la consulta efectuada por la Registradora conforme al artículo 22 de la Ley de Montes, resulta del informe de la Administración forestal que la finca está atravesada por una vereda cuya superficie aproximada se determina.

Las vías pecuarias son bienes de dominio público y, por ello, inalienables, imprescriptibles e inembargables, cuya propiedad corresponde a la Comunidad Autónoma (artículo 2 LVP). Es obligación de los registradores impedir las inscripciones que puedan invadir el dominio público, ya esté inscrito, ya no lo esté, pero de cuya existencia el Registrador tenga indicios. Así lo consagra también la Ley 13/2015 (aún no aplicable temporalmente al supuesto resuelto) en sus artículos 9, 199 y 203 (el último, sobre inmatriculación).

CADUCIDAD

Resolución de 20 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5314)

El título calificado es una escritura de compraventa otorgada en 2001, en la que se aplazó durante 14 días una parte del precio representada por una letra de cambio, pactándose que «*caducará de pleno derecho la presente condición resolutoria*» y su inscripción a los 3 meses del vencimiento de la obligación, si nada obstase en el Registro, de modo que podría obtenerse la cancelación por mera instancia privada acompañada de la escritura de venta. Al afectar la venta a dos fincas y no haberse distribuido la responsabilidad de cada una, no se inscribió ni la condición ni la venta. Ahora, la Dirección admite la inscripción parcial de la compraventa sin la condición resolutoria, alegando que hoy se encuentra extinguida por caducidad.

En nuestro ordenamiento se admite la caducidad convencional de los derechos reales, aunque a veces sea difícil interpretar si se trata de prescripción o de caducidad, del derecho o solo del asiento. En este supuesto, parece claro que se ha convenido la caducidad de la condición resolutoria misma, y si fuese un supuesto de prescripción (no de caducidad), el derecho a resolver habría prescrito el 1 de enero de 2014, según la norma material aplicable (artículo 121-20 CCat).

Resolución de 21 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5316)

Deniega la cancelación de una condición resolutoria en garantía de obligación de construir y prohibición de enajenar durante plazo de 3 años a contar desde 2007, que se pretende, sin consentimiento del beneficiario de la condición, mediante instancia privada del dueño de la finca, al amparo del plazo quinquenal del artículo 177 RH.

La Dirección distingue tres preceptos con diferente ámbito de aplicación: el artículo 82-5.º LH es aplicable solo a la cancelación de hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de compraventas, cuando haya transcurrido el plazo legal de prescripción o el más breve estipulado por las partes; el artículo 177 RH fija un plazo de caducidad que permite la cancelación de asientos sobre derechos de modificación jurídica (opción, retroventa, retracto convencional) que tuviesen un plazo de vigencia convenido por las partes, y el artículo 210-8 LH establece un régimen de caducidad de los asientos que se aplica a todas las inscripciones de cualquier garantía real cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro.

Respecto al caso resuelto, el cómputo del plazo de 5 años del artículo 177 RH debe iniciarse no desde que pudo ejercitarse la acción resolutoria, sino desde que venció el plazo para ejercitarla, teniendo en cuenta que, aunque ciertamente el plazo de prescripción de las acciones personales sin término especial (artículo 1964 CC) es hoy solo de 5 años, al tratarse de la prescripción de una acción iniciada antes de la vigencia de la Ley 42/2015, el plazo de prescripción debe computarse desde su entrada en vigor (disposición transitoria 5.ª).

Resolución de 17 de mayo de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5641)

Admite la cancelación de una nota de afección caucional a la liquidación definitiva del ITP devengado por una compraventa que se benefició provisionalmente de la bonificación fiscal prevista en el artículo 13 de la Ley catalana 31/2002 (compra de vivienda que se incorpora al activo circulante de una empresa con la finalidad de revenderla en un plazo máximo de 3 años). No consta la consolidación de la bonificación aplicada provisionalmente, pero ahora se solicita la cancelación por prescripción de la nota de afección fiscal, transcurridos 5 años desde su fecha, que es el plazo establecido por el artículo 122 RITP para la duración de las notas de afección a dicho tributo. Para la Dirección, este plazo no se aplica a la afección, sino a la nota, y es plazo de caducidad del asiento no susceptible de interrupción (Consulta Vinculante DGT V2126-2009).



Resoluciones

Resolución de 18 de mayo de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5643)

Deniega la cancelación de una anotación de embargo prorrogada a favor de Hacienda, que se pretende mediante escrito privado en el que se pide el inicio del expediente de cancelación de cargas y gravámenes.

En contra de lo que sostiene el recurrente, la Dirección entiende que la anotación está vigente, pues el mandato que ordenaba su prórroga se presentó antes de la caducidad de la anotación inicial. Además, la Dirección entiende que el expediente de liberación de cargas y gravámenes del artículo 210 LH (reformado por la Ley 13/2015) procede solo respecto de cargas o derechos que se hayan extinguido por prescripción, caducidad o no uso. El embargo, más que un derecho (real, de goce o de configuración jurídica), es una medida de aseguramiento. No es algo que en sí mismo sea susceptible de goce ni, por lo tanto, de prescripción.

CAUSA DE LOS CONTRATOS

Resolución de 9 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3308)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia por la cual se adjudica a una de las hijas del causante el único bien inventariado, que es ganancial e indivisible a los efectos del artículo 1062 CC. Los demás interesados se declaran satisfechos: los demás hijos, en cuanto a su haber hereditario, por haber recibido en vida del causante bienes suficientes para ello; la viuda, en cuanto a su participación en los gananciales, por haber recibido de la hija adjudicataria en vida del causante diversas cantidades en metálico y haberse adjudicado el ajuar, muebles y enseres existentes en el domicilio conyugal.

Ciertamente, los herederos mayores de edad pueden verificar la partición en la forma que tengan por conveniente (artículo 1058 CC), pero todo negocio traslativo debe tener causa lícita y suficiente, que debe reflejarse en el Registro. Es preciso exteriorizar debidamente la causa del exceso de adjudicación realizado, el cual en la escritura se fundamenta: por un lado, en el hecho de haber recibido la viuda cantidades en metálico de la adjudicataria, lo que determinaría que la adjudicación se hace en pago de deudas (con las consecuencias propias de las adquisiciones onerosas: carácter ganancial en el matrimonio de la adjudicataria y posible condición de la misma como tercera hipotecaria), pero, por otro lado, también se justifica el exceso por haberse quedado la viuda el ajuar y los enseres, lo que determinaría una adjudicación por partición de herencia en cuota correspondiente, que tampoco se especifica.

COMUNIDAD

Resolución de 4 de abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4013)

Perteneciendo por herencia a dos hermanos dos fincas por mitad y *pro indiviso*, se admite ahora la inscripción de una escritura de extinción parcial de comunidad, por la que se adjudica a uno de los hermanos una de las fincas en pleno dominio y un 27 % indiviso de la otra, cuyo restante 73 % se adjudica al otro hermano.

La Dirección matiza la doctrina de su Resolución de 11 de noviembre de 2011 (véase *infra*), que negaba el carácter de verdadera extinción de comunidad a la extinción parcial, considerándola una

mera venta de cuota. Ahora, sin embargo, la Dirección atribuye el carácter de verdadera extinción de comunidad a todo acto que, aun no produciendo la disminución de sus miembros, sino solo la alteración de sus cuotas, pueda entenderse encaminado por su propia naturaleza al cese final de la situación de comunidad, aunque no logre dicho efecto totalmente. Así, serían ejemplos de disolución los siguientes:

- En una comunidad sobre varios bienes, se adjudican uno o varios a alguno de los partícipes, en pago de sus derechos en la comunidad, la cual subsiste con los restantes bienes y partícipes mediante reajuste de sus cuotas (caso similar al del artículo 80-1-c RH, respecto de la partición).
- En una comunidad sobre varias fincas, se forman lotes que se adjudican a grupos de partícipes diferenciados, quienes adquieren en comunidad dentro de cada grupo.
- En una comunidad sobre un bien indivisible, este se adjudica *pro indiviso* a varios de ellos, quienes compensan en metálico a los no adjudicatarios.
- En una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas (pero no de todas) se las adjudican a uno o varios de ellos, quienes compensan en metálico a los demás.

El acto calificado, ciertamente, mantiene el número de comuneros, pero extingue la comunidad respecto de una de las fincas y está encaminado a la extinción de la comunidad sobre la otra: la finca es indivisible; la diferencia de valor entre ambas imposibilita la adjudicación de cada una de ellas a cada uno de los comuneros sin que se produzcan diferencias importantes en las adjudicaciones; no hay compensación en metálico, por lo que se adjudica una mayor cuota a quien cede totalmente su cuota en la otra finca.

Resolución de 25 de mayo de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5692)

Admite la cancelación de unas anotaciones preventivas de embargo que gravan una cuota indivisa de la finca, cuyo condominio se extingue con plena adjudicación a un comunero por indivisibilidad, sin necesidad de ejecutoria del tribunal que en su día ordenó la anotación.

Es doctrina de la Dirección admitir que, en las extinciones de comunidad, la carga que recaía sobre la cuota de un comunero (embargo o hipoteca) se arrastre exclusivamente a su adjudicación, quedando libre el bien o bienes adjudicados a los demás, sin necesidad de consentimiento de la parte acreedora. Los terceros pueden concurrir, oponerse o impugnar la división, pero no pueden decidir cómo se lleva a cabo ni prohibirla. La existencia de una carga no afecta a las facultades dispositivas del condómino.

CONCURSO E INSOLVENCIA

Resolución de 16 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3316)

Admite la cancelación de una hipoteca anterior a la declaración de concurso de la sociedad titular. El crédito garantizado está calificado como con privilegio especial. Ordena la cancelación el Juez concursal, una vez adjudicada la finca en subasta, ya en fase de liquidación.



La STS de 23 de julio de 2013 admite que el plan de liquidación pueda prever una forma especial de realización de los activos del deudor alternativa o complementaria a las previstas con carácter general, pero lo que no puede es obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso. En el mandamiento debe constar expresamente que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios no solo del plan de liquidación, sino también de las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial. No basta con la mera posibilidad de conocimiento resultante de la personación en el procedimiento concursal, sino que la cancelación solo puede ser decretada mediante notificación con expresión de las medidas adoptadas o proyectadas para la satisfacción de los créditos.

Ahora bien, en el caso resuelto, consta que el acreedor con privilegio especial se ha personado y ha intervenido activamente, que ha conocido las medidas tomadas para la satisfacción de su crédito y que ha recibido determinada cantidad en tal concepto.

Resolución de 4 de abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4014)

Admite la expedición de certificación de dominio y cargas en un proceso de ejecución hipotecaria, siendo así que la deudora e hipotecante se encuentra en situación legal de concurso, pero habiéndose aprobado el convenio en virtud de sentencia.

Ciertamente, el artículo 56 LC deja fuera de la jurisdicción del Juez del concurso las ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, correspondiendo al Juez del concurso la competencia exclusiva para apreciar o no tal afección.

Ahora bien, esta paralización de acciones y ejecuciones singulares solo despliega sus efectos durante la fase de declaración de concurso, quedando superada por la aprobación firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio de lo que al respecto pudiera establecer el mismo convenio. Existiendo sentencia aprobatoria del convenio, el requisito esencial que permite la ejecución separada de la hipoteca no es la condición del bien, sino la adhesión o no del acreedor privilegiado al mismo, que en el supuesto resuelto no se ha producido, por lo que procede continuar la ejecución.

Resolución de 25 de abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5475)

Deniega la inscripción de una escritura por la que una sociedad declarada en concurso, representada por los administradores concursales, vende tres locales en el marco del plan de liquidación aprobado por el Juez concursal.

La Dirección considera correcta la acreditación y la constancia tanto del poder de representación como de las facultades de los administradores concursales. El Notario incorpora consulta telemática al Registro Público de Resoluciones Concursales, y declara haber tenido a la vista el auto judicial que aprueba el plan de liquidación (suscrito por los mismos administradores concursales), cuyo testimonio incorpora. El juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los administradores es congruente y está correctamente formulado.

La inscripción se deniega por dos motivos. Primero, porque el requisito de publicación de la oferta de venta durante 15 días en el

tablón de anuncios del Juzgado se pretende acreditar mediante una simple copia de la diligencia de ordenación, sin sello ni rúbrica del Letrado de la Administración de Justicia. Pero el principal defecto consiste en que la oferta es para la adquisición de un local comercial, mientras que lo transmitido son tres locales englobados en una sola referencia catastral y con un número de policía que no concuerda con la oferta. La especial trascendencia de la publicidad de la oferta impide acceder a la inscripción.

Resolución de 7 de junio de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6253)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, además de por no constar con claridad los datos identificativos exactos de la sociedad adjudicataria, porque la ejecutada, con posterioridad al inicio de la ejecución, fue declarada en concurso, habiéndose acordado la apertura de la fase de liquidación con anterioridad al decreto de adjudicación. No consta la existencia de resolución del Juez concursal declarando que los bienes ejecutados no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional del ejecutado, por lo cual debe entenderse que la ejecución hipotecaria ha quedado en suspenso desde la declaración de concurso (artículo 56 LC). Una vez abierta la fase de liquidación, las actuaciones suspendidas se reanudarán, pero acumuladas al procedimiento concursal como pieza separada.

Resolución de 9 de junio de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6258)

Deniega la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de un mandamiento del Juez concursal ordenando el levantamiento de cualesquiera cargas o limitaciones de disposición existentes sobre un vehículo. En virtud de mandamiento expedido por el mismo Juzgado, ya se cancelaron en su día dos anotaciones de embargo. Ahora solo constan las inscripciones de declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación, de modo que las únicas limitaciones de disposición que afectarían al vehículo son las derivadas de la situación concursal, que continúa en la actualidad.

DESLINDE

Resolución de 4 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5492)

Admite la inscripción de un acta notarial de deslinde entre dos fincas colindantes otorgada por los propietarios de las mismas, la cual fue autorizada y presentada antes de la vigencia de la Ley 13/2015, por lo que no son de aplicación los nuevos requisitos introducidos por ella. Hasta su entrada en vigor, cabía el deslinde realizado por los interesados en cuanto a los lindes que les afectan respecto a las fincas inscritas (posibilidad que subsiste, vía artículo 384 CC, respecto de las no inscritas), sin necesidad de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica acreditativa de la concreta situación gráfica de la finca.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

Resolución de 4 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3304)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara extinguido el condominio sobre una finca rústica y la procedencia de



Resoluciones

dividir el inmueble conforme a la parcelación descrita en la demanda, en consonancia con la descripción catastral actualmente existente. Es preciso obtener licencia de parcelación o declaración de su innecesaridad, según el artículo 245-2 de la Ley de Urbanismo de Aragón, aplicable al caso, y cuyo artículo 241-3 dispone que los notarios y registradores deberán exigirla, respectivamente, para autorizar e inscribir parcelaciones. Todo ello sin perjuicio de que pueda invocarse la antigüedad suficiente de la división (por ejemplo, mediante certificación catastral) que justifique la prescripción de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística para exceptuar la exigencia de licencia (Resolución de 26 de mayo de 2016).

Resolución de 5 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5499)

Suspende la inscripción de una escritura de segregación y compraventa presentada ahora pero otorgada en 1997. En el momento del otorgamiento estaba vigente la LS-1992, que ya imponía la necesidad de licencia o declaración de innecesaridad y establecía un plazo de prescripción de infracciones urbanísticas de 4 años, salvo zonas verdes. El recurrente alega la prescripción de la infracción urbanística, de acuerdo con la analogía que la Dirección ha mantenido con el régimen aplicable a las edificaciones fuera de ordenación.

Sin embargo, esta posible aplicación analógica debe hacerse conforme a la propia naturaleza de los actos de parcelación, que es eminentemente jurídica, en contraposición con el carácter puramente fáctico de la terminación de una obra. La Dirección recuerda su doctrina consolidada: 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.

Resolución de 8 de junio de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6256)

Admite la inscripción de una escritura de agrupación y segregación, y considera debidamente cumplida la rogación y las demás exigencias para iniciar el procedimiento registral del artículo 199 LH. Las fincas agrupadas miden en conjunto: 500 metros cuadrados, según el Registro; 635 metros, según la licencia de segregación, y 616 metros, según certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca agrupada, que se aporta «*debiendo entenderse que se da así inicio al procedimiento que prevé el artículo 199 de la Ley Hipotecaria*», según se manifiesta.

El procedimiento del artículo 199 LH tiene por objeto incorporar al folio real la representación gráfica catastral, para lo cual se exige notificación a los titulares registrales de la finca, así como a los titulares de las fincas registrales afectadas. Para ello, el artículo 9 LH exige aportar, junto con el título, la certificación catastral descriptiva y gráfica (salvo los supuestos en que la ley permite aportar una representación gráfica alternativa), pero lo que no se exige en ningún precepto es que en el título haya de describirse la finca de acuerdo con la certificación. Ciertamente, sería conveniente rectificar la descripción literaria del título calificado para mayor exactitud del mismo, pero es-

ta total coincidencia descriptiva solo se exige para las inmatriculaciones. Todo ello sin perjuicio de que, al comenzar el procedimiento, el Registrador pueda manifestar que tiene dudas sobre la identidad de la finca, que habrán de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida con otra base gráfica inscrita; con el dominio público; que invada una finca colindante inscrita, o encubra una transmisión o una modificación hipotecaria.

También hay que apuntar la posibilidad de prescindir de la representación gráfica en los casos en que la finca resultante de una modificación hipotecaria carezca de existencia real por haberse producido otra modificación posterior, en la que se aporte la representación gráfica que en definitiva tiene la finca, y ambas operaciones accedan simultáneamente al Registro (así resulta de la interpretación conjunta de los artículos 9-b, 198 y 199 LH). Sin embargo, esto no resulta de aplicación al presente caso, pues la certificación que se aporta no se corresponde con la última modificación realizada (segregación), sino con la agrupación previa.

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Resolución de 1 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3297)

Mediante sentencia contencioso-administrativa, se declara la nulidad de una ejecución realizada por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y concluida con adjudicación de un bien. Es la propia sentencia a ejecutar la que determinará el contenido de los actos que debe realizar la Administración Pública condenada: si la sentencia se limita a declarar la nulidad, bastará con un acto administrativo de contenido negativo, pero si (como en este caso) la sentencia ordena la retroacción a un momento procedimental determinado, la Administración habrá de proseguir el expediente a partir del mismo. Ahora bien, la inscripción de actuaciones que surten efecto contra el titular registral exige que la posición de este haya sido respetada.

Ahora, la Dirección deniega la inscripción de una certificación de la TGSS que pretende dejar sin efecto la inscripción de la previa adjudicación en el procedimiento de apremio que ha sido anulado judicialmente. Corresponde al órgano jurisdiccional apreciar si el titular registral afectado ha tenido ocasión de intervenir en el proceso. De la documentación presentada resulta que la única demandada fue la TGSS y no consta intervención alguna del titular registral. Nada cambia el hecho de que se le haya intentado notificar la sentencia, porque esta notificación posterior no le posibilita el intervenir en el procedimiento para la defensa de sus derechos.

DOCUMENTOS JUDICIALES

Resolución de 6 de abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4017)

Deniega la inscripción de un mandamiento expedido por Secretario Judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia) que ordena determinadas operaciones como consecuencia de una sentencia de deslinde que altera el lindero compartido por la finca de los demandantes y la de los demandados, atribuyendo a la primera (a costa de la segunda) una porción concreta de 101 metros cuadrados que se considera doblemente inmatriculada.



La disminución de cabida de la finca de los demandados es inscribible y está suficientemente causalizada. Sin embargo, un mandamiento es un acto de comunicación procesal que no es por sí título material ni formal, salvo que incluya un testimonio de la resolución judicial, lo cual no ocurre en el supuesto, ya que el mandamiento no contiene referencia alguna al decreto de aprobación del deslinde. Por otro lado, este deslinde parcial se presenta a inscripción bajo la vigencia de la Ley 13/2015, por lo cual se ha de expresar necesariamente la georreferenciación de cada uno de los vértices de la línea de separación entre ambas fincas.

Resolución de 8 de abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4019)

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 solo 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. Otra cosa sería que, además del levantamiento del embargo, se ordenase expresamente la inscripción a nombre del demandante (como ocurría en el supuesto de la Resolución de 5 de mayo de 2006).

Resolución de 12 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5512)

Suspende la inscripción de una sentencia dictada en rebeldía del demandado, por falta de acreditación del transcurso del plazo máximo previsto para ejercitar la acción de rescisión de las sentencias en rebeldía (que es de 20 días desde la notificación de la sentencia, si esta fue personal; 4 meses, si no fue personal; 16 meses, en caso de subsistencia de una causa de fuerza mayor). En particular, el recurrente sostiene que, si la notificación es personal, como ocurre en el supuesto, no es preciso aguardar el plazo previsto para los casos de fuerza mayor. La Dirección no está de acuerdo: la posibilidad de fuerza mayor puede darse con independencia de la forma de notificación. El transcurso de los plazos (incluso el de fuerza mayor) deberá constar del mismo documento judicial, sin que quepan deducciones presuntivas.

Resolución de 2 de junio de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6118)

Suspende la inscripción de un mandamiento judicial que inserta una sentencia firme que condena a la demandada a la elevación a escritura pública de un contrato de compraventa suscrito de forma verbal en 1970, pero sin decir cuál es el contenido de dicho contrato.

Para poder inscribir un título, deben constar de él todas las circunstancias precisas para practicar el asiento, dentro de las cuales tienen especial importancia las personales y el título material (oneroso o gratuito) de adquisición.

DOCUMENTOS PRIVADOS

Resolución de 11 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5289)

Suspende la inscripción de una escritura actual de elevación a público de documento privado de venta. Desde 1976, constan inscritas varias operaciones sobre una finca, otorgadas por sus titulares registrales: agrupación del solar con otro colindante, declaración de obra nueva, división horizontal y disposición de varios departamentos a favor de terceros. Mediante documento privado de 1994, el matrimonio titular vendió una mitad indivisa del solar. Ahora se pretende la inscripción de una escritura de elevación a público del documento privado, otorgada por quienes alegan ser los herederos de los titulares y en cuya parte dispositiva se modifica el objeto de la venta en el sentido de decir que lo vendido es la mitad no del solar, sino de varios departamentos de la propiedad horizontal.

Para la Dirección, los herederos, al cambiar el objeto del contrato, no están realizando una escritura meramente reconocitiva del documento privado, sino una verdadera *renovatio contractus*. Interpretando *a contrario sensu* el artículo 1271 CC, toda modificación que no vaya más allá de la cantidad (en el caso de un inmueble, de su superficie) constituye una discrepancia esencial en el objeto del negocio. Al otorgamiento del documento privado, los vendedores ya no eran propietarios de muchos de los departamentos construidos sobre el solar cuya mitad indivisa vendían. Se trata de actos contradictorios.

Por otro lado, no consta la presentación a efectos de liquidación del impuesto de sucesiones, sin que esta falta esté suplida por la nota de ingreso del impuesto de transmisiones también devengado por el título, a pesar de que ambos impuestos estén cedidos a las comunidades autónomas (por el contrario, sí que consta la presentación al Ayuntamiento de la autoliquidación por la plusvalía municipal). Tampoco se acreditan ni la fecha del fallecimiento del causante, ni su testamento, pues hay un relato (no testimonio) de los mismos en la escritura y se ofrece acompañar los documentos en cuestión, lo cual no se hace.

DONACIÓN

Resolución de 5 de abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4015)

Deniega la inscripción de una escritura calificada como «*pacto sucesorio de constitución de usufructo vitalicio*», mediante la cual dos cónyuges, al amparo del artículo 228 de la Ley del Derecho Civil de Galicia, estipulan la atribución recíproca del usufructo vitalicio sobre el derecho que a cada uno corresponde en dos fincas gananciales.

El citado artículo permite a los cónyuges pactar o disponer el usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia, si bien la doctrina mayoritaria niega a este usufructo el carácter de pacto sucesorio. Una donación *inter vivos* condicionada al fallecimiento sí que sería inscribible, pero no es lo que las partes han establecido, ya que lo califican de *pacto sucesorio*. Lo establecido participa de la naturaleza de las donaciones *mortis causa* (artículo 620 CC), porque no hay transmisión inmediata del derecho, sino mera creación de una expectativa que producirá sus efectos a la muerte del donante, cuyas facultades dispositivas no quedan limitadas. En consecuencia, es revocable y no es inscribible.



Resoluciones

EXCESO DE CABIDA

Resolución de 21 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3324)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida declarado por acta de notoriedad, al considerar razonable la duda del Registrador de que lo que se pretende inmatricular realmente, más que un exceso, es una nueva porción de terreno.

En concreto, la finca aparece inscrita como corral de 60 metros cuadrados, con linderos particulares (algunos de ellos, de los mismos propietarios), y ahora se pretende cambiar su descripción a tres almacenes, espacio deportivo y solar anejo, todo ello de 914 metros cuadrados, algunos de cuyos linderos pasan a ser calles y vías públicas.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada: la registración de excesos de cabida solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato descriptivo inscrito, resultando indubitado que tal rectificación no altera la realidad física exterior que se acota, sino que la superficie que se pretende hacer constar ahora debe ser la que realmente se debió haber hecho constar en su día por ser la contenida dentro de los linderos originales. Fuera de esta hipótesis, pretender la rectificación de cabida encubre el intento de aplicar el folio registral original a una superficie colindante adicional, de modo que el cauce apropiado sería la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su agrupación a la finca registral preexistente.

Resolución de 22 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5320)

Deniega la inscripción de una instancia privada de manifestación de herencia, en la que se realizan excesos de cabida de varias fincas que exceden del 10 % de la cabida inscrita, sin que se haya solicitado la inscripción parcial.

De los medios actuales para registrar excesos de cabida, serían procedentes, en este caso, los que incluyen garantías previas para terceros (notificaciones a colindantes, edictos en el *BOE*, alertas geográficas registrales, plazo de alegaciones), que permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza y magnitud, así como obtener la representación geográfica de la finca: el del artículo 199 LH, que se atribuye a los registradores, y el regulado en el artículo 201-1 LH. Las dudas que en tales casos pudiera albergar el Registrador han de referirse a que la representación gráfica coincide en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación hipotecaria.

Resolución de 23 de mayo de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 140)

Deniega la inscripción de una sentencia firme que declara la correspondencia entre una determinada parcela y una finca registral, atribuyendo a la primera una cabida muy superior a la de la finca inscrita. Cabe acordar la inscripción de un exceso de cabida en un procedimiento distinto de los especialmente establecidos en la legislación hipotecaria, pero siempre que se cumplan los requisitos de estos. En el caso resuelto, no han sido citados los titulares de los predios colindantes.

Los demás defectos de la calificación son desestimados. El hecho de que la demanda pida solo la declaración de dominio no es óbice para declarar el exceso de cabida, pues se requiere que la declaración comprenda la descripción real de la finca y su superficie. Por otro lado, las dudas sobre la realidad del exceso, cuando se ventilan en un procedimiento judicial, se despejan en el ámbito de valoración de las pruebas, que corresponde al Juez. Ciertamente, en la hoja registral de la finca consta la nota de haber sido aportada a una actuación urbanística, pero esto no obliga a esperar necesariamente a la aprobación de la reparcelación con exclusión de otros procedimientos de determinación de superficie.

En cualquier caso, una vez subsanado el defecto señalado, la nueva presentación del título ya se registrará por la Ley 13/2015. Por ello, la Dirección se remite a su Resolución de 17 de noviembre de 2015 y recuerda los medios existentes para registrar excesos de cabida. Ya no caben ni la certificación técnica, ni el doble título traslativo. Los medios actuales son exclusivamente los siguientes:

- Los que no incluyen tramitación previa que permita la intervención de colindantes y terceros: el de las letras a) y b) del artículo 301-3 LH, limitado al 10 % o al 5 % de la cabida inscrita y que solo permite rectificar la superficie literaria, y el procedimiento del artículo 9-b) LH, que permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10 % de la cabida inscrita y con simultánea inscripción de la representación gráfica.
- Los que incluyen garantías previas para terceros (notificaciones a colindantes, edictos en el *BOE*, alertas geográficas registrales, plazo de alegaciones) y permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza y magnitud, así como obtener la representación geográfica de la finca: el del artículo 199 LH, que se atribuye a los registradores, y el regulado en el artículo 201-1 LH (que, a su vez, remite al artículo 203). El supuesto resuelto se encuadra en este grupo.

HIPOTECA

Cancelación

Resolución de 25 de abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5476)

Suspende la inscripción de una cancelación de hipoteca constituida en garantía de ciento veinte pagarés, debidamente numerados e identificados, con vencimientos sucesivos entre julio de 2003 y junio de 2013. El primer defecto consiste en que consta nota de expedición de certificación de dominio y cargas en un procedimiento iniciado en 2005 en ejecución de algunos de los pagarés garantizados. Para cancelar la hipoteca respecto de los mismos, es necesario que la nota de expedición de certificación sea cancelada en virtud de mandamiento basado en resolución judicial firme.

Además, existen cinco pagarés respecto de los cuales no se acredita su tenencia e inutilización, sino que únicamente se aporta un certificado por el que Banco Mare Nostrum (entidad actual, sucesora de Caja Murcia) ha adeudado en la cuenta del cliente los efectos que se detallan. No consta claramente si la citada entidad de crédito es o no la actual tenedora (hay que recordar que, en las hipotecas cambiarias, el acreedor hipotecario no tiene que ser necesariamente el primer tomador, sino que puede ser un endo-



satario, y no es suficiente acreditar el pago, sino que, además, hay que evitar que el título siga circulando). De constar que el tenedor es la entidad bancaria certificante, sería suficiente la certificación bancaria vía artículo 45 de la Ley Cambiaria como medio para suplir la inutilización de los títulos garantizados. Por otro lado, la notoriedad no es medio de prueba para acreditar las fusiones bancarias (artículo 3 LH), si bien el Registrador hubiese podido consultar el Registro Mercantil.

Resolución de 17 de mayo de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5640)

Admite la inscripción de una cancelación de hipoteca, a pesar de que la entidad otorgante no es la titular actual de la hipoteca, sino la sucesora en virtud del procedimiento de reestructuración bancaria, y a pesar de que en la escritura no constan debidamente reseñadas todas las operaciones de fusión que desembocaron en la actual titularidad del préstamo hipotecario.

En las operaciones de modificación estructural bancaria, la inscripción en el Registro Mercantil tiene carácter constitutivo y el Registrador de la Propiedad tiene la posibilidad de comprobarla telemáticamente. La sucesión le consta también al Registrador de los propios asientos a su cargo (artículo 18 LH).

Consumidores

Resolución de 9 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3307)

Se refiere a un préstamo hipotecario donde se discute la inscripción de las cláusulas sobre interés de demora y vencimiento anticipado, así como el cumplimiento por el Notario de sus deberes de información a los consumidores. La Dirección se considera competente, porque la materia discutida no versa exclusivamente sobre Derecho catalán.

En cuanto a los intereses de demora, el título calificado no entra en el ámbito de aplicación del artículo 114-3 LH estatal, pues la finalidad del préstamo no es la adquisición de la vivienda habitual del consumidor con hipoteca sobre la misma (de modo que, fuera de este estricto supuesto, en el ámbito estatal, el Registrador solo podría rechazar la inscripción si existiese una resolución judicial firme declarando la abusividad de un tipo de interés de demora concreto en los préstamos a consumidores, como, por ejemplo, el 19 % de la STS de 23 de diciembre de 2015). El supuesto entra en el ámbito del artículo 251-6-4-a del Código de Consumo de Cataluña, que se aplica a todos los préstamos y créditos con consumidores, fijando el límite del triple del interés legal del dinero vigente al tiempo de la escritura (mientras que la norma estatal lo fija al tiempo del devengo). Según la norma catalana, el actual límite legal de los intereses de demora es el 10,50 % durante toda la vida del préstamo. Por ello, la escritura infringe el límite, al establecer un interés de demora resultante de adicionar 6 puntos a los intereses ordinarios vigentes al tiempo del devengo, y una responsabilidad hipotecaria por demoras del 15 % (el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito implica la imposibilidad de discrepancias entre la obligación y la extensión objetiva de la hipoteca).

En cuanto a los deberes de información notarial, entran en el ámbito de la calificación registral, incardinándose dentro del control de incorporación de las condiciones generales a los contratos de adhesión. En este supuesto, Barcelona es el lugar tanto de ubica-

ción de la finca hipotecada como de vecindad de los consumidores prestatarios. Se aplica, por ello, el artículo 123-10-2 del Código de Consumo de Cataluña, que es compatible con su homónimo 30 de la Orden EHA 2899/2011, al que refuerza. El título calificado infringe este artículo catalán por dos motivos: no hay constancia expresa del requisito de puesta a disposición del deudor para su examen del proyecto de escritura durante 5 días (3 en la norma estatal), de la efectividad de este estudio anticipado o de su renuncia por el prestatario, y no hay constancia del deber de informar al consumidor, a los avalistas y terceros hipotecantes sobre las consecuencias jurídicas y económicas del préstamo y de su ejecución, así como de las fluctuaciones del precio de mercado de la vivienda, de los supuestos en que las entidades de crédito pueden pedir ampliaciones de garantía y de los demás derechos y obligaciones que comporta el contrato (estas obligaciones de información notarial son más detalladas que las de la norma estatal). Por el contrario, en cuanto a la manifestación de la entidad acreedora de haber optado por la mediación y no someterse a arbitraje de consumo, no hay obstáculos que impidan la inscripción por falta de información, ya que la información sobre los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos derivados del incumplimiento no repercute en la comprensión del prestatario acerca de las consecuencias económicas y jurídicas de lo firmado, por lo cual se encuadra en los deberes generales de información por el Notario, pero no afecta a la validez del contrato.

En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado:

- Falsedad u ocultación de datos esenciales para la concesión del préstamo. En general, se considera proporcional y adecuada, porque el ordenamiento impone que las entidades atiendan en la concesión de créditos preferentemente a la solvencia del deudor y no exclusivamente al valor esperado de la garantía. Ahora bien, para que sea inscribible, hace falta objetivar cuáles han sido los datos que han determinado la concesión del préstamo, pues, de lo contrario, el vencimiento quedaría a la libre apreciación del acreedor.
- No cancelación de las cargas registrales que gravan la finca hipotecada. Es inscribible, porque responde a una justa causa, cual es la suficiencia de la garantía hipotecaria, y porque en el título calificado cumple dos requisitos: se prevé expresamente que el prestatario pueda constituir nuevas garantías complementarias o sustitutivas de la hipoteca; además, se excluye el vencimiento cuando la ausencia de la cancelación sea imputable al Banco.
- Existencia de cargas registrales que gravan la finca distintas de las que consten en la previa información registral. Se deniega la inscripción porque: ni se permite al prestatario complementar o sustituir la garantía, ni se excluye el caso de ser imputable la causa al acreedor.
- Suspensión o revocación de los actos administrativos que hayan autorizado el uso del suelo o la edificación de la finca hipotecada. Es inscribible porque: tiene justa causa, basada en el deterioro de la garantía; es cuantificable por técnico independiente, y el cliente tiene derecho a ofrecer nuevas garantías.
- Concurrencia de cualquier otra causa que, con arreglo a Derecho, determine el vencimiento anticipado. Es inscribible, porque las normas las consideran de entidad suficiente para generar tal efecto.

- Suspensión o denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad por causa no imputable al Banco. Se deniega, porque deben excluirse todos los supuestos en que la falta de inscripción se pueda producir por causa ajena al prestatario, y porque no se concede a este la posibilidad de sustituir la garantía en caso de tal imposibilidad.

Resolución de 7 de abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4018)

Deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario entre personas físicas, pero con la intervención de un intermediario financiero, por incluir cláusulas abusivas: un tipo de interés ordinario del 14,99 % y la retención por el intermediario de un 25 % del capital prestado para atender el pago de la comisión de apertura, los gastos e impuestos de la operación, así como dos mensualidades de intereses ordinarios, que deberán ser reintegrados a la devolución del préstamo. Se cumplen los requisitos de información y transparencia de protección del cliente de servicios bancarios establecidos en la Orden EHA/2899/2011.

Ciertamente, los prestamistas no tienen la consideración de *empresa*, ya que son personas físicas que no se dedican habitualmente a conceder préstamos (manifestación no contradicha por el Registrador). Sin embargo, para la Dirección resulta determinante la intervención de una sociedad de intermediación financiera, que hace aplicables al supuesto tanto la LGDCU-2007, en cuanto a los servicios prestados por la intermediaria, como la Ley 2/2009, sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación, teniendo en cuenta circunstancias como que es la propia intermediaria, y no los prestamistas, quien formula directamente la oferta vinculante y firma la escritura, que, por cierto, incluye cláusulas predispuestas por ella al modo de los contratos de adhesión.

Sobre la base del «principio de efectividad» derivado de las directivas comunitarias, la Dirección concluye que la calificación registral se extiende al carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios (control de contenido), así como a la transparencia (control de incorporación y comprensibilidad) de las estipulaciones financieras.

Respecto del tipo de interés ordinario pactado, el Tribunal Supremo considera que en nuestro sistema económico los intereses remuneratorios responden a la oferta y la demanda en el mercado, siempre que la voluntad del interesado se haya formado correctamente. En la cláusula calificada se ha cumplido con el doble filtro de información y transparencia. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento hay limitaciones a la cuantía del tipo de interés remuneratorio: la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, prohíbe los préstamos usurarios, es decir, aquellos cuyo interés es notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado; además, hay otra limitación especial derivada de la función que le es propia, la remuneratoria, por la cual no puede exceder del de demora, cuya función es indemnizatoria o disuasoria (y que, sin embargo, en el título calificado, es inferior: 10,50 %).

En cuanto a la retención por la sociedad intermediaria de una importante parte del capital prestado para atender diversos pagos, hay que distinguir:

- En cuanto a los gastos de Notaría, Registro, Gestoría e impuestos, en principio, no hay problema en que no aparezcan indi-

vidualizadas sus respectivas cuantías, pues se trata de gastos cuya determinación exacta corresponde a operadores independientes, por lo cual su retención constituye una retención de fondos, sin que se haya pactado la apropiación del sobrante por el acreedor. Ahora bien, se rechaza su retención porque la STS de 23 de diciembre de 2015 ha declarado abusivas las cláusulas que impongan al consumidor gastos que por ley correspondan al acreedor (que es sujeto pasivo del impuesto y de los aranceles, como beneficiario de la hipoteca). Ciertamente, un préstamo hipotecario es una realidad inescindible donde ambas partes están interesadas, por lo que sería lícito pactar la distribución de gastos. Pero en este expediente no hay distribución ni cuantificación de gastos, sino que en la oferta vinculante se limita a recoger que todos estos gastos serán del prestatario.

- No plantea ningún problema la retención de una cantidad por comisión de apertura, que esté recogida en la información precontractual y en la propia Orden EHA/2899/2011. Tampoco la que corresponde a la comisión para la intermediaria, que, aun siendo del 15 %, ha sido debidamente informada al deudor y aceptada por él.
- La cláusula de retención de 2 meses de intereses a reintegrar a la devolución del préstamo debe tenerse por no puesta, pues no se indica la finalidad de la retención y, además, es abusiva, ya que esa cantidad retenida genera, a su vez, intereses, como si realmente se hubiese entregado (falta objetiva de reciprocidad, en perjuicio del consumidor).

De cuota

Resolución de 16 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3318)

Admite la inscripción de una escritura de segregación y extinción de comunidad, mediante la cual se solicita que la hipoteca que recae sobre la cuota de un comunero se arrastre exclusivamente a la finca que se le adjudica a él, quedando libre la finca del otro condeño.

La Dirección entiende que todo ello es, en principio, posible sin necesidad de consentimiento de la parte acreedora. Los terceros pueden concurrir, oponerse o impugnar la división, pero no pueden decidir cómo se lleva a cabo ni prohibirla. La existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, que no precisa del consentimiento del acreedor para dividir, sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho por el artículo 123 LH cuando la hipoteca afecta a toda la finca. Cuando la carga recae solo sobre una cuota, la división implica por subrogación real el arrastre de la carga a la finca adjudicada, en virtud del artículo 399 CC.

Ejecución

Resolución de 12 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5511)

Deniega la inscripción de una adjudicación en ejecución judicial de hipoteca, en la cual, tras quedar desierta la subasta, se adjudica al acreedor la vivienda habitual del deudor por el 60 % del valor de tasación. Ciertamente, el artículo 671 LEC (tras su reforma por la Ley 1/2013) admite, en este caso, la adjudicación por el 70 % del valor de tasación o, cuando la cantidad reclamada fuese inferior a este porcentaje (como ocurre en el supuesto



resuelto), por el 60 %. Pero la interpretación de esta norma no puede ser contraria al espíritu y finalidad de la ley que la introdujo (aumentar la protección del deudor en caso de ejecución de su vivienda habitual), ni al contexto de las otras normas modificadas por dicha ley, como el artículo 670-4, previsto para el caso de existencia de postores en la subasta. Una interpretación literal del precepto aplicable produciría el resultado distorsionado de causar un grave perjuicio al deudor, ya que seguiría existiendo deuda pendiente. Por todo ello, la Dirección interpreta el artículo 671 LEC en el sentido de entender que, en caso de subasta desierta, la adjudicación al acreedor de la vivienda habitual del deudor se hará por el 70 % del valor de tasación o, si la cantidad reclamada es inferior a este porcentaje, por la cantidad adeudada, pero con el límite mínimo del 60 %.

Resolución de 19 de mayo de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5647).

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación en procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, por incumplimiento del artículo 575 LEC, según el cual, en caso de ejecución hipotecaria de vivienda, dicha cantidad no podrá exceder del 5 % de la total reclamada.

Esta regla fue introducida por la Ley 1/2013, cuya disposición transitoria 1.ª dispuso su aplicabilidad a todos los procesos de ejecución hipotecaria incoados a la entrada en vigor de la misma en los que no se hubiera ejecutado el lanzamiento; si bien esta retroactividad queda matizada por la disposición transitoria 4.ª, según la cual las modificaciones introducidas en la LEC serán aplicables a los procesos iniciados a su entrada en vigor, pero solo respecto de aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar. De la documentación presentada en el caso resuelto, no resulta si se han fijado definitivamente las costas de ejecución, por lo que es de aplicación el efecto retroactivo antes señalado.

Resolución de 1 de junio de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6114)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, cuya subasta queda desierta y el acreedor pide que se le adjudique la finca (que no es vivienda habitual) «por la cantidad que se le deba por todos los conceptos», de conformidad con el artículo 671 LEC. Lo que se debate es si, en este caso, se produce la extinción del crédito ejecutado (como si se produjese una dación en pago), de modo que no hay remate ni sobrante, o si por el contrario el valor de adjudicación que excede de la garantía hipotecaria ha de tener el mismo tratamiento que el precio de remate, de modo que, existiendo en el supuesto un embargo posterior, debe quedar a disposición de este.

La Dirección mantiene este último criterio. El artículo 671, vigente en el momento de la subasta, permite al acreedor pedir la adjudicación, bien por el 50 % del valor de subasta, bien por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Pero esta opción no debe impedir la satisfacción del crédito de los acreedores posteriores: si el acreedor hubiese optado por la adjudicación por el 50 % de la tasación y este porcentaje fuese superior a la deuda, habría tenido que consignar la diferencia, y de la misma forma habrá que proceder cuando opte por la otra alternativa.

Novación

Resolución de 13 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5304)

Consta inscrita una hipoteca para garantizar dos pólizas suscritas con una entidad de crédito, pero sin determinar expresamente si se trata de una hipoteca de máximo del artículo 153 LH o de una hipoteca flotante del artículo 153 bis LH, y sin concretar el plazo de la cuenta corriente o de la hipoteca flotante. Después se presenta una escritura de derecho de obtención de grava y servidumbre a favor de un tercero. Por último se presenta el título calificado, que es una escritura de subsanación de la hipoteca inscrita, en el sentido de aclarar que se trata de una hipoteca flotante del artículo 153 bis y que su duración es de 12 años.

La Dirección admite la inscripción pretendida, por entender que se trata de una verdadera subsanación (aclaración de algo que ya constaba en la constitución) y no de una novación, la cual, para conservar el rango de la hipoteca, requeriría el consentimiento de los titulares de las cargas intermedias. Es la conclusión más razonable, partiendo del conjunto de las cláusulas. Así, en cuanto al tipo de hipoteca, hay que tener en cuenta que lo garantizado no era el saldo de una cuenta, sino las propias obligaciones garantizadas, excluyendo, por tanto, el efecto novatorio, lo cual no resulta contradicho por haberse pactado el establecimiento de la cuenta especial del artículo 245 RH, ya que tal cuenta no es incompatible con la hipoteca del artículo 153 bis, el cual obliga a determinar la forma de determinar el saldo exigible, pero permite una gran libertad de pacto al respecto. En cuanto al plazo que ahora se concreta, es el de 12 años, que coincide con el de la póliza de mayor duración.

Prestamista no entidad de crédito

Resolución de 31 de mayo de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6112)

Deniega la inscripción de un préstamo hipotecario concedido por una viuda pensionista que tiene a su favor otras treinta y cinco hipotecas inscritas en diferentes registros y que, a los efectos de evitar la aplicación de la Ley 2/2009, manifiesta no dedicarse profesionalmente a la concesión de préstamos hipotecarios.

La apreciación del carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes. Es doctrina reiterada que el Registrador puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente. En el caso resuelto, la manifestación del prestamista queda desvirtuada por el hecho de ser el acreedor titular de varias hipotecas más inscritas en diversos registros, según consulta realizada por el Registrador al Servicio de Interconexión entre los Registros, lo cual revela una continuidad en la concesión de préstamos hipotecarios. Acreditada la habitualidad en la concesión, además de las obligaciones de transparencia contractual, es necesario que el cesionario cumpla también los otros requisitos exigidos por la Ley 2/2009: inscripción en el Registro Público Especial de Prestamistas Profesionales y suscripción de un seguro de responsabilidad civil o aval bancario alternativo, en garantía de los perjuicios que la actividad profesional del prestamista pudiera causar a los consumidores durante la vida del préstamo.

El incumplimiento de los requisitos de previa inscripción en el Registro Especial y contratación de seguro o aval es defecto subsanable, ya que el artículo 7 de la Ley 2/2009 remite a la sanción de los



Resoluciones

artículos 51 y 52 LGDCU, que no impone la invalidez del contrato, sino solo multas y posible cierre temporal del establecimiento. Por el contrario, la infracción de los requisitos de información precontractual se considera defecto insubsanable, ya que la Dirección asume la doctrina del Tribunal Supremo que considera que la contratación con condiciones generales es una categoría contractual diferenciada de la individual, cuya eficacia no depende tanto del consentimiento del adherente como del cumplimiento por el predisponente de sus deberes de información.

IDENTIFICACIÓN

Resolución de 3 de marzo de 2015 (BOE 83, 6-IV-16: 3302)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo, por no coincidir el DNI del deudor embargado con el del titular registral. La perfecta identidad entre ambos es especialmente relevante para evitar anotaciones incorrectas cuya ejecución produciría gravísimas consecuencias, y en este sentido tiene especial importancia la indicación del número de identificación fiscal u otros documentos oficiales. A mayor abundamiento, señala el Registrador en su informe que deudor y titular aparecen domiciliados en distinta localidad.

Resolución de 21 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3322)

Admite la inscripción de una compraventa, a pesar de que el NIE de la vendedora que consta inscrito (con dígito de control 91 y letra W) es diferente del consignado en el título, al cual se acompaña testimonio de la Tarjeta de Régimen Comunitario (dígito 01 y letra W), de modo que el Registrador no consideraba acreditado que se tratase de la misma persona.

Es evidente que, del documento de identidad cuyo testimonio se acompaña, se desprenden los datos necesarios para salvar la discrepancia, pues basta realizar el cálculo del dígito de control del mismo en la web oficial del Ministerio del Interior para comprobar que el error está en la inscripción, ya que la letra W corresponde al dígito de control 01 (al 91 le correspondería la M).

INMATRICULACIÓN

Resolución de 18 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5306)

Deniega la inscripción de un expediente de dominio para la inmatriculación de un edificio, parte de cuya superficie se encuentra situada, formando un engalaberno, sobre otra finca colindante dividida horizontalmente. En general, dada la multiplicidad de situaciones fácticas, la configuración jurídica de las «casas a caballo» puede realizarse por distintas vías, pero siempre que se respeten las exigencias estructurales del sistema y la trascendencia *erga omnes* del estatus jurídico de los bienes: el régimen de propiedad horizontal o complejo inmobiliario sobre todo el conjunto, la medianería horizontal o la comunidad *sui generis* sobre cada una de las casas colindantes. En el supuesto resuelto, el auto declara justificado el dominio de la finca con su inmisión en el vuelo de la colindante, pero su inmatriculación requiere la agrupación de ambas fincas (modificando el título constitutivo de la propiedad horizontal) o

la agrupación de los metros objeto de inmisión al edificio que se pretende inmatricular. Lo que no cabe es inmatricular mediante el expediente sin efectuar tales operaciones, y eso aunque en el expediente se haya notificado al titular de la finca colindante, ya que la inscripción requiere su consentimiento expreso y el de todos los titulares registrales o sentencia firme en procedimiento donde todos ellos hayan sido demandados.

Por otro lado, hay una diferencia de cabida entre el título y el certificado catastral descriptivo y gráfico. El artículo 53 de la Ley 13/1996 exigía total coincidencia entre ambos para todo tipo de inmatriculación, exigencia que también resulta hoy del artículo 9-b LH, tras la Ley 13/2015.

Resolución de 21 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5317)

La identidad descriptiva exigida por el artículo 205 LH respecto de los dos títulos inmatriculadores debe ser razonable, pero no necesariamente plena y absoluta, porque, de lo contrario, no tendría sentido la previsión de la norma de que tal identidad deba resultar «a juicio del Registrador». Si la identidad debiera ser plena, no haría falta juicio alguno. Así, en el caso resuelto, los dos títulos están separados por más de 13 años y las semejanzas descriptivas (cabida) exceden de las discrepancias (ubicación).

No obstante, se deniega la inmatriculación pretendida por falta de aportación de la certificación catastral descriptiva y gráfica que exige el actual artículo 205 LH (y exigía el artículo 53 de la hoy derogada Ley 13/1996).

Resolución de 4 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5495)

Admite la práctica de una inmatriculación por la vía del artículo 205 LH, que se pretende mediante una escritura de herencia de 2014, subsanada mediante otra de agosto de 2015, acompañada de un acta de notoriedad iniciada en número de protocolo siguiente a la subsanación y con declaración final de notoriedad de diciembre de 2015. El Registrador deniega, por entender que se trata de títulos creados *ad hoc* para conseguir la inmatriculación y porque hay importantes diferencias (de cabida y construcción) entre las descripciones de la herencia inicial y de su rectificación para adecuarla al Catastro.

Sin embargo, la Dirección considera que temporalmente este caso se rige por la Ley 13/2015, y que, por tanto, no es aplicable su anterior doctrina sobre títulos creados *ad hoc*. Se remite a la Resolución de 19 de noviembre de 2015 para repasar los nuevos requisitos del actual artículo 205 LH: debe haber dos títulos públicos (no simple documento fehaciente); el título público a inmatricular debe ser traslativo, y la adquisición previa (y no necesariamente el título que la documente) debe haberse producido al menos 1 año antes del título inmatriculable. Cabría acreditar la previa adquisición mediante acta de notoriedad, pero solo si resultase acreditada la previa adquisición y su fecha de forma evidente por aplicación directa de los preceptos aplicables al caso. Por otro lado, las dudas del Registrador derivadas de las diferencias descriptivas solo pueden fundar la suspensión de la inscripción si resultan de comparar el título inmatriculable con el de la previa adquisición, pero no entre este último y la subsanación que sustituye la descripción inicial.



Resolución de 5 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5498)

Suspende la práctica de una inmatriculación, que se pretende (ya vigente la redacción del artículo 205 LH por la Ley 13/2015) mediante escritura de aportación a cooperativa cuyo título de adquisición previo es una aportación a gananciales en la que no se menciona expresamente causa alguna. El Registrador debe calificar no solo el título traslativo inmatriculador, sino también el previo. Para que la aportación a gananciales sea título y modo de transmitir el dominio, no basta la mera manifestación, sino que hay que expresar la causa. Hubiese bastado decir que la aportación es gratuita, o que se realizó en atención a una *causa matrimonii* como negocio de atribución a favor de la sociedad ganancial.

Por otro lado, la descripción de ambos títulos no coincide con la resultante de la certificación catastral descriptiva y gráfica. La coincidencia debe ser total, sin que en los procedimientos de los artículos 205 y 203 LH se admitan representaciones alternativas a la catastral. La identidad debe referirse a la ubicación y la delimitación perimetral de la finca (identidad que falta en el caso resuelto), pero no necesariamente a edificaciones, titular catastral o nombres de los colindantes, cuya mención en la descripción registral no se considera procedente tras la Ley 13/2015.

Por último, la Dirección también considera fundadas las dudas del Registrador sobre la identidad de la finca y, en particular, que su superficie forma parte de otra finca inscrita. 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 caso de suspensión por dudas del Registrador sobre la coincidencia con otras fincas ya inmatriculadas. A partir de ahora, ya solo cabrán los procedimientos estrictamente jurisdiccionales de carácter declarativo que correspondan en cada caso y que deberán concluir con sentencia.

Resolución de 9 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5503)

Deniega una inmatriculación, que se pretende (ya vigente la Ley 13/2015) mediante una escritura de herencia precedida de otra de compraventa, en las cuales la descripción de la finca es idéntica, si bien difiere en extensión de la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Reproduce los argumentos de la anterior resolución sobre la coincidencia entre las descripciones del título y el Catastro.

Por otro lado, reitera el criterio consolidado de que los requisitos para inscribir «*obras antiguas*» son aplicables a los supuestos de inmatriculación de edificaciones. En el caso resuelto, ciertamente en la certificación catastral figura 1992 como año de construcción, si bien esto no es suficiente a los efectos de acreditar la terminación de la obra, al existir claras discrepancias descriptivas entre el título y el Catastro. Además, para las obras presentadas a partir del 1 de noviembre de 2015, la Dirección reitera su interpretación de los nuevos requisitos de la LH: la obligación de georreferenciar la porción de suelo ocupada por la edificación se exige para toda declaración de obra (prescrita o no), 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 aquella; solo habrá obligación de georreferenciar la finca sobre la que se pretende declarar la obra y de notificar y citar a colindantes y posibles terceros afectados cuando lo exija el Registrador por albergar dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre íntegramente incluida en la finca; además, la obligación de georreferenciar la porción edificada solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada.

Resolución de 12 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5509)

Admite la inscripción de un título (presentado después del 1 de noviembre de 2015) de adjudicación por extinción de «*comunidad valenciana*», cuando el solar sobre el que se ha realizado la construcción es el resultado de agrupar una finca inscrita con otra sin inmatricular. El Registrador había negado el carácter de título traslativo a tal disolución y adjudicación.

La Dirección recuerda su doctrina sobre tal tipo de comunidad: es inscribible la modificación de la comunidad ordinaria para hacer constar que cada comunero construye su propio elemento privativo y que se fijen *ab initio* las cuotas en los elementos comunes y demás particulares del régimen de propiedad horizontal (Resolución de 18 de abril de 1988); los supuestos de comunidad valenciana se incluyen en la autopromoción para uso propio; en esta especie de comunidad no rigen las normas de la propiedad horizontal, sino que se constituyen diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, siendo cada uno de ellos dueño de su propia vivienda con carácter independiente. También es doctrina reiterada que la extinción de comunidad ordinaria es título traslativo a efectos de inmatriculación, siendo habitual que la constitución de una propiedad horizontal en general vaya precedida de una comunidad ordinaria. En la comunidad valenciana, lo que ocurre es que el título constitutivo de la propiedad horizontal y la adjudicación tienen lugar *ab initio*. Por tanto, la adquisición se provoca cuando se inicia la construcción, aunque se documente e inscriba ahora. Ciertamente, el artículo 205 LH exige «*título traslativo*», y la forma más simple es la traslación de un sujeto a otro, pero también es traslación el cambio de objeto cuando es extintiva del derecho anterior porque recae sobre objeto distinto. En conclusión, la mutación real que se produce desde la comunidad valenciana a la propiedad horizontal tiene la misma aptitud inmatriculadora que la extinción de comunidad ordinaria.

Resolución de 12 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5510)

Deniega una inmatriculación, que se pretende (ya vigente la redacción del artículo 205 LH por la Ley 13/2015) mediante una escritura de dación en pago otorgada en 2009, precedida de otra de compraventa. Entre las descripciones de ambas fincas hay una diferencia de cabida inferior al 10 %. La descripción del título inmatriculable coincide con la de la certificación catastral unida al mismo, pero no con la de la nueva certificación catastral actualizada obtenida por la Registradora ahora.

Según el artículo 205 LH, la identidad descriptiva entre el título inmatriculador y el previo debe resultar «*a juicio del Registrador*», quien, por tanto, ostenta cierta flexibilidad de apreciación, de modo que una calificación negativa no puede fundarse en la mera constatación de una diferencia, sino que debe expresarse el fundamento



Resoluciones

de la no identidad o las dudas. Sin embargo, la identidad descriptiva entre el título inmatriculable y la certificación catastral se exige «*en todo caso*», lo que ya no supone la misma flexibilidad para el Registrador. En el procedimiento del artículo 205 (y el 203) LH: no se admiten representaciones alternativas a la catastral; la identidad exigida debe referirse a la ubicación y la delimitación perimetral de la finca, pero no necesariamente a edificaciones, titular catastral o nombres de los colindantes.

Ciertamente, la identidad con el Catastro existía en 2009, cuando se otorgó el título inmatriculador, pero sí, como en este supuesto, ha habido cambios (en superficie y algunos colindantes), lo que debe exigirse es la identidad actual, pues, de lo contrario, se incumpliría la finalidad perseguida por la ley: que la finca registral nazca ya coordinada geográficamente con el inmueble catastral. Tampoco se cumpliría el requisito de georreferenciar los vértices de la finca, ya que en 2009 las certificaciones catastrales no lo expresaban.

OBRA NUEVA

Resolución de 1 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3296)

Admite la inscripción de una obra «antigua» respecto de la cual se acredita una concreta antigüedad, que es: superior al plazo de prescripción de posibles infracciones urbanísticas, y anterior a la norma sustantiva autonómica que establece la imprescriptibilidad de infracciones en suelo protegido.

En su función calificadora de la validez del acto, el Registrador debe tener presente el planeamiento urbanístico o de ordenación del territorio, que tiene categoría reglamentaria. Ahora bien, los únicos requisitos necesarios para la inscripción de obras «antiguas» son: la acreditación de su terminación en una fecha determinada anterior al plazo legal de prescripción de la infracción en que hubiere podido incurrir el edificante, y la falta de constancia registral de la incoación de expediente de disciplina urbanística. Respecto del primero de los requisitos, el Registrador deberá constatar, por lo que resulte del Registro y del propio título, que la finca no se encuentra incluida en una zona de especial protección donde la ley imponga un régimen de imprescriptibilidad, si bien también tiene declarado la Dirección que las sucesivas redacciones legales serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior, aunque, no obstante, esta regla general no puede servir para aplicar retroactivamente un régimen sancionador a una infracción anterior a la norma que lo establece.

En el supuesto resuelto, se ha acreditado la terminación de la obra en fecha anterior a la entrada en vigor de la norma que estableció por primera vez la imprescriptibilidad en suelo no urbanizable protegido (artículo 255 RDLeg. 1/1992), de modo que entonces el plazo de restablecimiento de la legalidad estaba agotado.

Por lo demás, la Dirección entiende que existen elementos que permiten apreciar la correspondencia entre la parcela catastral (en la que se basa el certificado técnico que acredita la antigüedad) y la finca registral: el titular y la partida donde se ubican son los mismos; la superficie, parecida; concuerdan los apellidos del lindero norte, y el lindero este es la finca de procedencia.

Resolución de 19 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5308)

Admite la inscripción de una obra nueva con antigüedad del año 2008, acreditada por certificación catastral descriptiva y gráfica (anterior al plazo de 4 años para la prescripción de posibles infracciones urbanísticas). Se aporta, además, licencia de legalización de 2011.

La decisión de optar entre los procedimientos del 28-4 o del 28-1 LS-RU no compete al Notario, quien deberá advertir de las consecuencias de uno y otro. De los hechos del supuesto, resulta que estamos ante una obra declarada «*por antigüedad*», de modo que, acreditada la antigüedad exigida legalmente sin constancia registral de la incoación de expediente de disciplina urbanística, no procede ya exigir certificado técnico que acredite el final de la obra y su conformidad con el proyecto para el que se obtuvo licencia.

Tampoco hay obstáculos referidos a la obligación de georreferenciar la porción de suelo ocupada por la edificación, que es algo exigido por el artículo 10 LH para toda declaración de obra (prescrita o no) presentada a partir del 1 de noviembre de 2015, 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 aquella, que es lo que ocurre en el caso resuelto, al constar las coordenadas de la porción ocupada en la certificación catastral descriptiva y gráfica. Por otro lado, solo habrá obligación de georreferenciar la finca sobre la que se pretende declarar la obra y de notificar y citar a colindantes y posibles terceros afectados cuando lo exija el Registrador por albergar dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre íntegramente incluida en la finca. Además, la obligación de georreferenciar la porción edificada solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada.

Respecto de la obligación de aportar certificado de eficiencia energética, es exigible no solo a las edificaciones de nueva construcción, sino también a las existentes, entendiéndose por tales (Directiva 2010/31/UE) las que sean objeto de reformas importantes, en el sentido de que el coste total de la renovación sea superior al 25 % del valor del edificio o que la superficie renovada sea superior al 25 % de la superficie envolvente del edificio. Por ello, no es exigible el certificado en el supuesto resuelto, donde se declara una obra por antigüedad.

Resolución de 13 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5515)

Admite la inscripción de una escritura por la que se cambia el uso de un local, dividiéndolo en dos viviendas. Se discute la exigencia o no de licencia urbanística, teniendo presente que se incorpora una resolución municipal que deniega la licencia para la legalización de dos viviendas por cambio de uso, declarando su ilegalidad por volumen disconforme con el planeamiento, pero declarando su prescripción.

El artículo 187 bis del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña exige mera comunicación previa para los cambios de uso de edificios, pero exceptúa el cambio a uso residencial, que exige licencia urbanística. Lo que ocurre es que, de los términos de la re-



solución municipal unida, resulta que en la división y cambio de uso del supuesto concurren los presupuestos exigidos para la inscripción de actos urbanísticos respecto de los cuales han prescrito las acciones urbanísticas, teniendo en cuenta que es doctrina consolidada de la Dirección la extensión del régimen registral de edificaciones consolidadas por antigüedad a actos de división, segregación u otros de trascendencia urbanística, como el cambio de uso. Y todo ello sin perjuicio de que el Registrador debe dar cuenta de la inscripción al Ayuntamiento y hacerlo constar en la inscripción, de conformidad con el artículo 28-4-b de la Ley del Suelo estatal.

Resolución de 23 de mayo de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5688)

Admite la inscripción de una escritura de ampliación de obra nueva, que tiene por objeto incrementar el número de plantas, pero sin modificar la superficie ocupada por la edificación en planta. La presentación del título se hace ya vigente la Ley 13/2015, pero no se georreferencia la porción ocupada por la edificación.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada: 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 aquella; solo habrá obligación de georreferenciar la finca sobre la que se pretende declarar la obra y de notificar y citar a colindantes y posibles terceros afectados cuando lo exija el Registrador por albergar dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre íntegramente incluida en la finca; la georreferenciación de la porción edificada solo se exige cuando la edificación se encuentre finalizada.

En el caso resuelto, la superficie ocupada por la edificación ya consta inscrita y no es objeto de alteración, por lo cual el rigor de la norma debe atenuarse. A pesar de no poder inscribirse la representación gráfica de la finca ni la constancia de las coordenadas de la porción de suelo ocupada, no hay obstáculo que impida la inscripción de la obra nueva.

Resolución de 30 de mayo de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6110)

Declaran inscribible una obra «antigua» respecto de la que se acredita por certificado técnico una concreta antigüedad, que es superior al plazo de prescripción de posibles infracciones urbanísticas, y anterior a la norma sustantiva autonómica que establece la imprescriptibilidad de infracciones en suelo protegido.

Además del contenido del Registro y del título, en su función calificadora de la validez del acto, el Registrador debe tener presente el planeamiento urbanístico o de ordenación del territorio, que tiene categoría reglamentaria. De todo ello deberá resultar que la finca no se encuentra incluida en una zona de especial protección donde la ley imponga un régimen de imprescriptibilidad, si bien también tiene declarado la Dirección que las sucesivas redacciones legales serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, pese a que las correspondientes

obras se hayan ejecutado en un momento anterior, aunque, no obstante, esta regla general no puede servir para aplicar retroactivamente un régimen sancionador a una infracción anterior a la norma que lo establece.

No obstante, la inscripción finalmente se deniega, porque la escritura contiene, además, una reducción de cabida de la finca sobre la que se alza la edificación (de 1.610 a 1.530 metros cuadrados), cuya causa determinante no se acredita, por lo cual se entienden fundadas las dudas registrales sobre la identidad de la finca.

OPCIÓN

Resolución de 18 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3321)

Admite la inscripción de un derecho de superficie por un período de 35 años, prorrogable hasta 99 años, concediéndose al superficiario un derecho de opción de compra que podrá ejercitar en cualquier momento dentro del plazo de vigencia del derecho de superficie.

El artículo 14 RH impide la inscripción de un derecho de opción por más de 4 años, pero exceptúa la opción ligada a un arrendamiento, que se puede extender a la duración del arriendo. El arrendamiento con opción de compra es el supuesto más habitual, pero, teniendo en cuenta el espíritu de la norma, la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y los principios de libertad civil y *numerus apertus* en materia de derechos reales, ha de admitirse la posibilidad de conceder derechos de opción durante la duración de negocios conexos, de los cuales dependa y en los que pueda existir una causa justificada. Esta posibilidad tampoco atenta contra el orden público, pues hay derechos forales que la admiten: el artículo 461 de la Compilación navarra permite que la opción alcance toda la duración del arrendamiento, superficie, hipoteca u otro derecho real inscribible como anejo de aquel que se haya constituido.

Paradójicamente, esta resolución invoca la doctrina de la Resolución de 14 de febrero de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3001), que precisamente llegó a la solución contraria, al denegar la inscripción de una opción de compra pactada por plazo superior al máximo establecido en el artículo 14 RH, argumentando que no todo derecho civilmente válido es susceptible de inscripción, sino que debe reunir los requisitos establecidos para ello en aras de la seguridad del tráfico.

PRIORIDAD REGISTRAL

Resoluciones de 7 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3305) y de 8 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3306)

Consta inscrita una venta por una SA a una SL, bajo condición suspensiva. La condición se da por definitivamente incumplida por ambas partes en escritura de 2 de julio de 2014, por la cual se dejaba sin efecto la venta, pero esta escritura no se inscribió. El 26 de agosto de 2015 se presenta la escritura objeto de calificación, por la cual la SA vende a una segunda SL, la cual no se inscribe por falta de tracto. El 30 de septiembre de 2015 se presenta otra escritura contradictoria con la calificada, en la cual la SA cede la finca en pago de deuda a una tercera SL y que incorpora copia de la escritura de 2 de julio de 2014, que preveía la recuperación del dominio por la SA.



Resoluciones

Lo que se debate ahora es si debe inscribirse la escritura calificada (de 26 de agosto de 2015) o la contradictoria de dación en pago, que incorpora el documento por el que el vendedor recupera el dominio. La Dirección recuerda su doctrina modalizadora del principio de prioridad: el documento presentado en primer lugar gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados después pero que sean necesarios para subsanar la falta de tracto, siempre que el disponente en el primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y aunque con ello se postergue algún título contradictorio presentado entremedio. No obstante la formulación del principio de tracto sucesivo del artículo 20-2 LH, el artículo 105 RH permite a los registradores suspender la inscripción de los documentos cuando el otorgante alegase en ellos ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y permite al presentante solicitar anotación preventiva por defecto subsanable. El artículo 105 RH tiene su equivalente, en relación con las anotaciones de embargo, en el artículo 140-1 RH, que ha sido sancionado mediante norma de rango legal en el artículo 629-2 LEC.

En virtud de la doctrina expuesta, lo procedente es inscribir la venta calificada (de 26 de agosto de 2015), previa inscripción de la escritura de resolución de la compraventa inscrita.

Resolución de 16 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3317)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de una elevación a público de acuerdos sobre cese de administrador único, disolución de sociedad y nombramiento de liquidador, porque se halla vigente un asiento de presentación practicado antes, pero referido a una junta posterior convocada judicialmente, en la cual se acordó el nombramiento de nuevo administrador, si bien este acuerdo fue calificado negativamente.

El Registrador Mercantil debe tener en cuenta al calificar no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aun presentados después, con el objeto de conseguir mayor acierto en la calificación y evitar inscripciones inútiles e ineficaces.

Por todo ello, debe considerarse fundada la decisión de suspender la calificación del segundo de los documentos presentados, mientras esté vigente el asiento de presentación anterior, habida cuenta de la imposibilidad de determinar si los acuerdos de este son nulos o si existe una situación de conflicto entre socios que permite rechazar la inscripción.

Resolución de 12 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5292)

Admite la inscripción de una escritura por la que una sociedad (que no es la titular registral) vende unas fincas. Después de la presentación de esta escritura, se presentan otros títulos otorgados antes: una venta de la titular registral a la sociedad vendedora en el título calificado, y una posterior aportación hecha por la titular registral al capital social de otra sociedad.

La Dirección recuerda su doctrina modalizadora del principio de prioridad: el documento presentado en primer lugar gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados después pero que sean necesarios para subsanar la falta de tracto, siempre que el disponente en el primer documento presentado sea

causahabiente del titular registral, y aunque con ello se postergue algún título contradictorio presentado entremedio. No obstante la formulación del principio de tracto sucesivo del artículo 20-2 LH, el artículo 105 RH permite a los registradores suspender la inscripción de los documentos cuando el otorgante alegase en ellos ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y permite al presentante solicitar anotación preventiva por defecto subsanable. El artículo 105 RH tiene su equivalente, en relación con las anotaciones de embargo, en el artículo 140-1 RH, que ha sido sancionado mediante norma de rango legal en el artículo 629-2 LEC.

Resolución de 7 de junio de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6255)

En 2002 se remitió por telefax comunicación notarial de haberse autorizado una compraventa de participación indivisa de local de aparcamiento. El título no se presentó en el plazo de 10 días hábiles (artículo 418 RH), por lo que caducó el asiento de presentación, perdiendo la prioridad que hubiese ganado.

Por ello, ahora, pese a la oposición de los compradores, la Dirección considera correctamente inscrita la adjudicación de la finca en un procedimiento de ejecución de títulos no judiciales dirigido contra el vendedor, quien todavía figura como titular registral.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Resolución de 20 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5312)

Declara procedente la pretensión de obtener calificación sustitutoria, desestimando las dos objeciones procedimentales del Registrador sustituto: falta de motivación del escrito de interposición, y falta de legitimación del Notario autorizante.

La negativa a emitir una calificación sustitutoria es una calificación más y, por tanto, es susceptible de recurso. El artículo 19 bis-5, 2.º párrafo, dice que el Registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el Registrador sustituido respecto de los cuales los interesados hubiesen motivado su discrepancia. Pero la Dirección interpreta *motivar* en el mero sentido de *manifestar*. Por otro lado, aunque el Notario no está facultado para instar la inscripción (salvo que sea presentante), sí que es uno de los destinatarios de la notificación de la calificación negativa, por lo que, si está legitimado para recurrir, también debe entenderse legitimado para instar la calificación sustitutoria.

Resolución de 26 de abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5478)

El 18 de noviembre de 2015 se presentó en el Registro una escritura de compraventa, que fue calificada negativamente por no constar la toma de razón de las capitulaciones matrimoniales del comprador en el Registro Civil. El 15 de enero de 2016 se volvió a presentar el título, que fue de nuevo calificado negativamente, esta vez por falta de acreditación del pago del impuesto relativo a la condición resolutoria establecida. La resolución se dicta respecto de esta segunda calificación.

La subsanación del defecto y la práctica de la inscripción solicitada no son obstáculo para interponer recurso. Por ello, la Dirección resuelve, no obstante haber sido inscrito el título mediante la subsanación exigida por la calificación impugnada. La actuación



del Registrador es atípica, pues su calificación debería haber sido global y unitaria, abarcando también los aspectos fiscales. No obstante, las exigencias formales para la calificación ceden ante el superior principio de legalidad, sin perjuicio de la responsabilidad del Registrador.

En cuanto al fondo, el recurrente argumenta que del contenido del título resulta que la condición resolutoria pactada no se inscribirá en el Registro, por cuanto no garantiza el precio aplazado, sino el incumplimiento de cláusula penal. Pero la Dirección recuerda su doctrina: no resultando supuestos de expresa sujeción o clara causa legal de exención fiscal, si el Registrador, para salvar su responsabilidad, exige la oportuna nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrá de ser la Administración tributaria quien podrá manifestarse al respecto, sin que corresponda pronunciarse a la Dirección. Sin embargo, en este expediente, consta nota de la presentación de declaración en la oficina liquidadora con fecha 10 de diciembre de 2015, por lo cual se estima el recurso y se revoca la nota.

Resolución de 3 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5488)

La negativa a practicar un asiento de presentación en el Diario es una calificación más y puede impugnarse mediante recurso gubernativo. Dados los importantes efectos del principio de prioridad derivados de este asiento, es lógico que su extensión no sea mecánica, si bien la calificación registral será distinta de la del asiento definitivo, limitándose ahora solo a comprobar si concurren los requisitos para que el título pueda acceder al Diario, sin prejuzgar la futura calificación definitiva. La genérica causa de denegación del asiento de presentación formulada en el artículo 420-3 RH (documentos que, por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna) debe interpretarse en el sentido de que solo cabe denegar la presentación cuando el propio presentante manifieste que su objetivo no es obtener un asiento, o cuando de forma evidente resulte que el título nunca podría producir un asiento.

Sobre la base de esta doctrina, la Dirección admite la práctica del asiento de presentación de un título judicial por el que se requiere al arrendatario financiero para que pague las cantidades pendientes al arrendador y le restituya el bien objeto del contrato, dado que el impago se contempló como causa de resolución del mismo.

PROHIBICIÓN DE DISPONER

Resolución de 5 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5497)

Con expresa remisión a la doctrina sentada por la Resolución de 28 de enero de 2016 (*infra*), admite la inscripción de un auto judicial de adjudicación en ejecución de una anotación preventiva de embargo (que garantizaba un crédito con el privilegio del artículo 1923 CC), pese a que, con posterioridad al embargo, se anotó una prohibición de disponer derivada de un procedimiento penal.

Las vicisitudes del concreto supuesto de hecho han de ser tenidas en cuenta. Ciertamente, la prohibición de disponer se decreta en procedimiento penal, con lo que ello supone de tutela del interés

público, pero prevalecen las siguientes consideraciones: quien dispone no es el titular, sino el Juez, a quien no le afecta la incapacidad de la prohibición, y el embargo ya estaba anotado antes del remate de la subasta y de la anotación de la prohibición.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Resolución de 6 de junio de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6252)

Deniega la inscripción de una escritura de adaptación descriptiva de local comercial, otorgada unilateralmente por la propietaria del local, quien alega no ser precisa la autorización de la comunidad de propietarios. En la nueva descripción se incluye un acceso directo a una calle, mientras que en la descripción inscrita se dice que el local tiene su acceso principal por otra vía pública. La apertura de un nuevo acceso para el local supone actuar sobre la fachada del edificio, que es elemento común (artículo 395 CC), cuya alteración unilateral está prohibida (artículo 7 LPH), sin que en el título constitutivo del edificio conste cláusula alguna por la que la comunidad anticipe el consentimiento requerido para tal operación. Ciertamente, en 2013 se inscribió un título de cambio de uso de este departamento, de vivienda a local, otorgado solo por la propietaria, sobre la base de una licencia municipal pero sin haber obtenido autorización de la junta de propietarios. Pero este cambio de destino en absoluto implica por sí solo una autorización para abrir nuevos accesos. La apreciación de un eventual ejercicio abusivo de las facultades de la junta no corresponde al Registrador, sino que es una cuestión reservada a los tribunales.

PUBLICIDAD REGISTRAL

Resolución de 7 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5288)

Se refiere a una solicitud de certificación y otros documentos referidos a una determinada finca registral. Los solicitantes alegan como finalidad la exigencia de responsabilidad por vía judicial al Registrador, a quien, por tanto, consideran incompatible (artículo 102 RH), lo cual no es compartido por el Registrador, quien atiende la solicitud en cuanto a ciertos documentos, pero la deniega en cuanto a otros. La Dirección entiende correcta la actuación del Registrador.

En cuanto a su competencia, el mero anuncio de la intención de plantear una demanda judicial de responsabilidad no es causa de incompatibilidad.

En cuanto a la consideración del solicitante como interesado, la Dirección recuerda su doctrina: el interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo, conocido, legítimo y patrimonial; 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 solo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, de acuerdo con la legislación sobre protección de datos; es el Registrador quien debe calificar no solo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella.

En cuanto al criterio del Registrador para atender la solicitud respecto de unos extremos y denegarla respecto de otros, el ar-



Resoluciones

título 342 RH extiende el ámbito de las certificaciones del Registrador a los documentos conservados en su archivo de los que sea archivero natural, por lo cual la expedición de copias de las escrituras presentadas corresponde al Notario titular del protocolo. Se pretende conocer el contenido de las notas de calificación que en su día recayeron sobre los documentos presentados, lo cual ha quedado cumplido con la certificación por fotocopia de los asientos de presentación y las notas puestas a su margen, en las que constan reproducidas las calificaciones (artículo 435 RH), sin que exista obligación legal expresa de conservar las notas de calificación expedidas. Respecto de la solicitud de certificación del acta de toma de posesión del Registro por parte de su titular y del libro inventario (artículos 400 y 401 RH), no procede su expedición, pues ni forman parte del objeto de publicidad formal, ni tampoco concurre interés legítimo suficiente.

Resolución de 19 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5310)

Deniega la expedición de certificación registral, referida a la inscripción de la venta de un local, solicitada por quien alega ostentar derecho de retracto arrendaticio. La premisa básica para poder emitir la publicidad demandada es la existencia misma del derecho alegado. Se trata de un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda regulado por la LAU-1994, en el cual el arrendatario renuncia expresamente a su derecho de adquisición preferente, extremo no controvertido por los interesados. La normativa sobre protección de datos impide ofrecer publicidad registral con datos protegidos, como pudieran ser los relativos al precio de una operación donde el solicitante no ostenta un derecho relevante. Todo ello sin perjuicio de que, por vía judicial, se pudiera alegar el carácter abusivo de la cláusula o se propusiese como prueba la aportación de la certificación registral de conformidad con los artículos 284 y 285 LEC.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

Resolución de 14 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3309)

Deniega la inscripción de un acta notarial de manifestaciones en la que el recurrente declara incumplido un acuerdo extrajudicial por la otra parte del acuerdo, la cual, habiendo renunciado en el mismo a adjudicarse varias fincas, las inscribió después a su favor para, a continuación, venderlas a terceros con pleno conocimiento de que las fincas transmitidas no eran de su propiedad. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su inexactitud (artículo 1 LH). Su rectificación exige consentimiento del titular o resolución judicial (artículo 40 LH). Pretender hacer constar en el Registro una situación litigiosa sin previa demanda ni previo auto judicial acarrearía el gravísimo riesgo de publicar reclamaciones improcedentes que obstaculizarían el tráfico.

Resolución de 14 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3310)

Deniega la constatación de una referencia catastral, que se pretende en virtud de instancia privada suscrita por los anteriores titulares registrales de la finca, que ahora se encuentra inscrita a nombre de una entidad de crédito en virtud de ejecución seguida contra ellos. Los asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales;

la práctica de un asiento exige que el negocio sea otorgado por el titular registral (tracto sucesivo); se presume que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular (legitimación); la rectificación de asientos exige consentimiento del titular o resolución judicial.

Resolución de 15 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3312)

Consta inscrita una adjudicación por herencia, pero solo en cuanto a dos herederos, ya que el tercero no solicitó la inscripción. Aunque no se reflejó en la inscripción, en el título constaba el compromiso de los tres herederos de adjudicar de determinada forma los departamentos resultantes de una futura división horizontal. Ahora se pretende que se haga constar dicho compromiso aportando el título y una instancia privada otorgada por el heredero no inscrito.

La Dirección lo deniega. Los asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su inexactitud. La rectificación de un error de concepto (es decir, producido al expresar en la inscripción alguno de los contenidos del título) exige consentimiento de todos los interesados y del Registrador o, en su defecto, resolución judicial. Al compromiso contenido en el título le es aplicable la regla del artículo 9 RH, según el cual no es inscribible la obligación de constituir el dominio, otro derecho real, celebrar contratos ni otras obligaciones personales no asegurados con garantía real.

Resolución de 6 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5502)

Deniega la modificación registral de una finca rústica (añadiendo la reseña de polígono y parcela), que se pretende mediante instancia presentada por quienes no son los titulares registrales. Practicado un asiento, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y su rectificación exige cumplir lo previsto en el artículo 40 LH.

Resolución de 1 de junio de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6115)

Deniega el acceso al Registro de una instancia privada en la que se pide que se haga constar: la nulidad de un asiento de cesión de hipoteca y de otro de adjudicación en ejecución de la misma, y que reviva una anotación preventiva que se canceló como consecuencia de la citada ejecución.

La recurrente está legitimada para presentar la documentación (principio de rogación), pero, para pedir la rectificación del Registro, debe acreditar que ostenta la representación de quien se considera lesionado por el asiento practicado. Por otro lado, es doctrina reiterada que, practicado un asiento, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y su rectificación exige cumplir lo previsto en el artículo 40 LH: consentimiento del titular registral (en este caso, la SAREB y una entidad de crédito) o resolución judicial.

Resolución de 2 de junio de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6117)

Deniega la rectificación del Registro, que se pretende para hacer constar que tres fincas registrales procedentes de una reparcelación e inscritas a nombre de diferentes propietarios deben formar una sola finca perteneciente *pro indiviso* a los mismos dueños, ya que, de otra forma, no se cumplirían los requisitos de parcela mínima edificable, lo cual resulta de certificado administrativo incorporado.



Es doctrina reiterada que los asientos practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y su rectificación exige o bien consentimiento de los titulares registrales, o bien resolución judicial.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 2 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3300)

Deniega la modificación de los asientos del Registro en el sentido de hacer constar el carácter privativo de dos fincas inscritas, una como presuntivamente ganancial y la otra como ganancial, lo cual se pretende mediante instancia privada suscrita por la esposa en la que afirma la procedencia privativa del dinero utilizado para la compra, acompañando una serie de documentos con los que pretende acreditarlo (declaraciones testificales, certificados bancarios acreditativos de que los gastos de comunidad se pagaron desde una cuenta abierta solo a su nombre, manifestación de su madre afirmando que le había donado el dinero usado en la compra).

Lo que se aporta son meras fotocopias, pero, aunque se tratase de originales, tales documentos no son aptos para destruir la presunción de ganancialidad. El artículo 95 RH exige justificar el carácter privativo del precio mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero sea suficiente, dado su carácter fungible.

Resolución de 3 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5489)

Admite la inscripción de una adjudicación en procedimiento judicial de ejecución de hipoteca, a pesar de que no ha sido demandada la esposa del titular registral, quien adquirió, conforme al artículo 92 RH, con sujeción al régimen conyugal de separación de bienes, que se identificó como legal según la ley nacional común de ambos cónyuges, la togolesa.

Ciertamente, es doctrina consolidada en materia de adquisiciones por cónyuges extranjeros que cabe la inscripción a favor de ambos con sujeción a su régimen económico matrimonial, con indicación de este, si consta en el título. La determinación de tal régimen y la acreditación de su contenido y vigencia serán exigibles en la enajenación o gravamen, pudiendo obviarse, si consta el consentimiento de o la demanda a ambos.

Ahora bien, habiéndose, en este caso, constituido e inscrito la hipoteca a nombre del esposo sobre un bien privativo del mismo en virtud del régimen de separación de bienes, no se puede exigir la demanda a la esposa, lo cual queda reforzado por el hecho de que la finca no es vivienda habitual, según el historial registral.

Resolución de 3 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5490)

Suspende la atribución de carácter privativo de una finca, pretendida solo por el comprador, quien, de conformidad con el artículo 92 RH, se declaró en la adquisición sujeto al régimen de comunidad de Chihuahua (México), y que ahora manifiesta que el dinero usado

al adquirir procedía de una donación que simplemente se relaciona en el documento presentado.

En este caso, se trata de hacer constar el carácter privativo de un bien que de otro modo sería común, por lo que el momento de probar el Derecho extranjero debería haber sido el de la adquisición, ya que dicha constancia hará que el titular pueda disponer por sí. Probado debidamente que este Derecho extranjero admite el carácter privativo de los bienes adquiridos por donación, no habría ningún obstáculo en admitir como prueba de privatividad la donación del dinero.

Resolución de 4 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5494)

Deniega la inscripción de una adjudicación verificada en convenio regulador, aprobado por sentencia de divorcio, relativa a un bien que consta inscrito como privativo por mitad, al haber sido adquirido en estado de solteros, y que ahora se adjudica en su totalidad a uno de los esposos como parte de la liquidación del régimen económico matrimonial. Consta que la vivienda familiar está ubicada en otro inmueble.

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. En concreto, es precisa escritura pública y no es inscribible el convenio regulador aprobado judicialmente, si en la liquidación de gananciales se incluyen bienes que pertenecen privativamente por mitad a ambos cónyuges y la transmisión de tales bienes no implica la extinción de relaciones económicas derivadas de la vida en común de los esposos, como pudieran ser las relativas a la adjudicación de la vivienda habitual o de otros bienes adquiridos durante el matrimonio.

Resolución de 4 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5496)

Consta inscrita una vivienda por mitades indivisas a nombre de dos excónyuges, cuyo divorcio con atribución del uso de dicha vivienda (como habitual) a la esposa consta también inscrito. Ahora, la Dirección deniega la inscripción del auto que homologa judicialmente la transacción alcanzada por los conductos, dentro de un procedimiento de división de cosa común, en cuya virtud se adjudica la finca a la exesposa. Ni la transacción ni el auto que la homologa son una sentencia, sino un documento privado que no cumple los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para la inscripción.

Ciertamente, es doctrina de la Dirección admitir el convenio regulador como título inscribible para la atribución de la vivienda familiar (aunque proceda de una adquisición *pro indiviso* previa al matrimonio), ya que su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión en las operaciones de liquidación. Ahora bien, el acuerdo de este expediente no se ha alcanzado en un procedimiento matrimonial, sino en uno ordinario de división de cosa común. Ni en la documentación aportada, ni en el acuerdo homologado, se hace referencia alguna a que la extinción de comunidad tenga su origen en la liquidación de la comunidad conyugal.

Resolución de 5 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5500)

Admite la inscripción de un convenio regulador de divorcio homologado por sentencia firme, por el que se adjudican varios

bienes adquiridos durante el matrimonio por mitad y *pro indiviso*; el Registrador solo había inscrito las operaciones relativas a la vivienda habitual y su garaje anexo, pero la Dirección admite también la inscripción de la adjudicación del restante bien (un local comercial).

Ciertamente, es doctrina consolidada que 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. Sin embargo, también es doctrina de la Dirección que cabe el convenio regulador para adjudicar bienes adquiridos *pro indiviso* constante el régimen de separación de bienes. Aunque este régimen se basa en la comunidad romana, hay diferencias entre ambas regulaciones. Así, el régimen de separación solo cabe entre cónyuges, los bienes de ambos cónyuges están afectos a las cargas del matrimonio y existen limitaciones a la disposición de la vivienda habitual. La regulación legal del convenio regulador se refiere en general al régimen económico matrimonial, no solo a los gananciales; en el régimen de separación, será necesaria la liquidación cuando no se desee seguir compartiendo un patrimonio activo común o una deuda común.

Resolución de 11 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5506)

Admite la inscripción de una escritura en la que se realizan, por este orden, las siguientes operaciones: los condueños de una vivienda adquirida por herencia extinguen la comunidad adjudicándola al condueño del 10 %, quien compensa en metálico a los demás por el exceso; se hace constar que la adjudicación del exceso se hace con carácter ganancial, ya que el dinero con el que se paga el exceso también lo es, por proceder de un préstamo constituido por el adjudicatario y su cónyuge en el número de protocolo siguiente; finalmente, el condueño adjudicatario aporta su originario 10 % a su sociedad de gananciales.

Aunque se debería haber establecido otro orden en las operaciones, las estipulaciones de un contrato deben interpretarse atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas y en el sentido más adecuado para que produzcan efecto. Lo que han querido los cónyuges es atribuir carácter ganancial al bien que están adquiriendo, a pesar de que, por las reglas de la subrogación real, le correspondería carácter privativo. El título de adquisición es disolución de comunidad en virtud de cuota privativa, si bien los cónyuges añaden un pacto de atribución de ganancialidad (artículo 1355 CC).

Resolución de 13 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5514)

Constan inscritas unas fincas a nombre de dos cónyuges casados en gananciales. El marido está incapacitado, siendo tutora su esposa. Mediante auto, se concede a la tutora autorización judicial para vender las fincas en pública subasta, si bien lo que efectivamente se subastó después fue solo el 50 % que se dijo pertenecía al incapaz. Ahora se debate la inscripción de la escritura de venta de la totalidad de las fincas al adjudicatario de la subasta por el doble del precio de remate del 50 % subastado, manifestándose que la tutora vende una mitad por sí y la otra, como tutora de su marido.

La Dirección deniega la inscripción. La administración y disposición de los gananciales se transfieren por ley al tutor de su cónyuge (artículo 1387 CC), quien necesita autorización judicial para disponer de los inmuebles (1389 CC). La autorización obtenida en el supuesto se refiere a la totalidad de las fincas. En la sociedad de gananciales, cada cónyuge no es dueño de una mitad de cada bien común, sino que ambos tienen conjuntamente la totalidad del patrimonio ganancial (1344 CC). La subasta de una mitad indivisa tiene menos probabilidades de obtener un precio igual a la mitad del valor del todo. Tratándose de personas sometidas a tutela, debe prevalecer su interés.

REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Resolución de 18 de mayo de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5646)

Consta inscrita en el Registro de Bienes Muebles la hipoteca mobiliaria de una máquina. Ahora se pretende practicar, en el Registro de la Propiedad, sobre la hoja del local en que se encuentra la máquina, la nota de constancia de la garantía mobiliaria que prevé el artículo 75 LHMYPDS, alegando que el hipotecante es arrendatario de dicho local. Sin embargo, la Dirección lo deniega, porque no se cumple uno de los requisitos exigidos por este precepto: que el arrendamiento conste inscrito en el Registro de la Propiedad.

Resoluciones de 30 de mayo de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6111) y de 31 de mayo de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6113)

Deniega la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de una escritura de elevación a público de dos documentos privados: uno de compraventa de licencia de taxi con precio aplazado, y otro por el cual el comprador constituye prenda sin desplazamiento sobre la licencia para garantizar el pago del precio aplazado.

El primer defecto es la falta de acreditación de la titularidad de la licencia pignorada: se aporta una simple fotocopia de la licencia, mientras que lo correcto es aportar una certificación municipal acreditativa de la titularidad actual. El segundo defecto es la falta de concreción de la cantidad de responsabilidad por gastos.

Por el contrario, se desestiman los otros defectos. El principal e intereses aparecen desglosados por cuotas mensuales en el título, sin que sea exigible la determinación precisa de la fórmula de cálculo del tipo de interés, exigencia que solo procede para préstamos otorgados por entidades financieras o para casos en que no se hayan fijado con precisión las cuotas de capital o interés. La fijación de un valor de subasta (exigida en general por el artículo 29 del Reglamento de la LHMYPDS) no es exigible en el procedimiento de ejecución directa (artículo 681-2 LEC, ley posterior que solo la exige para la hipoteca mobiliaria), sino solo en el extrajudicial, que en el título calificado no se ha pactado. Tampoco es exigible la formalización de un seguro, pues esta exigencia legal general (artículo 57-4 LHMYPDS) está pensada para la prenda de bienes susceptibles de consumo o deterioro, cosa que no ocurre con los derechos derivados de una licencia municipal.



REPRESENTACIÓN

Resolución de 10 de marzo de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4012)

Se admite la inscripción de una escritura de compraventa del pleno dominio de una finca, en la cual el vendedor es representado por un apoderado en cuyo poder se le faculta para vender la participación de finca que corresponda al poderdante, el cual, al tiempo del otorgamiento del poder, era titular solo de una participación, si bien estaba en curso un procedimiento judicial contra la otra condueña, que acabó declarando al poderdante dueño de toda la finca. En la escritura, la Notaria realiza un juicio notarial de suficiencia referido genéricamente al «negocio jurídico objeto de esta escritura», cuya calificación consta en otra parte de la misma.

Recapitula la doctrina de la Dirección sobre el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas exigido por el artículo 98 de la Ley 24/2000. El Registrador deberá calificar: la existencia y la regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación; la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto jurídico documentado y el contenido del mismo título. Ciertamente, el juicio notarial del título calificado no se refiere al concreto acto documentado, sino que más bien reproduce una fórmula de estilo que no debe ser admitida, pero que consta en el expediente copia del poder, de la que resultan específicamente las facultades representativas para este acto.

Por otro lado, si bien los poderes deben interpretarse en un sentido estricto, tiene declarado el Tribunal Supremo (STS de 27 de enero de 2000) que la posible extralimitación no debe determinarse atendiendo de manera automática y sumisa a la literalidad del poder, sino principalmente a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación con las circunstancias concurrentes. En el caso resuelto, no parece razonable restringir las facultades del representante exclusivamente a la participación de la que era titular el poderdante al tiempo de otorgar el poder.

Resolución de 26 de mayo de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5694)

Deniega la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia, en la cual una de las herederas está representada por la otra, adjudicándose la compareciente el único bien inventariado. La Notaria reseña correctamente el documento de poder y considera suficientes las facultades representativas para dicha escritura de adjudicación de herencia, pero no menciona de forma expresa que en el poder se salva la contraposición de intereses, por lo que el juicio notarial de suficiencia no está correctamente formulado.

SUCESIONES

Desheredación

Resolución de 6 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5501)

El testador desheredó a su único hijo por la causa del n.º 1 del artículo 853 CC (denegación de alimentos) e instituyó heredera universal a su esposa. Ahora se debate la inscripción de la escritura de

herencia a favor únicamente de la viuda, quien manifiesta no tener contacto con el hijo desde hace más de 40 años y desconocer si tiene descendientes.

La Registradora exige acreditar que, al fallecimiento del testador, no existían hijos o descendientes del hijo desheredado, quienes, de existir, tendrían derecho a su legítima (artículo 857 CC). Sin embargo, la Dirección aplica su doctrina sobre la dificultad (y, a veces, imposibilidad) de probar hechos negativos y entiende suficiente la afirmación de desconocimiento de la viuda, sin exigir acreditación sobre dicho extremo.

Extranjeros

Resolución de 21 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3323)

Admite la inscripción de una escritura de herencia otorgada en España, referida a una causante holandesa fallecida antes de la vigencia del Reglamento Europeo de Sucesiones (por lo que resulta aplicable la ley nacional del causante, según el artículo 9-8 CC). A la escritura se incorpora certificado de herederos expedido por Notario holandés, quien certifica, «tras haber visto los documentos pertinentes», el fallecimiento de la causante y relaciona la declaración del Registro de Últimas Voluntades holandés, del que resulta haber otorgado un determinado testamento, nombrando herederos a su cónyuge e hijos, quienes quedan perfectamente identificados.

La Dirección no considera necesario aportar, además, el certificado de defunción de la causante, su testamento y el certificado del Registro de Últimas Voluntades de Holanda. El certificado sucesorio notarial holandés es título sucesorio abstracto conforme al Derecho de tal país, tiene una función probatoria de la ley aplicable, de legitimación de los beneficiarios de la sucesión (establece una presunción a favor de la persona en él considerada heredera), sirviendo el testamento como base para la emisión del propio certificado. La aportación de los certificados solicitados por el Registrador será necesaria en los supuestos en que no resultaren del propio certificado sucesorio (artículo 78 RH), pero, en el presente caso, el Notario certificador afirma haber visto los documentos pertinentes.

Resolución de 9 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5504)

Se refiere a una escritura autorizada por Notario español donde se protocolizan las operaciones particionales a la muerte de dos cónyuges causantes franceses, residentes en Francia, con dos hijos y que fallecieron bajo testamento hecho en España, en el que se instituían recíprocamente herederos en el pleno dominio de una cuarta parte de la herencia más el usufructo, a su elección, de las tres cuartas partes restantes o de toda la herencia, siendo en todo caso herederos los hijos por iguales partes. En la partición, ambos hijos se adjudican todos los bienes por mitad.

Reitera la doctrina de la Dirección sobre acreditación del Derecho extranjero. Igual que en el ámbito procesal, también debe ser objeto de prueba en los ámbitos notarial y registral, en cuanto a su contenido y vigencia. Las normas procesales son subsidiarias de las registrales en este tema, pero con especialidades: si no se le acredita al Registrador debidamente el Derecho extranjero, deberá suspender la inscripción, sin que quepa someter la validez del acto al Derecho español, como ocurre en el ámbito judicial. La acreditación se rige por el artículo 36 RH (inicialmente previsto para la determinación de las normas aplicables sobre forma y capacidad, pero extensible a

las normas sobre validez del acto). Los medios de prueba previstos en esta norma son, entre otros, informe o aseveración de Notario o Cónsul español, o de Diplomático o funcionario del país en cuestión. Notarios y registradores están obligados a determinar qué ley nacional resulta aplicable, mediante la correspondiente norma de conflicto, pero no están obligados a conocer el Derecho extranjero, si bien pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia si aseguran conocerlo. La nueva regulación de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, no modifica ni afecta estas reglas de aplicación extrajudicial.

La Dirección declara inscribible la partición calificada, siempre que se presente acompañada de dos testimonios de vigencia de la ley aplicable, que es la francesa (siendo el supuesto anterior a la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Sucesiones). Tales testimonios se aportaron en la primera presentación del título, pero no ya en la presentación posterior, cuya calificación da lugar a la presente resolución. Ambos testimonios están expedidos por el propio Notario español autorizante de la escritura, quien hace constar su conocimiento de la ley francesa en cuanto a su contenido y vigencia y respecto de los causantes fallecidos. El que reproduce los artículos aplicables del Código Civil francés está en lengua francesa, y el que los declara vigentes y aplicables está en español. Para la Dirección, del examen conjunto de ambos, resulta excesiva la exigencia de una traducción jurada del que está redactado en francés.

Resolución de 11 de mayo de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5507)

Se refiere a la sucesión de un kuwaití residente en Kuwait, quien falleció bajo testamento otorgado ante Notario español, en el que legó todos sus bienes sitos en España a su esposa (en cuanto al 12 %), a sus cinco hijas (el 8 % a cada una) y a sus tres hijos varones (el 16 % a cada uno), ordenando además que, en caso de premoriencia de alguno de los nombrados, su porción se repartirá por partes iguales entre los demás herederos. Ahora se pretende la inscripción de la escritura de partición de su herencia, otorgada ante Notario español y ratificada por la viuda, los siete hijos sobrevivientes y cinco nietos, únicos hijos de una hija premuerta, que se efectúa tal y como resulta de dos documentos expedidos por el Ministerio de Justicia de Kuwait, debidamente legalizados, los cuales se incorporan: certificado de «limitación de herederos», que especifica individualmente quiénes son los herederos del causante, y certificado de «partición de herencia», donde se determinan las cuotas correspondientes a cada uno de los herederos.

La Dirección entiende que la ley aplicable a la sucesión es la kuwaití, dada la fecha de fallecimiento del causante y su nacionalidad en tal momento, si bien la solución hubiese sido la misma, aunque hubiese muerto tras la vigencia del Reglamento Europeo de Sucesiones, dada la residencia del causante en Kuwait. El testamento otorgado se refiere solo al patrimonio en España, práctica que, en general, será incompatible con el citado Reglamento. Reiterando la doctrina de la resolución anterior, también entiende correctamente acreditado el Derecho extranjero, por lo que accede a la inscripción.

Herencia yacente

Resolución de 17 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3320)

La Dirección recuerda su doctrina sobre la calificación del principio de tracto sucesivo (artículo 20 LH) en relación con resoluciones judiciales dictadas contra la herencia yacente. Para poder inscribirlas,

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 herederas, y siempre que de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

En el supuesto resuelto, se admite la inscripción de un decreto dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra desconocidos herederos del titular registral y su cónyuge, también titular registral, a quien se considera interesado a estos efectos.

Resolución de 17 de mayo de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5639)

Admite la práctica de una anotación preventiva de embargo por deudas de la titular fallecida, aunque el heredero con quien se ha entendido el procedimiento ha renunciado a la herencia. Sin perjuicio del carácter y las consecuencias de la renuncia a la vocación hereditaria, se han cumplido las exigencias de la tutela judicial efectiva en el sentido del artículo 166-1 RH, que exige identificar al llamado y haber seguido el procedimiento con él.

Legados

Resolución de 4 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3303)

El testador prelegó un bien a una de sus dos hijas y, en el remanente, instituyó herederas a las dos. Ahora, la Dirección suspende la escritura de entrega del legado otorgada solo por los herederos de la legataria, sin intervención de los herederos de la otra hija y heredera. Fuera de los casos en que el legatario fuese ya poseedor, solo puede posesionarse por sí del legado cuando, no existiendo legitimarios, el testador le hubiese facultado expresamente para ello, o cuando la prelegataria sea o haya devenido única heredera (nada de lo cual ocurre en este supuesto).

Resolución de 28 de marzo de 2016 (BOE 89, 13-IV-16: 3511)

El testador legó la propiedad de un inmueble a una fundación, cuya constitución ordenaba en el propio testamento, con la exclusiva finalidad de que constituyera el domicilio fundacional, pero debiendo respetar el derecho de uso y habitación que reconocía a la recurrente. Fallecido el causante, se otorgó e inscribió una escritura, en cuya virtud se entregaba el legado del inmueble a la fundación, en pleno dominio y sin hacer ninguna excepción.

En otra posterior escritura (que motiva el recurso), se entregan otros legados dispuestos a favor de la recurrente, sin que se entregue el legado del derecho de uso y habitación, si bien, en la parte expositiva, se hace constar la existencia de este derecho en los reseñados términos del testamento. La recurrente pretende ahora la inscripción de su derecho. La Dirección lo deniega: la finca ya figura inscrita en pleno dominio a nombre de entidad distinta del causante (la fundación, ya constituida); aunque se menciona la existencia del derecho de uso y habitación en la parte expositiva de la escritura calificada, no se dispone su entrega o constitución en el otorgamiento. Ciertamente, el testamento no se limita a declarar la existencia del derecho, sino que contiene una orden o manda del testador que debe cumplirse y debió tenerse en cuenta al inscribir a nombre de la fundación, pero los asientos registrales están bajo la salvaguardia



de los tribunales y su rectificación exige el consentimiento del titular registral o resolución judicial.

Resolución de 28 de marzo de 2016 (BOE 89, 13-IV-16: 3513)

El testador instituyó herederas a sus tres hijas, estableció unos legados a favor de una de ellas y no designó albacea ni contador-partidor. Ahora, la Dirección suspende la inscripción de una instancia privada otorgada solo por la legataria, que pide la inscripción a su nombre de las fincas legadas.

Además de la exigencia de titulación auténtica establecida en los artículos 3 y 14-2 LH, en este caso, existen otras legitimarias y herederas, quienes deben también formalizar la correspondiente escritura, por no concurrir ninguno de los otros supuestos del artículo 81 RH que exceptuarían su intervención (en particular: ausencia de legitimarias, existencia de contador o distribución de toda la herencia en legados).

Partición

Resolución de 2 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3299)

Suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia otorgada por contador-partidor judicial, junto con las herencias de los herederos que posteriormente han fallecido, a quienes se considera transmitentes a los efectos del artículo 1006 CC. En concreto, se acredita el fallecimiento de uno de los herederos, que fallece intestado. El contador-partidor presume, a partir de ciertos documentos que se acompañan: que este heredero ha fallecido casado y sin descendientes; que su heredera es su esposa, quien, a su vez, ha fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia de su marido y sin otros herederos; que, por tanto, debe heredar la Comunidad Autónoma, en pago de cuyos derechos hereditarios se consigna una cantidad.

La inscripción se deniega por falta de título sucesorio del heredero fallecido, su esposa y la Comunidad Autónoma. Hay que recordar que, en la sucesión intestada, el título sucesorio es la declaración de herederos y la declaración administrativa a favor del Estado (artículo 14 LH). El principio de tracto sucesivo registral no permite que los herederos de la titular registral no intervengan en la partición. No corresponde al contador-partidor declarar herederos.

Resolución de 16 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3315)

Admite la inscripción de una escritura de herencia otorgada por todos los herederos, incluso una de ellos sometida a curatela, interviniendo la misma persona en el doble concepto de curadora y de contadora-partidora.

Aprobando la partición la totalidad de los herederos, la intervención de esa persona lo es solo como curadora, sin que sea esencial su intervención como contadora-partidora. Según el artículo 1060 CC (sustancialmente igual antes y después de la LJV), no es necesaria intervención ni aprobación judicial cuando la persona con capacidad modificada judicialmente esté legalmente representada en la partición. Tampoco se precisa defensor judicial, por cuanto la curadora no tiene interés personal en la herencia, lo cual no queda desvirtuado por el hecho de haber sido también designada contadora-partidora, pues la partición ha sido aceptada por todos los herederos.

Resolución de 5 de abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4016)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia otorgada solo por uno de los ocho hijos y herederos, quien se adjudica un bien que le ha sido prelegado en el testamento, en el cual se alude a un documento privado de partición suscrito por el causante y sus herederos un año antes.

El artículo 1056 CC contempla dos supuestos distintos de partición, según se haga en testamento o por acto *inter vivos*, si bien en el segundo caso siempre hace falta un testamento anterior o posterior. En este supuesto, la partición privada solo se menciona en el testamento y no se acompaña, de modo que no es título auténtico a los efectos del artículo 3 LH. Hay que distinguir entre una verdadera partición ordenada por el testador, que sería obligatoria y determinaría la adquisición directa de la propiedad exclusiva de los bienes hereditarios por los herederos (artículo 1068 CC), y unas meras normas de partición, que es lo que hay en el supuesto resuelto, de modo que estamos ante una partición realizada por los herederos (artículo 1057 CC).

Por otro lado, aunque el legatario de cosa determinada adquiere la propiedad desde la apertura de la sucesión (artículo 882 CC), no puede ocupar por sí la cosa legada (artículo 885 CC), por lo cual su inscripción requiere escritura de entrega otorgada por contador-partidor, albacea o, en su defecto, los herederos (artículo 81-c RH). La entrega no será necesaria en caso de prelegatario, pero solo cuando sea heredero único. De existir otros herederos (como ocurre en este supuesto), es necesaria la concurrencia de todos ellos a la entrega.

Sustitución

Resolución de 11 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5290)

Suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional realizado por contador-partidor, en cuyo inventario se incluyen unos bienes que el causante había heredado como fiduciario de su esposa, con facultad de disponer solo *inter vivos* y a título oneroso, siendo herederos fideicomisarios de residuo ciertos sobrinos, quienes han renunciado a la herencia del causante dentro del procedimiento de división de herencia del mismo.

Esta renuncia se ha realizado en un formulario privado, por lo cual no es indubitada ni auténtica a los efectos del artículo 1008 CC (ni antes ni después de la LJV). Pero es que, además, la renuncia se ha producido respecto de la herencia del causante, cuando lo cierto es que los bienes fideicomitidos pertenecen a la herencia de su esposa premuerta. En consecuencia, son los herederos fideicomisarios de residuo de la misma, o sus sustitutos vulgares, quienes deben prestar su consentimiento.

Resolución de 26 de mayo de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5695)

La testadora legó sus bienes privativos a su hermana y sus sobrinos, e instituyó heredero universal a su esposo, en la seguridad de que este respetaría la voluntad de ambos de que, a su fallecimiento, su patrimonio pasase a determinada fundación. El esposo premurió a la testadora. En escritura anterior, la hermana y los sobrinos han recibido su legado. Ahora se debate si es inscribible la escritura de herencia del remanente a favor de la fundación. Si interpretamos el testamento en el sentido de que la cláusula de ins-

titución de heredero al cónyuge contiene un mero ruego, al haber premuerto el esposo sin sustitución, procedería abrir la sucesión intestada. Sin embargo, la Dirección interpreta que realmente estamos ante una sustitución fideicomisaria que implica (según doctrina reiterada) la vulgar tática.

La voluntad del testador es la ley de la sucesión (artículos 667 y 675 CC). Para su averiguación, debe primar el criterio subjetivista, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento y acudiendo con prudencia a la prueba extrínseca. En este caso, ya han sido tenidos en cuenta, por haber asumido previamente su legado, quienes habrían sido herederos *ab intestato*. El albacea, persona cualificada para interpretar la voluntad del testador, es, a su vez, patrono de la fundación, lo cual evidencia la voluntad de la testadora de una sucesión ordenada en cuanto a la fundación. Aunque el testador no haya usado materialmente la palabra *heredero*, si su voluntad es clara, valdría la disposición hecha a título de herencia (artículo 668 CC).

Resolución de 6 de junio de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6250)

El testador instituyó heredera a su hija y dejó legados a favor de dos nietas, ordenando sustitución por la respectiva descendencia en todo lo dispuesto en su testamento. Fallecido el causante, las dos legatarias renunciaron a sus legados. Ahora se pretende inscribir la escritura de herencia del causante, en la cual la heredera única se adjudica también los bienes que fueron inicialmente legados a las dos renunciantes, alegando que no tiene lugar la sustitución, porque: respecto de una de las renunciantes, la heredera hace constar que está soltera y no tiene descendientes, y respecto de la otra, se justifica con su libro de familia que solo tiene una hija, bisnieta del testador, nacida tras la muerte de este y antes de la renuncia de su madre.

La inscripción se deniega, porque, en cuanto a la primera renunciante, la circunstancia de carecer de descendientes debe acreditarse, sin que sea suficiente la mera manifestación, admitiéndose a estos efectos el acta notarial de notoriedad (artículo 82 RH).

Ahora bien, respecto de la otra renunciante, no es precisa la intervención de su hija, ya que no está llamada por la sustitución. Para calificar la capacidad del heredero o legatario, se atenderá al tiempo de la muerte del causante, y si fuese institución condicional, se atenderá «*además*» al tiempo en que se cumpla la condición (artículo 758 CC). De ello se deduce que el sustituto, para poder heredar, necesita haber sobrevivido tanto al testador como al acto jurídico de la repudiación (siendo excepciones a esta regla general las del *nasciturus*, el *concepturus* nacido con técnicas de reproducción asistida, los sustitutos fideicomisarios y los descendientes comunes, en caso de delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 CC). Así, la bisnieta cuya renuncia exige la Registradora no tiene capacidad para suceder, porque todavía no había nacido al tiempo de la apertura de la sucesión.

TRACTO SUCESIVO

Resolución de 1 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3298)

Deniega la inscripción de un expediente judicial de dominio que, aunque se titula de «*inmatriculación*», realmente, por su contenido,

es de reanudación del tracto interrumpido respecto de una finca que consta inmatriculada.

El promotor había adquirido en documento privado del titular registral. La Dirección recuerda su doctrina consolidada que, aunque no es temporalmente aplicable al supuesto, se recoge hoy en el actual artículo 208 LH (tras la Ley 13/2015), el cual no considera interrumpido el tracto cuando la persona a cuyo favor se deba hacer la inscripción haya adquirido directamente del titular registral o sus herederos. Por otro lado, tampoco se ha expuesto ni se ha justificado en el documento judicial una dificultad excepcional en la formación del título perdido o ausente.

Resolución de 17 de marzo de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3319)

Admite la inscripción de una sentencia firme declarativa de dominio referida a una vivienda que consta inscrita a nombre del Instituto de la Vivienda de Madrid. Para el Juez, resulta acreditado que el Instituto: vendió la vivienda a un primer adquirente, casado con determinada persona; autorizó una enajenación posterior a dos cónyuges, y tuvo conocimiento posterior del convenio regulador del divorcio de estos, en el que se adjudicaba la vivienda a la demandante, cuyo dominio se declara.

En cuanto a la aptitud del procedimiento declarativo para reanudar el tracto, es doctrina consolidada que, mediante juicio declarativo, puede realizarse cualquier modificación de los asientos del Registro, siempre que se haya seguido contra el titular registral, si bien la sentencia declarativa solo 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 caso resuelto, la demanda se dirigió contra el Instituto y contra el primer adquirente, pero no contra su esposa, lo cual no constituye defecto para la Dirección, ya que la esposa nunca ha sido titular registral, no consta que su régimen conyugal fuese de comunidad ni el carácter del bien adquirido. Por otro lado, se considera que resulta de la sentencia el título material y formal de adquisición de la demandante.

Resolución de 14 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5305)

Reitera doctrina consolidada: el expediente de dominio para la reanudación del tracto interrumpido es un medio excepcional que solo 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, lo cual excluye del ámbito del expediente, entre otros supuestos, aquellos en los que el promotor adquirió del heredero del titular.

Sin embargo, en el caso resuelto, la Dirección admite la procedencia del expediente y la inscripción del auto en él recaído, en un supuesto donde el promotor adquirió por compra a dos hermanos del titular registral. No se aporta el título particional y no se acredita que el promotor hubiera adquirido de todos los herederos del titular. Cuando se adquiere solo de alguno o algunos herederos, sí que hay verdadera interrupción del tracto y procede el expediente de reanudación, ya sea el judicial, por vía transitoria (como ocurre en



este caso, al haberse iniciado el expediente antes de la Ley 13/2015), o el notarial del actual artículo 208 LH.

Resolución de 28 de abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5482)

Suspende la inscripción de un expediente judicial de dominio para reanudación de tracto, cuyo promotor compró en documento privado directamente a la sociedad titular registral, la cual se encuentra hoy disuelta y liquidada.

No cabe acudir a este expediente cuando el promotor adquirió directamente del titular, tal y como resulta del actual artículo 208 LH y resultaba antes del antiguo artículo 201 LH (anterior a la Ley 13/2015, y aplicable transitoriamente al supuesto resuelto). No obstante, es también doctrina de la Dirección exceptuar de esta regla los casos en que exista una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que permita completar la cadena de titularidades. Lo que ocurre es que el auto calificado se limita a establecer la relación causal directa entre titular y promotor, pero sin hacer constar ninguna circunstancia que pudiera habilitar la procedencia del expediente de dominio.

Resolución de 23 de mayo de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5689)

Suspende la inscripción de un expediente de dominio notarial de reanudación de tracto tramitada ya conforme a la Ley 13/2015. Consta del Registro que el titular registral legó en su testamento la finca por mitad a dos hijas e instituyó heredero a otro hijo. El promotor del expediente manifiesta haber adquirido la totalidad de la finca por compra a una de las hijas legatarias, quien, a su vez, había adquirido una mitad por el referido legado y la otra, «por justos y legítimos títulos» que no se especifican. El Notario notifica a los herederos del titular registral de forma no personal, sino mediante edictos publicados en el *BOE*, al tratarse de inscripciones contradictorias de más de 30 años.

La identificación del título de adquisición del promotor y los previos adquirentes resulta imprescindible para que el Notario autorice el expediente y para que el Registrador lo califique. No consta el título de adquisición de una mitad indivisa, ni tampoco consta que los edictos se hayan notificado de manera nominal al heredero del titular, cuya identidad consta en el Registro y constaría en la certificación registral que debería haberse aportado al expediente (artículos 203 y 208 LH), cuya omisión no ha sido objeto de calificación.

Resolución de 25 de mayo de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5691)

Deniega, por falta de tracto sucesivo, la inscripción de una partición en la que se inventaría, como perteneciente a los causantes, una finca inscrita íntegramente a nombre de una de las herederas por título de compraventa.

Ciertamente, la titular ha consentido la escritura, pero no ha expresado la causa del cambio de titularidad. Lo consentido es una partición, pero no una transmisión, por lo que no hay título hábil para el cambio de titularidad.

TUTELA

Resolución de 31 de marzo de 2016 (BOE 89, 13-IV-16: 3517)

Deniega la inscripción de una escritura de venta en la que una de las vendedoras es una persona incapacitada representada por su tutora, quien está autorizada judicialmente para la venta. No se acredita la celebración de subasta pública, ni se excusa judicialmente de la misma.

A los expedientes judiciales tramitados antes de la vigencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (con independencia de que la escritura tenga fecha posterior), se les aplicaba el artículo 2015 LEC-1881, según el cual la autorización se concederá, en todo caso, bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, admitiendo la jurisprudencia que el propio Juez pudiera apartarse de tal exigencia. La LJV deroga el citado precepto, pero establece, en su artículo 65-2, una regla que aún refuerza más la exclusividad de la reserva judicial en esta materia: la autorización para la venta se concederá bajo la condición de hacerse en pública subasta, salvo que se hubiera instado la autorización por venta directa o persona especializada, sin necesidad de subasta, y que el Juez así lo autorice.

Cuando la ley quiere excluir el requisito de la pública subasta, así lo hace. Además del citado artículo 65-2, cabe citar el 5-2 de la Ley 41/2003 (de protección de personas con discapacidad), respecto de la enajenación de bienes integrantes de un patrimonio protegido, y el 636 LEC, respecto de las enajenaciones en procedimiento de apremio.

URBANISMO

Resolución de 13 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5303)

Sienta la doctrina de la Dirección sobre requisitos para inscribir las transferencias de aprovechamiento urbanístico entre fincas. Son dos: que la legislación aplicable admita esta posibilidad (artículo 33 RD 1093/1997), y que, cuando tal legislación exija una autorización previa o la inscripción en un registro administrativo, esos requisitos se hayan cumplido previamente. Si la Administración autoriza la transferencia, se podrá abrir folio independiente (artículos 39-4 y 43), quedando condicionada la consolidación de los derechos transmisibles a la efectiva aprobación de la reparcelación con asignación del aprovechamiento pactado. En caso contrario, lo procedente será la transmisión de cuota indivisa de la finca originaria.

En aplicación de esta doctrina, la Dirección deniega la inscripción de una escritura de compraventa de aprovechamiento urbanístico entre dos sociedades, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos del artículo 62 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía: no se identifican plenamente las parcelas, no se acredita la existencia de un excedente de aprovechamiento en la parcela cedente, tampoco la cesión gratuita al municipio ni la autorización de este a la transferencia.

Resolución de 25 de abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5474)

Deniega la inscripción de una sentencia que resuelve la venta y extingue el condominio sobre una finca resultante de un proyecto



Resoluciones

de equidistribución inscrito, porque el título no se pronuncia sobre la distribución de la carga real que garantiza el pago de los gastos de urbanización. El Ayuntamiento no ha tenido intervención en el procedimiento judicial. Los recurrentes aplican los artículos 82 y 123 LH, alegando la libertad de pactos entre los particulares y la condición de agente urbanizador de uno de ellos.

En la legislación urbanística valenciana, la relación jurídica entre la Administración y el agente urbanizador conserva su carácter público. Son los propietarios del suelo quienes retribuyen al agente, pero es la Administración quien decide la cuantía real de las prestaciones y, con independencia de la forma de gestión, controla y dirige el proceso urbanístico. La afección no solo garantiza la retribución del urbanizador, sino que la garantía legal es de interés público, por lo cual su alteración requiere la intervención de la Administración urbanística.

Resolución de 28 de abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5483)

Deniega la inscripción de una cláusula, contenida en una escritura de compraventa de finca aportada a una actuación urbanística, por la que el vendedor se reserva todos los derechos de indemnización y realojo derivados de las edificaciones existentes en la finca. Se trata de derechos personales.

En cuanto a los derechos de realojamiento y retorno, su reconocimiento requiere: que la vivienda se esté ocupando legalmente y como residencia habitual (artículo 19 LSRU estatal y básica en este punto); que la legislación urbanística aplicable lo reconozca (así ocurre en el artículo 87 de la Ley murciana 13/2015); es un derecho personal e intransferible, si bien la ley estatal lo reconoce también a los herederos forzosos y al cónyuge que tengan allí su residencia habitual. Cabe su reflejo registral mediante nota marginal, por aplicación analógica del artículo 15 RH, inicialmente previsto para el derecho de retorno arrendaticio, y el título de la inscripción no puede ser otro que el título administrativo que lo reconozca. En el

caso resuelto, se deniega la inscripción, precisamente por defectos relativos al título: si se tratase del derecho de realojamiento o el de retorno derivados legalmente de una actuación urbanística, no se acredita el título administrativo que los reconozca, y si se tratase de un derecho atribuido convencionalmente, no se delimitan los elementos esenciales básicos que permitan configurar frente a terceros el contenido y plazo del derecho.

En cuanto a los derechos de indemnización, se trata de un derecho válido y reconocido en la escritura, pero no puede admitirse su carácter real ni, por tanto, su inscripción, al faltar la nota esencial de poder directo e inmediato sobre el inmueble (sin perjuicio de que pudiera asegurarse con una garantía real expresa inscribible).

VINCULACIÓN *OB REM*

Resolución de 22 de abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5319)

Admite la inscripción de una escritura de venta de finca rústica que había sido denegada por el Registrador, al tener dicha finca vinculada *ob rem* una cuota indivisa de otro inmueble, y estar la misma inscrita a nombre de otro titular.

La consecuencia esencial de esta configuración jurídica es que la titularidad de la finca vinculada viene determinada por la titularidad de la finca principal, de modo que los actos de transmisión o gravamen han de producirse sobre ambas fincas conjuntamente. Lo que ocurre en el supuesto resuelto es que se ha producido una inexactitud registral, sin que pueda alegarse falta de tracto, ya que, en los supuestos de titularidad *ob rem*, el tracto al que debe atenderse es el de la finca principal, y no el de la subordinada. Es doctrina consolidada que se puede rectificar el Registro, sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación, siempre que el hecho que desvirtúe el asiento sea probado mediante documento fehaciente independiente de la voluntad de los interesados.

Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

CENSOS

Las normas del Libro V CCCat son aplicables a los derechos de censo con carácter retroactivo, cualquiera que sea la fecha de su constitución

Resolución JUS/1852/2016, de 21 de junio (DOGC de 2 de agosto de 2016)

RESUMEN: Se pretende la inscripción de una sentencia que declara el comiso de un censo por impago de pensiones, cuya vigencia no se acreditó conforme a la Ley 6/1990. La demanda la interpuso la que se calificaba como dueña del dominio directo contra los «ignorados herederos» del titular del dominio útil y se dictó en rebeldía de estos. El Registrador de la Propiedad basa la nota de calificación negativa en cuatro consideraciones: 1) es necesario el nombramiento de un defensor judicial, por haberse interpuesto la demanda con los ignorados herederos; 2) al haberse dictado en rebeldía de los demandados, deben cumplirse los plazos de los arts. 501 y ss. LEC; 3) el censo está extinguido, por no haberse acreditado su vigencia en el plazo legal, y 4) la legislación catalana vigente no prevé el derecho de comiso.

La recurrente alega básicamente que la legislación aplicable al censo es la que estaba vigente en el momento de su constitución (año 1908), que permite el comiso, y que su derecho está amparado por el art. 33 CE, por lo que solo puede ser privada del mismo por causa justificada de utilidad pública o interés social.

La DGDEJ desestima el recurso, pues entiende que el censo está extinguido, al no haberse acreditado su vigencia conforme exigían las disp. trans. 3.ª y 13.ª de las leyes 6/1990 y 5/2006. Además, declara que el comiso no es causa de extinción del censo, al haberlo excluido el Libro V CCCat, ratificando el criterio establecido con anterioridad

por la Ley de Censos de 1990. Estas conclusiones se fundamentan en la consideración de que la ley aplicable al censo no es la vigente en el momento de su constitución, sino la vigente en el momento de presentación de la demanda (año 2011), es decir, el CCCat, ya que la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del CCCat, y la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos, «no solo derogaron —tal como se desprende de su disposición derogatoria y de su disposición final primera, respectivamente— la legislación anterior y, por lo tanto, aquella bajo la cual se constituyó el censo cuya titularidad pretende ostentar la recurrente, sino que, además, se aplicaron con efectos retroactivos —como ponen de manifiesto las disposiciones transitorias de una y otra— a los censos constituidos bajo esta legislación» (FD 1.2).

Al declararse extinguido el derecho del censalista, carece de interés el examen de las restantes cuestiones. No obstante, añade la DG que las leyes 6/1990 y 5/2006 no determinan la extinción *ope legis* del derecho de censo, sino que condicionan su existencia a la diligencia de su titular, de manera que solo si este no acredita su vigencia en el plazo legalmente establecido se produce su extinción. Y, en relación con la exigencia de defensor judicial planteada por el Registrador, entiende que no es necesaria, ya que corresponde al propio Juez la tutela judicial efectiva.

COMENTARIO: Pese a que resulta evidente que el derecho de censo ha quedado extinguido por aplicación de las disposiciones transitorias citadas por la resolución, no comparto el criterio de atribuir carácter retroactivo a las leyes 6/1990 y 5/2006, fuera de los casos de extinción que expresamente regulan estas leyes en sus disposiciones transitorias. Por aplicación del principio de irretroactividad de las leyes, recogido con carácter general por las disp. trans. 1.ª y 2.ª CC, el régimen de ejercicio del derecho de censo se rige por la legislación vigente en el momento de su constitución, por lo que, a mi entender,

el derecho de comiso sigue vigente para aquellos censos. No hay ni en la Ley 6/1990 ni en la Ley 5/2006 ninguna disposición transitoria que establezca que el régimen general de los censos sea el regulado por dichas leyes. El que el derecho transitorio disponga la extinción del censo en determinados casos no implica que todas las causas de extinción de los censos se rijan por dicho derecho transitorio, es decir, por la normativa vigente. De seguirse esta interpretación, resultaría, por ejemplo, que la causa de extinción introducida por la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización, en el art. 565-11.1, letra c), esto es, la falta de ejercicio de las pretensiones del censalista durante un plazo de diez años, se aplicaría a todos los censos, cualquiera que fuera la fecha de su constitución, lo que conllevaría en 2025 la extinción de prácticamente todos los derechos de censo antiguos.

COMUNIDAD DE BIENES

No hay disolución parcial de comunidad, sino cesión onerosa de cuota, cuando uno de los comuneros sale de la comunidad a cambio de ser compensado económicamente por los demás, subsistiendo entre estos la indivisión

Resolución JUS/1855/2016, de 21 de junio (DOGC de 2 de agosto de 2016)

RESUMEN: Se otorga una escritura en la que uno de los partícipes en una comunidad que recae sobre varios bienes indivisibles «cesa en la indivisión» y cede su participación a los otros dos partícipes a cambio de una compensación en metálico. La Registradora de la Propiedad deniega la inscripción con base en las siguientes consideraciones: a) el negocio jurídico otorgado no es de adjudicación por extinción de comunidad, sino de venta de una cuota indivisa a los otros comuneros, ya que nuestro Derecho no admite la disolución parcial de comunidad, y b) se está desnaturalizando la causa onerosa de la adquisición, lo que podría afectar al carácter de tercero hipotecario de un posible subadquirente a los efectos del art. 34 LH.

La DGDEJ revoca la nota de calificación, con base en los argumentos que podemos sintetizar de la forma siguiente:

1. Es fundamental la aplicación del principio de libertad civil, proclamado en el art. 111-6 CCCat, que tiene un correlato en sede de comunidad en los arts. 551-2.1 y 552-11.1, que permite a los comuneros llegar a los pactos que consideren convenientes siempre que no se opongan a la ley.
2. Solo impropiamente puede decirse que el negocio jurídico realizado sea de disolución parcial de comunidad, ya que, en realidad, se trata de un contrato de disposición de una cuota que pasa a acrecer proporcionalmente las de los restantes partícipes o, simplemente, un contrato de cesión onerosa de cuota.
3. Pese a ello, se trata de una mera cuestión nominal y dogmática que no justifica el otorgamiento de una nueva escritura, lo que parece contrario al derecho de la ciudadanía a que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican, amparado en el art. 9.3 CE.
4. Dado que los bienes que integran la comunidad proceden de las herencias de los progenitores de los partícipes, estos en ningún caso son terceros de buena fe. Si la nota se refiere a los posibles adquirentes a título oneroso de los partícipes que continúan en la comunidad, no se requiere una especial protección, al haber transcurrido sobradamente el plazo de dos años desde la adquisición por herencia previsto por el art. 28 LH.

COMENTARIO: De la relación de hechos de la resolución no resulta que el negocio jurídico realizado se haya calificado en la escritura como de disolución parcial de comunidad; más bien se habla de cese en la indivisión en relación con uno de los partícipes. En cualquier caso, las cuestiones que plantea esta resolución son, básicamente, dos: si es posible la disolución parcial de una comunidad y si el hecho de que el negocio se califique como disolución parcial o como cesión de cuota tiene consecuencias prácticas. Desgraciadamente, la DG, pese a la extensión de los fundamentos de Derecho (casi cuatro páginas), no entra a fondo en ninguna de las dos cuestiones.

- A) En relación con la disolución parcial de comunidad, tanto la DG como la Registradora coinciden en que tal figura no es posible en nuestro Derecho: o se disuelve la comunidad, o no se disuelve, pero no cabe conceptualmente un estado intermedio por el hecho de que se reduzca el número de copropietarios. Incluso la DG llega a amonestar al Notario por la falta de precisión técnica («Es deseable que las escrituras se redacten con el cuidado más exquisito con respecto a los conceptos jurídicos», FD 3.3). Sin embargo, la cuestión no es pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia. Hay autores favorables al concepto *disolución parcial* en un supuesto como el que examinamos, como Miquel GONZÁLEZ, Laura ZUMAQUERO GIL, Carmen PÉREZ CONESA e Isabel ARANA DE LA FUENTE, citados por Francisco MARIÑO PARDO en su blog *Juris Prudente* (http://www.iurisprudente.com/2014/04/la-disolucion-parcial-de-comunidad_23.html, consulta: 17 noviembre 2016). Este último autor también es favorable a su admisión amparándose en las SSTS de 1 de abril de 2009, de 30 de abril de 2009 y de 30 de noviembre de 2010, y en los siguientes argumentos: 1) al ser la comunidad una institución en la que el derecho de cada cotitular recae sobre el todo, limitado por el derecho de los otros cotitulares, el acto de separación de uno no implica transmisión de cuotas entre los cotitulares, sino desaparición de la limitación de un derecho que ya originariamente recaía sobre la cosa; 2) no hay razón para impedir a los comuneros que alcancen la disolución total a través de varios actos de finalidad concurrente a este fin, en cuanto cada uno de ellos suponga la reducción del número de comuneros subsistente; 3) en el ámbito de la comunidad hereditaria se admite la partición parcial y el CC prevé la aplicación supletoria a la disolución de la comunidad de las normas de la partición, y 4) el art. 80.1, letra c) RH recoge un caso de partición parcial.

La DGRN ha tratado la cuestión en profundidad en las resoluciones de 11 de noviembre de 2011, de 9 de diciembre de 2011 y de 24 de abril de 2012 (citadas por la Registradora en su informe), y en la posterior de 4 de abril de 2016 considera que la institución de la disolución parcial no es posible. La Resolución de 11 de noviembre de 2011 declara: «La extinción de comunidad o es total o no es tal [...]. La reducción del número de comuneros no constituye un supuesto de extinción o disolución de comunidad, sino de mera alteración de su configuración subjetiva, en tanto esta siga siendo plural por la concurrencia de varios cotitulares». Por lo tanto, hablar de *disolución parcial* sería un oxímoron, del mismo modo que no habría un estado intermedio entre la existencia y la inexistencia.

Sin embargo, la Resolución de 4 de abril de 2016, pese a reproducir literalmente la argumentación de la de 11 de noviembre de 2011, llega a un criterio diferente. La de 2011 rechazó la inscripción de un negocio jurídico al que se le daba el nombre de *extinción parcial de comunidad*, en el que los titulares de tres quintas



partes indivisas de una finca adquirirían una quinta parte de otro cotitular; en cambio, la de 2016 ha admitido la inscripción, como extinción parcial de comunidad, de una escritura en la que uno de los dos copropietarios adquiriría la totalidad de una de las dos fincas tenidas en común y se repartía con el otro condómino la propiedad indivisa de la otra. Además, acepta el uso del término *disolución* (no parcial) para aquellos actos que, «*por propia naturaleza, puedan entenderse encaminados al cese final de la situación de comunidad, aunque no se logre dicho efecto totalmente*» (FD 3). La expresión «*por propia naturaleza*» parece prescindir de los motivos subjetivos de las partes y aludir a la causa en sentido objetivo. Dada la dificultad de determinar cuándo concurre este requisito, aclara que si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo como *acto de disolución*, y cita una serie de supuestos en que se puede considerar la existencia de un acto de disolución: a) en una comunidad que comprende varios bienes, los partícipes adjudican uno o varios a alguno de ellos, en propiedad exclusiva, en pago de sus derechos en la comunidad, subsistiendo la comunidad entre los restantes partícipes no adjudicatarios sobre el resto de bienes no adjudicados, con reajuste de las cuotas entre estos últimos; b) en una comunidad de bienes integrada por varias fincas, se forman lotes que se adjudican a grupos de partícipes diferenciados, recibiendo dichos grupos de adjudicatarios los lotes en comunidad *pro indiviso*; c) en una comunidad sobre un bien indivisible, material o económicamente, los copropietarios acuerdan adjudicarlo *pro indiviso* a varios de ellos, que compensan en metálico a los no adjudicatarios, y d) en una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas, pero no de todas, se adjudican entre ellos las cuotas de que son titulares, recibéndolas uno o varios de ellos, que compensan en metálico a los demás.

A mi juicio, creo que podría simplificarse esta doctrina en el sentido de que se entienda que existe acto de disolución si el negocio jurídico en cuestión produce la reducción del número de copropietarios o la del número de bienes en copropiedad. Ambos actos tienden, «*por su propia naturaleza*», con independencia de los motivos de las partes, hacia la disolución. Encuentro a faltar, sin embargo, un nombre para designar este negocio jurídico que lo distinga del de *disolución de comunidad* (total); quizás no sería desaconsejable mantener el ya extendido en la práctica (pese a ser todo lo poco técnico que se quiera) de *disolución parcial*.

- B) La segunda cuestión es si la calificación del negocio jurídico como compraventa o como disolución de comunidad tiene relevancia en cuanto a su régimen jurídico. Desde el punto de vista fiscal, no la tiene, pues el criterio de la Administración es el mismo en uno y otro supuesto: considerar el acto como una transmisión onerosa.

Desde el punto de vista civil, la Registradora alega en su informe, siguiendo la Resolución de 11 de noviembre de 2011, que ello afecta a cuestiones: a) de capacidad, porque el representante del menor no necesita autorización judicial para hacer la división de la cosa común y sí para ceder onerosamente; b) de regulación de los regímenes matrimoniales de comunidad de bienes, porque, en caso de disolución, si el bien era privativo, el objeto sigue siendo privativo y, en caso de cesión, es común, y c) de protección, conforme al art. 34 LH, ya que, si se trata de disolución parcial, el título de adquisición del adjudicatario sigue siendo el originario

—en este caso, gratuito, al haber adquirido por herencia—, y si es venta, el título de adquisición es oneroso.

En el caso que nos ocupa, posiblemente estas diferencias, que existen, no tienen mayor incidencia, pues: a) no interviene ningún menor; b) el régimen económico matrimonial de los adquirentes seguramente es el de separación de bienes, lo que debería especificarse, y c) el art. 34 LH difícilmente será aplicable, pues el copropietario no puede considerarse como tercero de buena fe.

DERECHO DE RABASSA MORTA

Caducidad de un derecho de *rabassa morta*. El principio de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales tiene una excepción en el caso de la caducidad de los derechos de *rabassa morta*, con base en la disp. trans. 12.ª de la Ley 5/2006

Resolución JUS/1851/2016, de 21 de junio (DOGC de 2 de agosto de 2016)

RESUMEN: Se plantea si pueden cancelarse por caducidad unos derechos que son calificados por los propietarios de las fincas como de *rabassa morta*, al amparo de la disp. trans. 12.ª de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del CCCat.

La primera cuestión a dilucidar es si realmente tales derechos pueden calificarse como de *rabassa morta* o si, por el contrario, constituyen un derecho de censo enfiteútico, pues su régimen legal es diferente, dado el carácter temporal inherente al primero frente al perpetuo del segundo. Pese a que los contratos de establecimiento celebrados contienen expresiones relativas al derecho de censo, la DGDEJ considera que, en realidad, se trata de derechos de *rabassa morta*. Para ello, se basa en la indeterminación en la doctrina y en la ley de la naturaleza jurídica de tales derechos en la época en que se constituyeron (entre los años 1860 y 1870), en la fijación de plazos de duración en los contratos (entre ochenta y cien años) y en la inclusión de una cláusula específica de extinción para el supuesto de dejar de destinarse las fincas al cultivo de la vid (lo cual es propio de la *rabassa morta* y aleja el contrato de la enfiteusis, que no requiere un uso específico de la finca), entre otros elementos interpretativos, y sin que el hecho de haberse abierto un folio registral a cada uno de los derechos constituidos pueda considerarse favorable al carácter real propio de la enfiteusis, ya que la Real Orden de 3 de agosto de 1864 permitía dicha forma de acceso al Registro.

Una vez dilucidada la cuestión de la naturaleza jurídica de la institución contemplada, corresponde determinar si se puede cancelar el derecho de *rabassa morta* por el propietario de las fincas, al amparo de la disp. trans. 12.ª de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del CCCat, que permite la cancelación por caducidad, si no se ha acreditado su vigencia registralmente antes del 18 de abril de 2007. Para ello, la DG examina el historial registral de cada una de las fincas, concluyendo que «*el principio de salvaguardia de las inscripciones registrales por los tribunales de Justicia que alega la Registradora de la Propiedad en la nota de calificación no resulta afectado por la cancelación por caducidad de los derechos inscritos en el Registro. Las normas sobre caducidad son de naturaleza imperativa (artículo 122-1 CCCat), y la caducidad opera de forma automática cuando ha sido alegada, como es el caso aquí planteado (art. 122-3). Admitida la caducidad de los derechos de *rabassa morta* y de las inscripciones que llevan causa de estos derechos que no han dado lugar a adquisiciones a non domino en los supuestos que hemos señalado en los puntos 4.3 a 4.7 de esta resolución, concluimos que la caducidad opera de forma automática,*

sin que haya que declararla expresamente por los tribunales de Justicia, como expresamente establece la disposición transitoria 12.ª de la Ley 5/2006, de 10 de mayo» (FD 4.8).

En la mayoría de las fincas se da la circunstancia que, en las inscripciones siguientes a la del establecimiento, se califica el derecho de rabassaire de «dominio útil», como si de un derecho de censo se tratara, habiendo llegado incluso en una de las fincas a cancelarse el derecho de censo, constando en la actualidad como propietario el anterior titular del «dominio útil», que no ha sido siquiera citado en el expediente, por lo que la DG no considera procedente la cancelación del derecho de *rabassa morta* y confirma la nota de calificación. En el resto, el hecho de que en el Registro se califique el derecho de los rabassaires como de «dominio útil» habría podido dar lugar a alguna adquisición *a non domino* a favor de alguna persona protegida por el art. 34 LH, lo que no se produce, ya que unas inscripciones posteriores reflejan adquisiciones por título de herencia y en las realizadas a título oneroso se hacía constar el carácter temporal del derecho transmitido, por lo que la DG entiende que dicho precepto no es aplicable, como hemos visto, y decreta la cancelación por caducidad.

COMENTARIO: Una vez calificados los derechos inscritos como *rabassa morta* y no como censos, la disp. trans. 12.4 de la Ley 5/2006 decreta su extinción y, por lo que ahora interesa, la cancelación del asiento por caducidad, una vez transcurrido el plazo indicado, a petición de los titulares de la propiedad, según lo que establece la legislación hipotecaria y sin que sea necesario tramitar el expediente de liberación de cargas y gravámenes del art. 210 LH. El art. 210.8 LH establece otros supuestos de cancelación de asientos sin necesidad de tramitar dicho expediente, entre los que no se incluye el derecho de *rabassa morta*, que, por su naturaleza temporal, no cabe dentro de los «asientos relativos a censos, foros y otros gravámenes de naturaleza análoga, establecidos por tiempo indefinido», que pueden cancelarse por el transcurso de sesenta años desde la fecha del último asiento (y aunque se entendiera que se incluye en dicha categoría, habría que esperar sesenta años desde la acreditación de su vigencia, lo que nos conduciría a tener que esperar unos cincuenta años todavía).

DERECHO SUCESORIO

Sustitución vulgar. El Registrador no puede apreciar de oficio la falta de aceptación expresa de la herencia, en un supuesto en que el testador había previsto dicha falta de aceptación como causa de la sustitución vulgar

Resolución JUS/2217/2016, de 14 de septiembre (DOGC de 10 de octubre de 2016)

RESUMEN: Se plantea si debe operar la sustitución vulgar en un supuesto en que el testador, fallecido en 1974, la ordenó para los casos de prelación, incapacidad, repudiación o «falta de expresa aceptación» de la instituida heredera, su esposa, cuando no consta que esta aceptara expresamente la herencia tras sobrevivir muchos años al causante. La propia heredera de la instituida es quien otorga ahora una escritura en la que «reitera formalmente la aceptación expresa» de la herencia del testador, que la instituida hizo en su día pero que no puede acreditar. El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción por entender que había caducado el derecho a aceptar la herencia (por aplicación del art. 461-12.1 CCCat, en la redacción vigente, en el momento en que habían pasado treinta años desde la defunción del testador) y que debe operar la sustitución vulgar ordenada por el testador, dada la falta de aceptación expresa.

La DGDEJ revoca la nota de calificación. En primer lugar, declara que la ley aplicable a la sucesión es la CDCC, por estar vigente en el momento de la apertura de la sucesión, y, supletoriamente, el CC español, integrado por los principios generales del Derecho catalán procedentes del Derecho romano.

En segundo lugar, interpreta la cláusula de la sustitución vulgar prevista para el caso de falta de aceptación expresa en el sentido de que el testador deseaba «evitar el derecho de transmisión en el caso hipotético de que la instituida en primer lugar no hubiera podido aceptar la herencia por haber muerto muy pocos días después que el causante» (FD 2.7). Considera también que esta interpretación es la más conforme a la voluntad del testador, se aviene mejor con el tenor de las palabras utilizadas y con el concepto de *sustitución vulgar*, y es la más plausible, dado el enorme lapso de tiempo transcurrido entre la muerte del testador y la de su viuda. Entre otros argumentos, entiende que «la cláusula testamentaria no podía pretender excluir la aceptación tácita de la herencia, ya que la regulación de los requisitos de la aceptación de la herencia no es materia disponible»; el testador no puede endurecer dichos requisitos (FD 2.5). Interpretar lo contrario, además, sería como atribuir a la aceptación expresa el carácter de una condición suspensiva, lo cual excede de la naturaleza de la sustitución vulgar. Por último, *aceptación expresa* no equivale a *aceptación formal*, ya que puede hacerse en documento privado, como permite el art. 79 RH, o por actos positivos e inequívocos que comportaran que, al realizarlos, se hubiera tomado el título o la calidad de heredero (art. 99 CDCC).

En relación con la caducidad por el transcurso del plazo de treinta años establecido por el art. 257 CDCC, «siendo un supuesto de caducidad de una relación jurídica disponible, la caducidad no ha de ser tenida en cuenta de oficio, sino que tiene que ser alegada por una persona legitimada, como hoy se desprende del art. 122-3.2 CCCat, y por ello no puede apreciarla de oficio el Registrador, sino que tiene que ser alegada por aquella parte a quien interese» y declarada judicialmente (citando a este respecto la STSJ de 28 de mayo de 1990) (FD 2.4). Del mismo modo, tampoco corresponde al Registrador, sino al Juez, en caso de litigio, dictaminar qué actos de la instituida pueden suponer una aceptación expresa y si esta realmente ha tenido lugar. Además, la heredera de la instituida, como sucesora en su personalidad (art. 108 CDCC), tiene la facultad de aclarar si su causante aceptó o no la herencia y, por lo tanto, la de confirmar si su causante ejerció el *ius delationis*, con lo que cumple el requisito exigido por la Resolución de 6 de marzo de 2014 de la acreditación de la aceptación expresa de forma auténtica.

Termina afirmando la DG que «los derechos subjetivos —como el derecho de los sustitutos vulgares llamados en el testamento— pertenecen a la esfera privada de las personas y, si no se ejercen oportunamente, su ejercicio no se puede imponer ni corresponde al Registrador ir más allá de la voluntad de sus titulares [...]. En cualquier caso, el procedimiento registral se mueve dentro de los límites absolutamente determinados de los documentos aportados al Registro y de los derechos ejercitados y no controvertidos por persona alguna. Cualquier reclamación, impugnación, afirmación de falsedad de las declaraciones contenidas en un instrumento público notarial que las personas que son parte del negocio jurídico o que puedan tener derecho quieran presentar ya no se podrá dirimir dentro del ámbito del Registro, sino que será en el ámbito judicial donde se podrá establecer el derecho después de planteada la controversia» (FD 3.3).

COMENTARIO: A mi juicio, que coincide con el de la DGDEJ, el Registrador se excede en la apreciación de la existencia del hecho



que produciría la operatividad de la sustitución vulgar: la falta de aceptación expresa de la herencia. La simple circunstancia de que la aceptación no haya accedido al Registro no significa que no haya tenido lugar, pues puede hacerse incluso verbalmente y no por ello dejaría de ser expresa. En todo caso, el Registrador debe proceder a la inscripción, sin que el hecho de que el acto otorgado pueda resultar ineficaz le otorgue un estatus diferente a cualquier otro sujeto a múltiples posibles causas de impugnación (como un vicio del consentimiento). En el mismo sentido, véase la posterior RDGDEJ de 21 de noviembre de 2016 y su comentario, en este mismo número.

Ineficacia sobrevenida de institución de heredero por crisis matrimonial. Se produce *ope legis* y debe ser apreciada de oficio por el Registrador, si resulta de los documentos presentados o de los asientos del Registro. La no revocación de la disposición a favor del cónyuge no puede ser considerada como reveladora de la voluntad del testador de mantener la disposición pese a la crisis matrimonial

Resolución JUS/2666/2016, de 21 de noviembre (DOGC de 30 de noviembre de 2016)

RESUMEN: El causante, fallecido en 2016, había otorgado su único testamento en 1979, instituyendo heredera a su esposa y ordenando una sustitución preventiva de residuo a favor de los futuros descendientes del testador y, en defecto de estos, a favor de un hermano de aquel. El causante y su esposa se separaron judicialmente en 1987 y se divorciaron en 1992, pero la instituida heredera, declarándose de estado civil viuda, acepta la herencia en 2016. El hermano del testador, antes de inscribirse la adjudicación hereditaria a favor de la instituida heredera, presenta en el Registro de la Propiedad una instancia solicitando el cambio de estado civil del causante, adjuntando un certificado del Registro Civil en el que constan la separación y el divorcio. Además, el divorcio resulta de una inscripción practicada en un Registro que la Registradora de la Propiedad calificante llevaba accidentalmente. La Registradora suspende la inscripción de la aceptación de herencia con base en el art. 422-13.1, que declara la ineficacia de las disposiciones ordenadas a favor del cónyuge si, después de otorgadas, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo. La interesada recurre alegando que el hecho de que el testador no revocase el testamento pone de manifiesto su voluntad de mantener su eficacia, y que, en todo caso, la Registradora no puede apreciarla de oficio.

La DGDEJ confirma la nota de la Registradora. En primer lugar, declara aplicable el art. 422-13.1 al supuesto de hecho, pues, pese a haberse otorgado el testamento en 1979, la sucesión se rige por la normativa vigente en el momento de su apertura, conforme a las disposiciones transitorias de la Ley 10/2008. Con una precisión importante: el art. 422-13.1 tiene su excepción en el apdo. 3.º, cuando del contexto del testamento resulte que el testador habría realizado la disposición a favor del cónyuge pese al divorcio; sin embargo, este precepto solo lo entiende aplicable la DG a los testamentos posteriores a la vigencia de la Ley 10/2008, pues antes no existía esta causa de ineficacia, lo que excluye la posibilidad que del contexto del testamento resulte el mantenimiento de la disposición. El testador «*ni sabía ni podía saber que, si se producía tal crisis, esta circunstancia determinaría la ineficacia de las disposiciones a favor de su cónyuge, razón por la cual no se preocuparía tampoco de exteriorizar una voluntad, deducible del contexto del testamento, a favor del mantenimiento de la disposición pese a la crisis*» (FD 2.1). Además, tampoco puede admitirse el argumento de la recurrente de que el hecho de que el testador no revocara la disposición tras el divorcio sea un indicio de

su voluntad de mantenerla, pues, por una parte, dicha voluntad ha de resultar «*del contexto del testamento*» y, por otra, «*de una actuación puramente de omisión no se pueden extraer conclusiones relativas a la voluntad determinante de la abstención [. . .]. De una abstención o de una omisión no puede deducirse ninguna voluntad, ya que pueden obedecer a los motivos más diversos, y ello impide que la abstención o la omisión sean susceptibles de calificarse como “concluyentes” o “inequívocas”*» (FD 2.2).

Por último, queda la cuestión de si la Registradora puede apreciar la ineficacia de la disposición o si, por el contrario, se requiere una declaración judicial en dicho sentido. La DG señala que la ineficacia se produce, en el presente supuesto, *ope legis* y de forma automática, al producirse la crisis matrimonial, como deduce de que el art. 132 CS, antecedente inmediato del art. 442-13, a diferencia de este, disponía una presunción de revocación. En cambio, el precepto actual impone una afirmación de ineficacia (las disposiciones «*devienen ineficaces*», dice). De ello deduce que el Registrador la puede aplicar de oficio, sin que para ello sea óbice la doctrina de la propia DG emanante de la Resolución de 5 de diciembre de 2013, que la recurrente alega, «*ya que no es lo mismo valorar conductas, lo cual ciertamente no es competencia del Registrador, que apreciar la producción de hechos o circunstancias fácticas, que sí ha de tener en cuenta el Registrador, y más si su existencia se desprende de los documentos presentados y de los mismos asientos del Registro que tiene a su cargo, ya que así lo exige el ejercicio de su función calificadora, según el artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria*» (FD 1.2).

COMENTARIO: En las resoluciones de la DGDEJ publicadas este año, ha sido un tema recurrente el de si el Registrador puede y/o debe apreciar la ineficacia de un derecho inscrito o la caducidad de un asiento. Evidentemente, dicha doctrina deben tenerla en cuenta también los notarios en relación con los negocios jurídicos que autoricen. En la Resolución 1851/2016, de 21 de junio, se trataba de la caducidad de un derecho de *rabassa morta*, resuelta con claridad a favor de la cancelación del asiento con base en las disposiciones transitorias de la Ley 5/2006; en la Resolución 1852/2016, de 21 de junio, lo mismo en relación con un derecho de censo; en la Resolución 2217/2016, de 14 de septiembre, se resolvía que la caducidad del derecho a aceptar la herencia no puede ser apreciada por el Registrador, por tratarse de un supuesto de caducidad de una relación jurídica disponible, y en la Resolución de 25 de octubre de 2016, que el Registrador no puede entrar a valorar la posible ineficacia derivada de un acto hipotéticamente anulable. En la presente, sí debe apreciar, incluso de oficio, la ineficacia de la disposición sucesoria, cuando en la Resolución de 5 de diciembre de 2013 había declarado que ni el Notario ni el Registrador podían aplicar de oficio el art. 442-13 (aunque no se trataba del mismo supuesto de hecho que el presente, sino el de un testamento otorgado a favor de la esposa estando separados de hecho los cónyuges). Aunque hay supuestos que en la práctica no plantean problemas (como la apreciación de la ineficacia de un testamento cuando hay otro posterior), sí hay otros muchos que pueden plantear dudas (como la ineficacia del testamento en caso de que el testador haya tenido hijos con posterioridad a su otorgamiento), como demuestra la recurrencia de resoluciones sobre la cuestión, que haría conveniente la fijación de una doctrina general en relación con la misma.

Por otra parte, en relación con los medios de que puede servir el Registrador para basar la nota de calificación, debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 18 LH, los registradores calificarán la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públi-

cas, por lo que resulte de ellas (es decir, del propio título objeto de calificación, según reiterada doctrina de la DGRN) y de los asientos del Registro. En este caso, se da la circunstancia de que el hecho que ocasiona la ineficacia de la disposición sucesoria resulta de un certificado del Registro Civil que se adjunta a una instancia no inscrita (y, a mi juicio, difícilmente inscribible, pero que, en todo caso, no es el propio documento que se califica) y de los asientos de un Registro que no es el mismo al que se ha presentado el título para su inscripción, aunque sea llevado accidentalmente por la misma Registradora. Es dudoso que tales medios entren dentro del estricto ámbito del art. 18 LH, aunque sea de justicia que en el presente supuesto la actuación maliciosa de la interesada no prospere.

PAREJA ESTABLE

La adjudicación a uno de los miembros de un inmueble de propiedad exclusiva del otro, hecha en el convenio de cese de la convivencia, requiere que traiga causa de la situación económica derivada de la convivencia

Resolución JUS/1853/2016, de 21 de junio (DOGC de 2 de agosto de 2016)

RESUMEN: Se plantea si es inscribible una sentencia que aprueba la propuesta de lo que se denomina *convenio de liquidación del régimen económico de una pareja estable*, en que se adjudica a uno de los miembros de la pareja un inmueble que es propiedad exclusiva del otro.

El Registrador basa su nota de calificación negativa en la consideración de que dicha adjudicación es ajena al procedimiento de liquidación de la situación económica establecida durante la convivencia de la pareja y que tiene que ser objeto de un negocio jurídico independiente, sin que, además, esté causalizada por la propia extinción de la convivencia, como podría suceder en los casos —entre otros— de atribución en virtud de compensación económica por razón del trabajo o de prestación alimenticia.

En el recurso se aporta otro convenio, homologado judicialmente, en el que se reconocía que el precio por el que se adquirió el inmueble en cuestión había sido pagado con dinero propiedad de ambos, que no es tenido en cuenta por la DGDEJ, al no haber sido aportado para su calificación. También se alega que, durante la convivencia en pareja, «mantuvieron las relaciones propias de un matrimonio con sociedad de gananciales», consideración que tampoco es aceptada por la DG, ya que, al no existir matrimonio, no puede aplicarse el régimen de la sociedad de gananciales, y «aun llevando la equiparación entre la pareja matrimonial y la no matrimonial al extremo de hacer aplicables a la segunda las reglas del régimen económico propias de la primera», en Cataluña el régimen legal supletorio es el de separación de bienes. En puridad, en una relación de pareja estable, no existe ningún régimen económico específico derivado de dicha situación.

La cuestión central es si por convenio regulador del cese de la convivencia puede adjudicarse a uno de los miembros de la pareja un inmueble que es propiedad exclusiva del otro. La DG confirma también la nota del Registrador en este punto: «La adjudicación de un inmueble —que, en cualquier caso, no tiene la consideración de vivienda familiar— privativo de uno de los miembros de la pareja al otro, no existiendo ninguna causa —por ejemplo, atribución en virtud de compensación económica por razón de trabajo o de prestación alimenticia— que la justifique, constituye una transmisión ajena al procedimiento de liquidación de la situación económica establecida durante

la convivencia y ajena también al procedimiento de división de bienes comunes, y debe ser objeto de un negocio dispositivo independiente, en el cual concurren todos los elementos y todos los requisitos necesarios para su validez y eficacia» (FD 3.2).

COMENTARIO: En el negocio jurídico en cuestión, nos hallaríamos ante una falta de causa a la que sería aplicable el art. 1275 CC, que lo sanciona con la ineficacia. No pudiendo tener en cuenta el documento no presentado ante el Registrador para su calificación, se desconoce si el negocio es gratuito u oneroso y, en este último caso, la contraprestación de la otra parte. Pese a que el art. 1277 disponga que, aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, lo cierto es que es doctrina consolidada de la DGRN que para la inscripción de cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente la causa onerosa o gratuita que lo determine, ya que es el único medio para que el Registrador, al calificar, tenga en cuenta los requisitos de capacidad y forma que exige la ley (resoluciones de 15 de marzo de 1999, de 20 de febrero de 2003 y de 10 de marzo de 2004, entre las más recientes).

PODER PREVENTIVO

El contrato celebrado por el apoderado sin autorización judicial cuando el poderdante la ha excluido con carácter general en el poder preventivo es inscribible en el Registro de la Propiedad

Resolución JUS/2614/2016, de 25 de octubre (DOGC de 28 de noviembre de 2016)

RESUMEN: Se otorga una escritura de cesión en pago de deudas en que el cedente está representado por sus dos hijos en virtud de un poder preventivo en el que se fijaba su eficacia desde su otorgamiento y se excluía expresamente la autorización judicial para todos los actos transcritos, entre los que queda incluido el contrato celebrado.

El Registrador de la Propiedad suspende la inscripción de la cesión por entender que de los arts. 222-2 y 222-46.2 CCCat resulta que los actos del apoderado realizados sin autorización judicial son anulables a instancia del tutor después de que se haya constituido la tutela, a instancia del poderdante o a instancia de sus herederos, según los casos. Además, considera que «el carácter “definitivo” de los “pronunciamientos derivados de la inscripción” impide la inscripción de los actos anulables y de que la posible anulación del acto de inscripción de la propiedad a favor del Banco supondría que renacieran las hipotecas» (las comillas altas figuran en la resolución).

La Notaria autorizante interpone recurso gubernativo y la DGDEJ lo estima y revoca la nota de calificación. Los fundamentos de Derecho se basan, por una parte, en el principio de libertad civil, que ampara la facultad de las personas de autorregular sus intereses particulares y que tiene su manifestación, entre otras, en la potestad de realizar determinados actos para configurar la propia tutela o la propia incapacidad, como es el caso de los poderes preventivos. Por otra parte, considera claro, con arreglo al art. 222-44.3, que, en este tipo de poderes, el poderdante, en uso de dicha libertad, puede excluir la necesidad de autorización judicial para los actos incluidos en el ámbito del poder. Añade la DG que «la norma del art. 222-46.2 [anulabilidad del acto realizado por el apoderado sin autorización judicial] es una norma general, mientras que la del art. 222-44.2 [suspensión que se refiere al art. 222-44.3, que faculta al poderdante para



excluir la autorización judicial] *es especial y, si se da el caso para el cual se ha previsto, ha de prevalecer la norma especial. Entre la autorización concreta establecida claramente por el particular interesado y la autorización abstracta puesta en manos del Juez por la ley, en este caso, por disposición de la ley, prevalece la autorización particular»* (FD 2.3). Por lo tanto, si el acto no requiere la autorización judicial, no será anulable por esta razón. Finalmente, admite que accedan al Registro de la Propiedad actos que puedan resultar ineficaces, ya que nunca puede descartarse un vicio del consentimiento o una rescisión por lesión, pero la función calificadora del Registrador no puede justificar un juicio de valor sobre una hipotética causa de anulabilidad que no se desprende de la dicción clara y literal de la ley.

COMENTARIO: La redacción del art. 222-46 presta a confusión. El art. 222-46.1 dispone que los actos realizados por el «tutor» o por el «administrador patrimonial, sin autorización judicial, cuando sea necesaria», son anulables a instancia del nuevo tutor o, en su defecto, de las personas legalmente obligadas a constituir la tutela y del propio tutelado o sus herederos. En cambio, en el apdo. 2.º, dice que los actos celebrados por el «apoderado preventivo, sin autorización judicial», son anulables a instancia del tutor o del poderdante o de sus herederos. Salta a la vista que en el apdo. 2.º falta la precisión «cuando sea necesaria» (la autorización judicial), lo que podría llevar a la conclusión, por comparación con el apdo. 1.º, de que los actos realizados por el apoderado *siempre* son anulables, aunque no sea necesaria la autorización judicial (que, al parecer, es lo que interpreta el Registrador de la Propiedad). Esta diferencia podría haber llevado al legislador a regular el régimen aplicable al tutor y al apoderado en dos apartados distintos. Este régimen diferenciado entre tutor y apoderado podría tener su fundamento en que la actuación del tutor está sujeta al control judicial, aunque se trate de un acto que se pueda realizar sin la autorización del Juez, mientras que la actuación del apoderado, especialmente si la tutela no está constituida, como será en la mayoría de los casos, escapa a dicho control y podría perjudicar gravemente al poderdante.

Sin embargo, dudo que sea esta la intención del legislador, fundamentalmente porque si hubiera querido que los actos realizados por el apoderado sin autorización judicial, pese a no ser necesaria, pudiesen ser anulados en caso de que fueran perjudiciales para el poderdante, lo habría establecido claramente. Difícilmente puede sostenerse que el ordenamiento jurídico sancione con la nulidad actos que cumplen todos los requisitos de validez. También puede alegarse que el art. 222-46 diferencia entre los supuestos del tutor (apdo. 1.º) y los del apoderado preventivo (apdo. 2.º), no porque la causa de la anulabilidad sea diferente, sino porque lo que varían son las personas que pueden ejercitar la acción. Por lo tanto, entiendo que el apdo. 2.º del art. 222-46 es aplicable en caso de que el acto se haya otorgado sin autorización judicial, solo cuando esta fuese necesaria, y que este precepto no debe impedir la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Vinculación *ob rem*. Se admite la vinculación *ob rem* entre un elemento privativo de una propiedad horizontal y un elemento común de uso privativo de dicho departamento para preservar la legalidad urbanística

Resolución JUS/1857/2016, de 21 de junio (DOGC de 2 de agosto de 2016)

RESUMEN: Se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia por la que se pide la vinculación *ob rem* de dos fincas, requisito

exigido por la normativa urbanística (en concreto, por el Plan Director Urbanístico de las construcciones agrícolas tradicionales de las Tierras del Ebro, en adelante PDU) para construir una de dichas construcciones, denominada *maset*, en una de dichas fincas. El problema, puesto de manifiesto por el Registrador de la Propiedad, radica en que ambas fincas, aunque son dos parcelas catastrales distintas, forman parte de una única finca registral, si bien dividida en régimen de propiedad horizontal, pretendiéndose la vinculación entre una vivienda que es elemento privativo y el terreno, que es elemento común de uso privativo de dicha vivienda. También alega que el PDU exige que el solicitante tenga su domicilio habitual dentro del ámbito del PDU o municipios limítrofes, cuando de la instancia resulta que no es así.

La DGDEJ estima el recurso y revoca la nota, afirmando que «a pesar de la aparente duplicidad y superposición de vinculaciones, hay razones de utilidad jurídica que deben permitir la vinculación solicitada, y ello aunque sea entre el elemento privativo y el elemento común de goce y disfrute exclusivo de dicho elemento privativo. En los mismos términos deberíamos concluir que es posible la vinculación *ob rem* de una parcela catastral a otra, a pesar de estar integradas en una sola finca registral, de forma que debería permitir a la Administración un mayor control sobre hipotéticas segregaciones futuras» (FD 3.4). La utilidad jurídica referida estriba, a juicio de la DG, en que, con la vinculación, la Administración garantiza que podrá preservar la legalidad urbanística en el caso hipotético de que, una vez obtenida la licencia y construido el nuevo *maset*, la comunidad de propietarios alterara el régimen de los elementos comunes. Añade la DG que dicho negocio jurídico de vinculación, por su trascendencia en relación con las facultades de disposición del propietario y por su eficacia frente a terceros, debería constar en documento público en el que se determinase claramente las fincas registrales a las que se circunscribe la vinculación, sin que parezca suficiente reseñar las fincas catastrales; sin embargo, no toma en consideración dichas cuestiones, al no haber sido planteadas en la nota de calificación.

Finalmente, en lo que respecta al domicilio del interesado, considera que no es relevante, puesto que, al tratarse de una licencia urbanística, todos los requisitos son de naturaleza real, siendo competencia de la Administración —y no del Registrador— la comprobación de su cumplimiento al conceder o denegar la licencia, según se den o no las condiciones establecidas en el PDU.

COMENTARIO: La DGDEJ ha tenido ocasión de tratar las vinculaciones *ob rem* en otras dos ocasiones. En la Resolución de 22 de julio de 2010 resolvió, en la línea de la precisión que indica la que comentamos, que una instancia privada no es título adecuado para proceder a la vinculación, que es un acto que tiene efectos parecidos al de una agrupación de fincas, por lo que debe formalizarse en escritura pública en que se describan adecuadamente las fincas, con sus datos registrales y con el contenido previsto por el plan urbanístico. En la presente resolución, rebaja los requisitos materiales, pues no considera necesario que las fincas vinculadas sean fincas registrales independientes, bastando que sean parcelas catastrales distintas y que sean identificadas con sus datos catastrales. Posiblemente no se pueda extender esta conclusión con carácter general, sino únicamente cuando la vinculación *ob rem* venga exigida por la legislación urbanística.

En la más reciente Resolución de 2 de julio de 2014, se vinculaban dos elementos privativos integrantes de dos edificios distintos constituidos en régimen de propiedad horizontal. La DG resolvió que no era necesario el consentimiento de las respectivas comunidades,

pues no se estaba ante una modificación del título constitutivo, sino ante una limitación de las facultades dispositivas del propietario de los mismos que no afectaba a la comunidad. *A contrario sensu*, cabe preguntarse si en el caso objeto de la presente resolución sería exigible el consentimiento de la comunidad, ya que uno de los elementos vinculados es un elemento común, o si, aun tratándose de un único propietario, como parece, debería exigirse al menos la modificación del título constitutivo de la comunidad, para dar cumplimiento al art. 553-9.1, letra b) CCCat, que exige que en el título constitutivo consten las vinculaciones entre elementos de la comunidad.

La Junta de Propietarios puede acordar el devengo de un recargo y de intereses de demora sobre las cuotas impagadas

Resolución JUS/2216/2016, de 14 de septiembre (DOGC de 10 de octubre de 2016)

RESUMEN: La Junta de Propietarios, con el voto favorable de todos los asistentes y sin ninguna oposición por parte de los ausentes en el plazo legal, acuerda el devengo de un recargo y de intereses de demora al tipo del 10 % anual sobre las cuotas de la comunidad impagadas. Presentada la escritura de modificación de estatutos en el Registro de la Propiedad, la Registradora deniega la inscripción, alegando que dicho acuerdo queda fuera de los límites legales y que la obligación de pago no se puede alterar con efectos frente a terceros fuera de los límites que la misma ley determina.

La DGDEJ estima el recurso y revoca la nota de calificación de la Registradora. Para ello se basa en el principio de libertad civil del art. 111-6 y en la ausencia de norma imperativa alguna que prohíba que la Junta pueda tomar dicho acuerdo. Además, el art. 553-4.4 dispone que los créditos de la comunidad frente a los propietarios devengan intereses desde el momento en que tiene que hacerse efectivo el pago, y el art. 553-11.1, letra c), que los estatutos pueden contener reglas sobre el cumplimiento de las obligaciones. Adicionalmente, argumenta la DG que: 1) el recargo no recae sobre la cuota, sino sobre la deuda; 2) no son extrañas a nuestro ordenamiento jurídico las figuras de la cláusula penal ni de los intereses de demora; 3) determinar si la penalización es excesivamente gravosa para el propietario no corresponde al Registrador, sino a los tribunales, y 4) tampoco crea indefensión a los propietarios, ya que todos han aceptado su inclusión en los estatutos.

COMENTARIO: De la exposición de hechos de la resolución, parece que uno de los argumentos principales que alega la Registradora para no admitir el pacto estatutario que examinamos es el derivado de la afección real que establece el art. 553-5.1 de los elementos privativos en relación con los importes que adeuden los propietarios por razón de los gastos comunes y el fondo de reserva. De alguna manera, excedería la previsión legal la interpretación de que tal afección real pudiera extenderse a supuestos distintos de los legalmente previstos por afectar a terceros; en particular, la Registradora alega que «*vista la naturaleza de la cuota de participación como manifestación del derecho de propiedades de los arts. 552-1, 553-3 y 553-4, no resulta que la citada obligación real se pueda alterar con efectos reales, frente a terceros, fuera de los límites que la misma ley determina*». Sin embargo, como bien señala la DG, la cláusula penal y los intereses de demora acordados no recaen sobre la cuota, sino sobre la deuda, mientras que los preceptos citados por la Registradora hacen referencia solamente a la cuota; en cambio, el art. 553-5 establece la afección real no sobre las cuotas, sino sobre los importes que deben los titulares por razón de gastos comunes, ordinarios y extraordinarios, sin especificar su origen: si la Junta puede acordar un gasto extraordinario cuyo impago genere una deuda que produzca la afección

real del elemento privativo, no hay razón para que dicha consecuencia no pueda derivarse de un recargo por falta de pago de las cuotas. En todo caso, ni de los preceptos citados por la Registradora ni del art. 553-5 resulta ninguna limitación para la adopción de acuerdos como el que examina esta resolución.

Es suficiente la mayoría simple para adoptar un acuerdo simplemente ratificatorio de otro anterior, válidamente adoptado, aunque este requiriera una mayoría cualificada y pese a que algunos propietarios que votaron a favor del primer acuerdo cambiaran su sentido de voto en el segundo

Resolución JUS/2448/2016, de 25 de octubre (DOGC de 10 de octubre de 2016)

RESUMEN: La junta general extraordinaria de propietarios tomó, el 17 de marzo de 2015, el acuerdo de prohibir las actividades de tipo turístico en los elementos privativos. El acuerdo fue tomado por unanimidad de los propietarios presentes y sin oposición de los ausentes. Con posterioridad a la elevación a público de dicho acuerdo, se expide un segundo certificado de la comunidad, de fecha 25 de mayo de 2016, en el que, a los efectos de subsanar el anterior certificado, figura la lista de propietarios que asistieron a dicha junta y en el que consta la celebración de una segunda junta general extraordinaria, el día 1 de marzo de 2016, en la que se ratificó el acuerdo de 17 de marzo de 2015, aunque esta vez con el voto en contra de un propietario y la abstención de otro (ambos habían estado presentes y habían votado a favor del acuerdo en la primera junta), y sin la oposición de los propietarios ausentes.

Presentados en el Registro de la Propiedad copia auténtica de la mencionada escritura y el certificado de 25 de mayo de 2016 con las firmas legitimadas, la Registradora suspende la inscripción por faltar el consentimiento del propietario que se ha opuesto al acuerdo, con base en que las limitaciones de las facultades dominicales deben interpretarse restrictivamente a numerosas sentencias del TSJC y del TS y resoluciones de la DGDEJ y de la DGRN, y en que debe prevalecer el consentimiento expreso exigido por el art. 553-25.4 CCCat frente al sistema de mayoría presunta del art. 553-26.2. En el informe alega que, aunque se aplicara el art. 553-25.4 en su nueva redacción tras la Ley 15/2015, de 13 de mayo, debe interpretarse en el sentido de que el consentimiento de los propietarios afectados debe exigirse no solo en los acuerdos que limiten las facultades de uso y disfrute de elementos comunes, sino también en los que lo hagan sobre los elementos privativos. Entiende también vulnerado el art. 20 LH, que establece el principio de tracto sucesivo, que obliga a la intervención del titular registral en cualquier acto o negocio jurídico que afecte a los derechos que ostenta sobre la finca.

La DGDEJ estima el recurso presentado por la comunidad de propietarios y revoca la nota de calificación. Después de rechazar la cita de interpretaciones del TS y de la DGRN relativas a una normativa, la Ley de Propiedad Horizontal española de 21 de julio de 1960, cuya aplicación cede frente a la del CCCat y a la de los principios que lo informan, entra a analizar si la nueva redacción del art. 553-25.4 es aplicable al caso que nos ocupa. La conclusión es que sí es aplicable en relación con la segunda junta, celebrada después de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, pero no con la primera, celebrada antes, con la precisión de que la ley aplicable es la vigente en el momento de adopción del acuerdo, que debe coincidir con el final del plazo de que disponen los propietarios ausentes para oponerse a él, es decir, un mes desde la notificación de los acuerdos tomados por los propietarios presentes o representados en la junta (art. 553-26.3).



A continuación, se plantea la virtualidad del acuerdo adoptado por la segunda junta. La DG entiende que «este acuerdo de ratificación, en sí, viene a ser una renovación de la voluntad colectiva de cumplir el acuerdo anterior y no es un nuevo acuerdo sobre la misma materia, ya que este supuesto nuevo acuerdo exigiría requisitos de convocatoria y de elevación a público que, en nuestro caso, no se habrían cumplido. Por lo tanto, el quórum de ratificación del acuerdo es el del artículo 553-25.2, en la redacción vigente en la fecha de la segunda reunión: la mayoría simple de los propietarios que represente la mayoría simple de sus cuotas de participación, con la condición de que esta ratificación no añada ni modifique nada del acuerdo anteriormente adoptado» (FD 2.4). Y, acerca del cambio de criterio de los propietarios que en el segundo acuerdo votaron en contra o se abstuvieron, cuando en el primero habían votado a favor, la DG señala que no se puede hacer valer dicho cambio de criterio por ir contra el principio del art. 111-8 (doctrina de los actos propios), «dado que, en la anterior junta, su anterior criterio contribuyó a formar la voluntad colectiva de modificar los estatutos para introducir la limitación de uso relativa a alojamientos turísticos. Y, formada la voluntad colectiva a través de la adopción del correspondiente acuerdo, solo un segundo acuerdo modificativo del anterior, adoptado en forma, podría dejarlo sin efecto» (FD 2.4). Y es en la formación de dicha voluntad en la junta cuando deben ponderarse los diferentes intereses en juego y, en particular, el justo equilibrio entre el principio de vinculación de los propietarios de los elementos privativos en las normas estatutarias que prohíben determinadas actividades y la vocación del ejercicio del derecho de propiedad con el máximo alcance posible, enmarcado en un contexto de su ejercicio con una función social. Estas circunstancias de hecho escapan a la calificación de la Registradora y su hipotética lesión a los intereses particulares solo es apreciable en sede judicial.

Por lo tanto, fijada la voluntad colectiva en la primera junta, la de 15 de marzo de 2015, y habiéndose tomado el acuerdo por el 100 % del coeficiente de propiedad, se cumplen los requisitos del art. 553-25.4 en la redacción anterior a la Ley 5/2015, sin necesidad de aplicar la nueva norma, que no es aplicable por ser posterior a la fecha de adopción del primer acuerdo.

COMENTARIO: En un nuevo episodio del reiterado tema de la prohibición de usos turísticos por parte de la Junta de Propietarios, la especificidad del supuesto le priva del interés general que suscitara, por ejemplo, el caso de la limitación de usos turísticos en los elementos privativos con un acuerdo adoptado después de la reforma del art. 553-25.4. La Registradora de la Propiedad ya apunta en su informe que, a su entender, el nuevo precepto no altera el régimen anterior sobre la cuestión (es decir, se requiere inexcusablemente el consentimiento del propietario o propietarios afectados), punto de vista que no comparto, como ya he expuesto en otra ocasión (véase *RJC*, n.º 1/2016, p. 231). Pero la DG no entra en la cuestión, ya que el acuerdo que hace valer fue adoptado antes de la reforma. No obstante, si el de la Registradora no es un criterio aislado, tendremos ocasión de asistir al debate sobre un tema que creo del mayor interés.

Por lo demás, la resolución aplica la doctrina de los actos propios al cambio de sentido del voto entre dos votaciones sobre la misma cuestión y el requisito de mayoría simple para el acuerdo simplemente ratificatorio de otro anterior, todo ello de forma acertada, a mi juicio. Posiblemente, reforzaría este último criterio con la aplicación a los acuerdos simplemente ratificatorios de la letra f) del art. 553-25.2, que exige solamente la mayoría simple de los propietarios y de las cuotas para los acuerdos que no tengan fijada una mayoría diferente para adoptarlos.

SERVIDUMBRE

Renuncia a un derecho real de servidumbre. La renuncia al derecho de servidumbre puede realizarse de forma unilateral por el propietario del predio dominante, sin necesidad del consentimiento del propietario del predio sirviente

Resolución JUS/3150/2015, de 17 de diciembre (DOGC 14 de marzo de 2016)

RESUMEN: En julio de 2015 se otorga una escritura de renuncia unilateral a un derecho de servidumbre, efectuada por los propietarios de los predios dominantes. La servidumbre consistía en el uso de una zona comunitaria de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. Al parecer, en el título constitutivo de esta, se preveía que dicho edificio formaría parte de un conjunto residencial en el que se integrarían viviendas de otros edificios por construir, pero, al no estar constituida la propiedad horizontal compleja, se constituyó una servidumbre a favor de los propietarios de viviendas de dichos edificios futuros, que se constituyeron como propiedades horizontales simples e independientes unas de otras. Los renunciantes son algunos de los propietarios de viviendas de estos edificios y notifican la renuncia a la Administradora de la comunidad de propietarios sobre el predio sirviente.

El Registrador de la Propiedad suspende la inscripción por falta del acuerdo de la Junta de Propietarios aceptando la renuncia, ya que la extinción de dicha servidumbre comporta un aumento para la comunidad de los gastos de mantenimiento y conservación. En su informe, el Registrador añade que la renuncia comporta una modificación unilateral del título de constitución de la propiedad horizontal, ya que «la servidumbre se ejerce sobre una zona comunitaria del edificio predio sirviente y que consta en la división horizontal del edificio predio sirviente y en la del edificio del predio dominante que los gastos de la piscina y zona de insolación se tienen que satisfacer por todos los propietarios, sin que el hecho de que no se haya completado la totalidad de las viviendas previstas, ni se haya aprobado el reglamento a que hacía referencia la constitución de servidumbre, ni se haya adaptado la normativa urbanística para hacerlo sea motivo para la modificación». La DG aclara (RH V) que, tanto registralmente como urbanística y físicamente, se trata de fincas separadas e independientes.

La DGDEJ estima el recurso presentado por los interesados. Después de examinar diversas cuestiones formales a propósito de la tramitación del expediente —el Registrador no había dado traslado del recurso al Notario autorizante e incluyó en el informe argumentos que no había manifestado en la nota de calificación—, considera admisible la renuncia unilateral como causa de extinción del derecho real de servidumbre, con base en el art. 532-4 CCCat —por remisión del art. 566-11.1—, que regula la renuncia de los titulares como causa general de extinción de los derechos reales, siempre que sea «unilateral y espontánea, es decir, no es renuncia la traslativa, que no extingue el derecho, ni la bilateral, que hay que reconducir a otras figuras jurídicas, como puede ser el caso de la redención. La renuncia es un negocio de disposición, pero no necesita, a priori, ni el conocimiento ni el consentimiento de otras personas, ni siquiera de las que puedan resultar favorecidas» (FD 2.1). En la Resolución JUS/975/2015, de 21 de abril, ya afirmó que la renuncia a los derechos reales de usufructo o servidumbre es inscribible sin necesidad del consentimiento del titular del dominio. En el caso que nos ocupa, el derecho de uso se instrumentaliza a través de la constitución de una servidumbre, y no a través de una norma de comunidad: «Tenemos que concluir que, en el caso presente, no nos encontramos ante un supuesto en que una

persona, propietaria de un elemento privativo de una propiedad horizontal, renuncia a usar unas instalaciones o servicios comunes para no satisfacer los gastos [...], [sino] ante el supuesto en que unas personas, propietarias de unas viviendas que son predios dominantes en una servidumbre que grava un predio sirviente, renuncian unilateralmente a su derecho de servidumbre» (FD 3.6).

COMENTARIO: Una vez determinado en el presente supuesto de hecho que el objeto de la renuncia no es un derecho de uso dimanante del régimen de propiedad horizontal, sino del derecho real de servidumbre, lo que interesa destacar de esta resolución es la no necesidad del consentimiento del propietario del predio sirviente para que sea inscribible la renuncia unilateral y gratuita de los propietarios de los predios dominantes. En la reciente RDGDEJ de 21 de abril de 2015, ya citada, en un supuesto de renuncia a un derecho de aprovechamiento por turnos, exigió el consentimiento de los copropietarios a quienes legalmente acrecería la cuota, pero no para inscribir la renuncia, sino para inscribir dicho acrecimiento, sobre la base de los principios de rogación registral y de que nadie puede ser obligado a adquirir un derecho contra su voluntad, especialmente cuando dicha adquisición le puede perjudicar por suponer un incremento de los gastos y tributos que deba satisfacer el adquirente. En el caso de los derechos reales limitativos del dominio, por el contrario y por definición, el beneficiario de la renuncia unilateral no adquiere ningún derecho, por lo que, aunque le pueda reportar un perjuicio, este queda compensado con el beneficio que le supone la renuncia y, en cualquier caso, no debe practicarse inscripción alguna a su favor. Requerir su consentimiento equivaldría a privar de eficacia a la renuncia unilateral y espontánea, recogida como causa de extinción de los derechos reales en el art. 532-4.1.

VIVIENDA FAMILIAR

Atribución del uso de la vivienda familiar. La inscripción de la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores y a uno de los progenitores requiere la fijación de forma clara de un plazo máximo de duración

Resolución JUS/1856/2016, de 21 de junio (DOGC de 2 de agosto de 2016)

RESUMEN: Se presenta para su inscripción una sentencia dictada en un procedimiento de guardia y custodia en que se atribuye el uso

de la vivienda familiar a los hijos menores y a la madre, sin especificar el plazo de dicho derecho, ni vincularse a la minoría de edad de los hijos. El Registrador de la Propiedad considera que ello infringe el art. 233-20 CCCat y el principio de especialidad, que exige la determinación de los derechos que pretenden acceder al Registro de la Propiedad. La recurrente entiende que de los términos de la sentencia se sobreentiende que la duración del derecho de uso es por todo el tiempo que dure la guarda de la madre sobre los hijos menores de edad, según resulta de la expresión «bajo cuya custodia quedan».

La DGDEJ confirma la nota de calificación, pues considera que dicha expresión no es suficiente y no equivale a «mientras dure la custodia». Y añade: «En cualquier caso, la fecha de extinción o el plazo de duración del derecho de uso de la vivienda tiene que resultar de forma clara, aunque sea a través de la utilización de unos términos que permitan la aplicación mecánica del plazo legal, y no puede ser objeto de una interpretación de un redactado poco claro» (FD 1.5). En cuanto a la aplicación del principio de especialidad, declara que «el hecho de que sea un derecho de carácter familiar no tiene que servir de base para ninguna excepción, porque de lo que se trata es de que este derecho a usar un inmueble para habitarlo pueda tener eficacia no frente a los cónyuges, sino frente a terceras personas que no han sido parte en el proceso matrimonial» (FD 2.2).

COMENTARIO: En el presente supuesto se plantea únicamente una cuestión de interpretación de la sentencia, ya que ambas partes admiten que el derecho de uso de la vivienda, sea cual sea su naturaleza jurídica, no puede tener carácter indefinido. El art. 233-20 CCCat exige claramente que se exprese la duración del derecho de uso en los casos de los apdos. 3.º y 4.º («Debe hacerse con carácter temporal», dice el apdo. 5.º). En cambio, la norma aplicada a este supuesto es la del apdo. 2.º: «Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta». En la sentencia comentada no se contiene esta última expresión, aunque la parte recurrente entiende que la duración queda determinada por el solo hecho de que el Juez atribuya el uso de la vivienda familiar al progenitor que tenga la guarda de los hijos menores y por el plazo de duración de la minoría de edad, interpretación que tampoco sería descabellada y que no pone en duda la aplicación del principio de especialidad.

Recensión bibliográfica

Por David López Jiménez

Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla

Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos

Acreditado a Profesor Titular de Universidad

“Derecho Privado Romano”

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

Ed. Iustel, 9.ª ed., Madrid, 2016, 605 p.

Durante el siglo XX hemos sido testigos de una destacada producción literaria en el ámbito del Derecho Privado romano. En este sentido, y por lo que respecta al ámbito universitario español, podríamos citar, junto con la que aquí se recensiona, sin ánimo agotador, las obras de Arias Ramos-Arias Bonet, D’Ors, Fuenteseca, García Garrido, Iglesias, Miquel, Torrent o Valiño. Todos ellos, qué duda cabe, han sido de utilidad, tanto en materia docente como de investigación, redundando, en última instancia y de forma decisiva, en toda la comunidad académica y, por ende, en el alumno. Cada uno de los textos apuntados aporta visiones, metodologías y contenidos plurales y enriquecedores, que suponen un avance en el conocimiento del Derecho Privado y, con ello, del ámbito jurídico en un sentido amplio.

Con carácter general, las obras referidas permiten que el estudiante de primer año de Licenciatura (modernamente llamada Grado) asimile los conceptos y categorías esenciales del Derecho que, sin duda, están en el Derecho romano, y tome, al mismo tiempo, un primer contacto con las Ciencias Jurídicas, que, a diferencia de otras ramas del saber (Física, Química, Matemáticas o Historia), no tienen un espacio propio en los estudios previos al ingreso en la Universidad, por lo que se hace imprescindible un aprendizaje de los dichos conceptos y categorías jurídicas esenciales.

Hay que llamar la atención acerca de que la entrada en vigor del denominado Plan Bolonia no ha sido, a mi entender, afortunada ni para la formación del futuro Jurista (por la reducción desmesurada de los planes de estudios y, con ello, todo hay que decirlo, de su bagaje jurídico), ni por los perniciosos efectos que conlleva respecto de algunas asignaturas. Tal es el caso del Derecho romano, ya que se disminuye de manera sensible su número de horas (para un examen de los planes de estudios jurídicos en épocas pretéritas hasta fecha de hoy, debe acudir a Federico Fernández de Buján, *La reforma de los estudios de Derecho. El nuevo plan de estudios: su valoración y análisis histórico y comparado*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992). En esta línea, se ha llegado a hablar de la crisis del Derecho romano (como se han hecho otras manifestaciones igualmente criticables), lo que debe vincularse, en gran parte, con la etapa codificadora, que es cuando la disciplina romanista desaparece como Derecho susceptible de aplicación, pasando a ser una reputada asignatura histórica.





Bibliografía

No cabe duda que, en efecto, el Derecho romano está indefectiblemente vinculado a la historia, pero tal obviedad no debe servir de fundamento para negar las estrechas relaciones que mantiene con el Derecho Privado actual, al que sigue prestando su base dogmática y, por lo tanto, su estudio aún sigue representando un notable beneficio (así, entre otros, Antonio Fernández de Buján, «Clasicidad y utilidad de los estudios de Derecho romano», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 6, 1987). Quizás, para mitigar estos nocivos efectos, podría recurrirse a implementar una asignatura (en los planes de estudios de Grado) relativa a los fundamentos del Derecho europeo, para cuya explicación habría que conocer, con carácter previo, el ordenamiento jurídico romano.

El manual del Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján, dedicado a su hermano Federico (que, conviene destacar, es un reconocido romanista de la UNED), se erige en una obra de absoluta referencia por diversos motivos que pasamos a exponer de manera sucinta. Antes, esbozaremos, en todo caso, de forma breve, su amplia y fecunda biografía, para tomar conciencia de la relevancia del autor.

Es Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid y autor de más de 250 artículos científicos y 20 libros, lo que, con base en dicha trayectoria investigadora, le ha supuesto el reconocimiento de seis sexenios de investigación (el máximo posible). Igualmente, es Director de la *Revista General de Derecho Romano*, editada por Iustel –indexada, entre otras bases de datos, en Latindex, Carhus (grupo B) y Circ (con valor superior a D)–, y de la colección de monografías de Derecho romano de la editorial Dykinson. Asimismo, es, entre otros muchos méritos, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación; Vocal de la Comisión General de Codificación, y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Plovdiv (Bulgaria). Ostenta, por su encomiable labor de Jurista, las más altas condecoraciones, entre las que pueden enumerarse las siguientes: la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort (concedida por el Ministerio de Justicia); la Medalla Castelao (otorgada por la Xunta de Galicia); la Encomienda con Placa de la Real Orden Civil de Alfonso X el Sabio, y la Medalla de Oro del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia. Quiero, en sede de biografía del autor, destacar que se trata del máximo especialista, a nivel nacional e internacional, en materia de jurisdicción voluntaria, como delatan sus múltiples publicaciones paradigmáticas sobre la materia. De hecho, y así fue reconocido en sede parlamentaria al aprobarse la vigente Ley de Jurisdicción Voluntaria, es, sin duda, la Autoridad en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Como él mismo determina en la obra que aquí se recensionará, «la disparidad de criterios doctrinales hacen que la jurisdicción voluntaria sea una materia incierta y discutida en su función, en su finalidad y hasta en su denominación».

Que una obra preferentemente dirigida al alumnado universitario adquiera éxito editorial de una manera tan notable y rápida pone de manifiesto muchos aspectos

Que una obra preferentemente dirigida al alumnado universitario adquiera éxito editorial de una manera tan notable y rápida pone de manifiesto muchos aspectos (repárese, en este sentido, que la obra *Derecho Privado Romano* ya ha alcanzado la 9.ª edición, y, por

su parte, *Derecho Público Romano* acumula 19 ediciones). Entre sus aspectos novedosos, cabe destacar, sin ánimo agotador, la enorme aceptación y arraigo por parte de los destinatarios a los que se dirige y su permanente actualización (en varios apartados, pues tal actualización incluye no solo la bibliografía, sino también los contenidos). El libro del Prof. Fernández de Buján, ampliamente reconocido en el espacio europeo y en el latinoamericano, es una obra abierta, lo que en modo alguno merece un juicio de reproche (es objeto de ampliación en cada nueva edición que periódicamente ve la luz). En efecto, el hecho de que reste incorporar algunos aspectos, como «los contratos en particular» (sin perjuicio de que, con buen criterio, se traten de manera independiente los contratos verbales, literales, consensuales y el de sociedad), «los delitos», «los cuasidelitos» y «el derecho hereditario», no impide constatar su alta calidad, ya que se trata, como se adelantó, de una obra académica en permanente actualización –lo que podría *a priori* resultar contradictorio para algunos (que, deliberadamente, incurrirían en error), habida cuenta de que nos hallamos ante una disciplina marcadamente histórica.

El libro del Prof. Fernández de Buján, ampliamente reconocido en el espacio europeo y en el latinoamericano, es una obra abierta, lo que en modo alguno merece un juicio de reproche

Ya con su actual contenido, estamos ante una obra de absoluta referencia en el siglo XXI, sugerente y necesaria para todo Jurista (y no solo los más afines a la disciplina romanista) que opte por tomar conciencia de la incidencia que el Derecho romano ha protagonizado en el sistema jurídico occidental. De hecho, considero que el contenido presente en la obra que se comenta resulta útil para cualquier Jurista que persiga formarse sobre los orígenes de cualquier institución de Derecho Privado. En este sentido, debe señalarse, como es bien sabido, que el antecedente del actual Derecho es, precisamente, el Derecho romano. Podríamos, a este respecto, enumerar un notable elenco de supuestos sobre el particular. Así, por ejemplo, en las últimas leyes del Derecho catalán (entre otros, el Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en sede del Preámbulo), pueden observarse referencias explícitas al Derecho romano. También es patente en el Código Europeo de Contratos, que tiene como objeto superar las diferencias de los diversos ordenamientos comunitarios para alcanzar una eficacia real. Repárese, dentro de este orden de cuestiones, que el Derecho romano ha desempeñado el trascendental papel de ser el Derecho común europeo desde el siglo XII hasta casi el siglo XX. Y todo cuanto se manifiesta también es extrapolable al contexto latinoamericano, pues en tal espacio el Derecho romano es un elemento básico por su incidencia en las diferentes codificaciones existentes (así, Antonio Fernández de Buján, «Derecho romano y sistema jurídico iberoamericano», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, Ed. Civitas, Madrid, 1996).

Son muchas las bondades inherentes a la obra del Prof. Fernández de Buján. Entre ellas, cabe destacar, en primer término, la equivalencia o correspondencia que el autor hace entre el Derecho romano y el Derecho Civil, citando, cuando resulta procedente, un buen número de artículos del Código Civil actual, de 1889. Esta relación, acertada y necesaria por sus bondades, se acomete con extraordina-



ria avidez y sutileza, sobre todo a propósito de aquellos aspectos del Derecho romano que han tenido incidencia en el Derecho Privado actual (aunque dentro de dicha materia podríamos enumerar numerosos temas, podemos reseñar, entre otros, el derecho de propiedad y los distintos derechos reales, y clasificación y fuentes de las obligaciones). De igual manera, parecen muy oportunos los elementos comparativos que se hacen respecto a otros códigos europeos.

Como apunta el autor, los códigos representan una evolución ciertamente compleja en la que, dicho sea de paso, se entrecruzan diversas influencias. Así, con respecto al texto que nos ocupa, el Código Civil, están presentes elementos de distinta índole: Derecho romano, germánico, canónico y otros. Todo ello pone de manifiesto que el Derecho romano sigue siendo fundamental para asimilar el Derecho actual. No debe obviarse que el Derecho romano supone trece siglos de experiencia, susceptible de aportar una completa formación jurídica dirigida al conocimiento del Derecho, pero también para su crítica, cuando sea procedente, y para, llegado el momento, su eventual reforma (el Jurista se libera de la visión legalista). La evolución inherente al Derecho puede comprenderse gracias al Derecho romano (la historia es, entre otras cosas, el nexo de unión entre pasado y presente). En definitiva, por los motivos enunciados y por otros conexos, podemos manifestar que la disciplina romanista se erige en un instrumento de formación jurídica general.

El Derecho romano fue el único que llegó al descubrimiento del Derecho Privado, conquista que representa hoy el patrimonio de todos los pueblos. Como determina Rudolf von Ihering (*El espíritu del Derecho romano*, Ed. Comares, Granada, 1998), la idea a la que el Derecho romano ha dado cuerpo es la de que todas las relaciones de Derecho Privado son relaciones de poder, la de que el poder de la voluntad es el prisma de la concepción del Derecho Privado y toda la teoría del Derecho Privado no tiene más misión que descubrir y determinar el elemento de libertad y poder en las relaciones de la vida. No en vano, conforma uno de los pilares centrales sobre el que se apoya el Derecho Privado nacional y europeo (Federico Fernández de Buján, «Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea», en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999). A este último respecto, repárese en el valor que el Derecho romano tiene para el Derecho Privado comunitario, pudiéndose afirmar, si me permiten la expresión, que este último se erige en el Derecho romano actual. Y es que, en efecto, una de las múltiples virtudes de esta obra estriba en relacionar el Derecho romano con el actual Código Civil español. Como apunta, en este orden de cuestiones, el propio autor, no hay un Derecho romano, como si fuese atemporal y abstracto, sino un Derecho romano que, como todo Derecho, estuvo en evolución.

La metodología empleada, en muchos aspectos, es pionera, digna de elogio y muy oportuna. Cabe aquí destacar las cuantiosas citas no solamente de autores propios del Derecho romano, sino también de reconocidos civilistas

La metodología empleada por el autor, en muchos aspectos, es pionera, digna de elogio y muy oportuna. Cabe aquí destacar las



cuantiosas citas doctrinales (en el cuerpo del texto) no solamente de los autores propios del Derecho romano (Savigny, Ihering, Fuentesecca y D'Ors, entre otros), sino también de reconocidos civilistas (valgan los ejemplos de Díez Picazo, José M.^a Miquel y Lacruz). De igual manera, no deben pasar desapercibidas las numerosas citas que realiza a propósito del Digesto. Puede, en consecuencia, afirmarse que el autor marca una novedosa tendencia, rompiendo, de este modo, con modelos decimonónicos que estaban ciertamente extendidos en el ámbito romanista. Asimismo, en línea con lo apuntado, las obras del destacado maestro, el Prof. Fernández de Buján, han sido recensionadas no solo por romanistas (entre otros, Luis Rodríguez Ennes y María Salazar Revuelta), sino también por civilistas (Iñigo Navarro Mendizábal) y otros prácticos del Derecho como reconocidos notarios (cabe, en este último sentido, citar al prestigioso Dr. Ángel Serrano de Nicolás).

Mención especial merece la estructura de la obra que nos ocupa. Se compone de treinta y cuatro magníficos y equilibrados capítulos. En este sentido, podemos advertir que se dedican a las siguientes materias: conceptos y dicotomías del *ius* –capítulo I–, en el que se estudian conceptos básicos del Derecho con carácter general; proceso y jurisdicción y diversas cuestiones conexas –capítulos II a VII–; la persona y algunas cuestiones vinculadas a la misma, como la distinción entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*, las causas modificativas de cada una de ellas y la persona jurídica –capítulos VIII a X–; Derecho de Familia –capítulos XI y XII–, en donde se examinan, entre otras materias, las uniones de hecho, el contubernio (uniones entre libres y esclavos) y el divorcio; negocio jurídico –capítulos XIII y XIV–, generalmente poco tratado en otros manuales de la disciplina, en el que incluye la categoría dogmática del mismo, la representación necesaria, voluntaria, indirecta y directa, así como la sustitución, y, finalmente, los derechos reales –capítulos XV a XXIV– y la teoría general de las obligaciones –capítulo XXV hasta el final–, abordando sugerentes cuestiones, como su clasificación o el incumplimiento de las obligaciones. La sistemática por la que opta el autor merece una doble apreciación. Por un lado, el hecho de que se incorpore un elenco de capítulos sobre Derecho Procesal aporta un sugerente examen de las alternativas, tanto judiciales como extrajudiciales, que existen para la tutela de los derechos. En segundo lugar, a efectos didácticos, resulta muy oportuna la vinculación que se efectúa de todo el Derecho de Familia con la persona; en suma, como es cono-



Bibliografía

cido, persona y familia constituyen dos elementos fundamentales de la vida romana. En sede final, se incorpora un índice analítico de notable utilidad, dado que el mismo, entre otros aspectos, permite localizar, de forma rápida y ordenada, cualquier categoría jurídica esencial vinculada con el Derecho Privado romano.

En el Derecho romano, se consideraba que a cada una de las partes le correspondía informarse y, en consecuencia, adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato

La 9.ª edición, publicada en septiembre de 2016, incorpora ciertas novedades dignas de reseña. En primer lugar, el capítulo III se amplía en virtud de un nuevo apartado rubricado «Abogacía y abogados». En el Digesto –Libro III, Título I, 1, 2–, Ulpiano se manifestó a propósito del término *abogar* como «*exponer en Derecho, ante el que ejerce jurisdicción, la pretensión propia, o la de un amigo, o contradecir la pretensión de otro*». Aunque, como acertadamente se manifiesta, tal actividad fue conocida y disciplinada por los diferentes ordenamientos jurídicos avanzados e influyentes (caso del asirio-babilónico, el egipcio, el judío y el griego), ninguno de ellos logró el nivel alcanzado por Roma en diversas facetas (desarrollo, madurez y perfección). De hecho, llegó a convertirse en una profesión cuyo régimen jurídico se posiciona en el paradigma tanto para la Abogacía europea como para las culturas de los demás continentes. En Roma, hay que tomar conciencia de que Derecho y política constituyen fenómenos interrelacionados a los que no es ajena la Abogacía, tan sensible a los cambios políticos, sociales y económicos que acontecen en la sociedad romana, que, como es conocido, está en constante expansión y desarrollo (Antonio Fernández de Buján, «El Abogado en Roma», en *Revista de Derecho Romano*, n.º 24, 2015). La figura que comentamos, desde sus orígenes hasta la actualidad, ha cumplido una importante función social. En segundo lugar, el capítulo X, dedicado al *status libertatis*, ha sido objeto de reducción a un único apartado (suprimiendo, a tal efecto, los subapartados presentes en las anteriores ediciones), del que se pueden extraer diversas sugerentes conclusiones que pasamos a enumerar. Como en todos los derechos antiguos, en el romano resulta vigente la distinción entre *libres* y *esclavos*. La esclavitud se erige en aquella institución en virtud de la cual un determinado individuo está en calidad de cosa perteneciente a otra, la cual, dicho sea de paso, podía disponer, de forma plena, del mismo (del mismo modo que de cualquier otro objeto de su patrimonio). Por decirlo en otras palabras, el esclavo está en una posición negativa respecto al hombre libre. En definitiva, podría manifestarse que nos hallamos ante personas que se encuentran en un estado de severa degradación jurídica. Igualmente, como el autor revela, los grandes pensadores griegos se plantearon las posibles razones, éticas y filosóficas, de la esclavitud. Ha de repararse que, en el Derecho romano, tuvieron una especial incidencia en la concepción de la esclavitud el estoicismo y el cristianismo. Lamentablemente, la esclavitud ha sido parte de la historia de la humanidad hasta hace relativamente poco tiempo, si bien imperan situaciones actuales que resultan susceptibles, en mayor o menor medida, de incardinarse en la misma; piénsese, por ejemplo, en la trata de seres humanos, el trabajo forzoso, el matrimonio forzoso y la venta de mujeres con fines de matrimonio. Pese a que la esclavitud, como

decimos, existió desde tiempos remotos, lo cierto es que la primera herramienta internacional que condenó tal deleznable práctica fue la Declaración de 1815 sobre la abolición universal de la trata de esclavos. Desde entonces, se han sucedido numerosos acuerdos internacionales, pudiéndose afirmar que, a pesar de lo inicialmente esperado, ninguno fue plenamente efectivo frente a tal lacra.

Especialmente sugerente, por lo que a los contenidos se refiere, resulta el capítulo VII, dedicado al arbitraje. En los primeros siglos de Roma, desempeña una función de primer orden, y, como afirma el autor, representa no solo un complemento o alternativa a la jurisdicción, sino que también se erige en un instrumento de resolución de controversias, más allá de la autodefensa o la autoayuda, por parte de un tercero imparcial elegido de común acuerdo por las partes interesadas. La institución arbitral, como pone de relieve Fernández de Buján, presenta orígenes remotos, pero su utilidad es indiscutible hasta nuestros días. De hecho, en este orden de cuestiones, el arbitraje ostenta un destacado papel a propósito de los sistemas de autorregulación en el ámbito del comercio electrónico y de la publicidad (no solo en España, sino también en el espacio comunitario e internacional), ideados hoy en día para, precisamente, resolver los conflictos que se suscitan entre consumidores y/o usuarios y empresarios que, voluntariamente, se adhieren a un código de conducta.

Los sistemas de autodisciplina, y lo que los mismos representan, están, en cierto sentido, vinculados con lo que se denomina *soft law* (cuya traducción, más o menos literal, podría ser *Derecho blando* o *suave*), en contraposición a la norma obligatoria aprobada por el legislador (*hard law* o, en términos latinos, *dura lex*). El Derecho suave siempre ha estado, en cierta medida, presente en los sistemas jurídicos. Es más, el Derecho romano conceptualizaba estas formas de regulación como *leges imperfectae*. A este respecto, debe apuntarse que las *leges rogatae*, que nacen de la colaboración entre magistrados (cónsules), comicios (por centurias) y Senado, ostentaban una serie de elementos, a saber: la *praescriptio* (mención del Magistrado que había tomado la iniciativa y datos sobre la asamblea comicial que había dado su aprobación), la *rogati* (contenido dispositivo de la norma) y la *sanctio* (determinación de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la norma). En este sentido, cuando la norma no presentaba *sanctio*, se hablaba de una *lex imperfecta*.

Nos encontramos ante una obra de indiscutible referencia no solo en materia de Derecho romano, sino también del Derecho Privado actual

Podríamos, sobre este particular, disponer que las normas derivadas de la autodisciplina de los agentes que en este sector de la industria interactúan pueden ser reputadas reglas deontológicas que delimitan la diligencia exigible en el cumplimiento de los deberes asumidos por un prestador de servicios. Asimismo, suponen un grado de diligencia más elevado de lo que otros prestadores de servicios de la sociedad de la información, no adheridos (voluntariamente) a un sistema de autodisciplina, pueden observar. Todo cuanto se plantea entronca con el estándar mercantil de diligencia del empresario. Ahora bien, para definir este sugerente concepto, centrado en el prestador de servicios de la sociedad de la información, habrá que apartarse del conocido modelo del denominado *buen padre de*



familia, contenido en el art. 1104 CC. El modelo del *buen padre de familia* podría encontrar su origen en el paterfamilias del Derecho romano, con ciertas diferencias (Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987). Puede, no obstante, manifestarse que el estándar de diligencia del empresario es precisamente la del *ordenado empresario*, naturalmente dentro del área en que efectúe su actividad (entre las que deben considerarse incluidas las telecomunicaciones en sentido amplio), que resulta superior a la predicable de lo que podría reputarse un ciudadano común o medio.

Entre la enorme variedad de aspectos abordados que pueden vincularse con la realidad actual, además del ya mencionado, especial consideración merece el formalismo, tratado a propósito del capítulo XIII. En palabras del autor: «*La afirmación, usual en determinados ámbitos, según la cual el Derecho romano habría sido un ordenamiento jurídico especialmente formalista es un tópico sin fundamento*». Y concluye que: «*Acaba caracterizándose precisamente por la prevalencia, en su sistema jurídico, de los negocios libres de forma*». Decía Castán que la forma es el medio en virtud del cual se produce y exterioriza la declaración de voluntad. Ihering, por su parte, afirmaba que el formalismo representa «*una etapa necesaria en la historia del desenvolvimiento del espíritu humano*». Otros autores, como Planiol, identificaron dos aspectos que coadyuvaron a que el Derecho romano perdiese su carácter formalista. Por un lado, las propias necesidades del comercio determinaron que sus actividades se acabasen acometiendo con cierta celeridad. Por otro, cuando la cultura avanzó, de manera sensible, la propia escritura permitió un medio de prueba que hacía inservibles las vetustas formas simbólicas. Si bien es cierto que el principio general en materia de Derecho Civil es la libertad de forma (principio espiritualista), de acuerdo con múltiples preceptos (como los 1254, 1258, 1261, 1278, 1279 y 1280 del CC), existen espacios, como el Derecho de Consumo, en que impera el formalismo. *Contrato* deriva del latín *contractum*, participio pasivo del verbo *contrahere*. A este respecto, determinó Roberto Ruggiero (*Istituzioni di Diritto Civile*, Ed. Messina, Milán, 1921) que *contractus* significaba para los romanos la relación que se constituye mediante el acuerdo y no el acuerdo mismo.

Así, en el supuesto de que se realice la contratación con consumidores, deben observarse determinadas formas especiales de celebración de los contratos. En este orden de cuestiones, por su interés, cabe detenerse en los deberes precontractuales de información. La admisión de los mismos, como una determinada categoría, obedece a una evolución tardía que está ligada a los cambios de carácter social, así como al objeto del comercio.

En el Derecho romano, se consideraba que a cada una de las partes le correspondía informarse y, en consecuencia, adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato. De hecho, de acuerdo con la máxima *cavete emptor* (que significa «*que se cuide el comprador*»), doctrina de la ley de la propiedad que manifiesta que la responsabilidad de una compra recae en el comprador, que deberá tomar las medidas convenientes para asegurarse previamente de la calidad de lo adquirido, con la finalidad de descartar posibles reclamaciones futuras al vendedor), o bien *emptor debet esse curiosus* (que podría traducirse por «*el comprador debe ser curioso*»), a cada una de las partes le incumbe satisfacer sus intereses con el objeto a negociar. Esta situación se prolongó durante el Derecho clásico y el moderno, en concreto, hasta cuando se comenzó a estructurar la responsabilidad precontractual. Los deberes precontractuales de

operar cierta información representan una sugerente manifestación del suministro de información como instrumento apto para proteger a la parte más débil en una determinada relación contractual caracterizada por la concurrencia de ciertas asimetrías informativas. Uno de los ámbitos en los que precisamente inciden los instrumentos derivados de la autorregulación, a los que antes aludimos, es el precontractual.

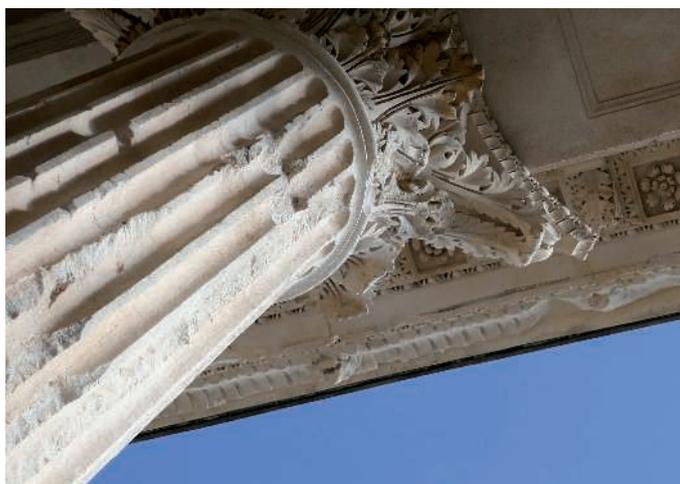
Los grandes principios generales de la contratación siguen cobrando vigencia, como no podía ser de otro modo, en materia de contratación electrónica. Así, por ejemplo, el art. 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, incorpora el principio de libertad de forma. En efecto, los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Asimismo, se equipara la forma escrita a la incluida en un soporte electrónico. Ciertos autores han estudiado las relaciones entre esta moderna fórmula de contratación y la disciplina romanista (así, entre otros, Ramón Jesús Fernández De Marcos Morales, *La contratación electrónica y sus conexiones con el Derecho romano*, Ed. Gerüst Creaciones, Madrid, 2010).

El contenido de la obra es oportuno no solo para el alumno que toma una inmejorable conciencia de la disciplina, sino también para los juristas que busquen acercarse, con renovados enfoques y materias tratadas, a los fundamentos del Derecho Privado moderno

Los diferentes temas tratados por el eminente Prof. Fernández de Buján en esta obra se efectúan, en gran parte, desde un punto de vista evolutivo. En otros términos, el autor, con buen criterio, tiene en consideración los distintos y múltiples procesos de carácter histórico por los que se ve afectada una determinada institución. Tal afirmación resulta visible en varios aspectos, pudiéndose enumerar, entre los mismos, el derecho de propiedad (su concepto y límites se examinan citando tanto fuentes romanas como el Código Civil) o la posesión, sin perder de vista otros, no menos relevantes, como la familia y el matrimonio. Este último, en palabras del autor, «*como toda institución que tiene una institución de siglos, es un producto histórico*». Continúa advirtiendo, a este respecto, que es «*la expresión, en cada época, de una moral y de unos usos sociales, en la que se reflejan, si bien en una mayor medida en unas etapas que en otras, las tensiones, equilibrios, resistencias y oscilaciones que las nuevas realidades o los cambios de mentalidad en una parte del universo social producen en la valoración intrínseca de la institución, así como el juego de fuerzas contrarias que aspiran a su conservación o remodelación*».

Recapitulando, podemos determinar que nos encontramos ante una obra de indiscutible referencia no solo en materia de Derecho romano, sino también del Derecho Privado actual. Como más arriba manifestamos, su contenido es oportuno no solo para el alumno que toma una inmejorable conciencia de la disciplina a través del mismo, sino también para los juristas (novales y consagrados) que busquen acercarse, con renovados enfoques y materias tratadas, a los fundamentos del Derecho Privado moderno. Puede, en suma, afirmarse que estamos ante una obra majestuosa, que ostenta numerosas

Bibliografía



prerrogativas que no han de pasar inadvertidas, como, entre otras, el predominio de una exposición sencilla, didáctica o pedagógica y extraordinariamente ordenada, su cuidada redacción y el uso de una terminología jurídica oportuna, básica en el ámbito del Derecho Privado. A todo ello coadyuva el hecho de la ausencia de notas a pie de página (a diferencia de otros también relevantes como D'Ors, Guzmán Brito e Iglesias, que recurren habitualmente a este sistema de citas o referencias), que parecen ser más propias, por ser dirigidas, preferentemente, a la investigación (nivel que generalmente no ostenta el alumno de primer año de Derecho). Ahora bien, sí estimo que, como hacían otras ediciones previas, habría resultado oportuno seguir incluyendo (y no haber suprimido) la bibliografía final, amplia

y actualizada, lo que permitía seguir avanzando (como sigue haciendo, con buen criterio, el manual *Derecho Público Romano*, del mismo autor, ya en la 19.ª edición). Uno de los motivos de la supresión puede ser agilizar la lectura del destinatario final de la obra, que no es sino el alumno.

Este manual es, en definitiva, una loable manifestación de dominio académico en el sentido más amplio de la expresión, afirmación que resulta extensiva a otras obras del mismo autor. Esta última únicamente es alcanzable por aquellos respetados eruditos que, por su contrastada experiencia, nacional e internacional, han alcanzado una reconocida autoridad (fruto del alto grado de madurez intelectual). Es, naturalmente, el caso del maestro Fernández de Buján, cuyo magisterio es admirado por cualquier estudioso del Derecho. El Derecho romano sigue siendo la base dogmática del Derecho Privado en un sentido amplio. El contenido del manual que se comenta, de máximo respeto y admiración, representa una oportunidad para poder entender las bases del Derecho Civil continental (*Civil Law*), pero también del Derecho común (*Common Law*). Hay que precisar, no obstante, que tales derechos (el *Civil Law*, o Derecho continental europeo, y el *Common Law*, o Derecho angloamericano) no son sistemas jurídicos incompatibles ni irreconciliables. La primera tarea en el camino hacia un Derecho global sería, justamente, estudiar un proceso de unificación o integración de ambos sistemas, que ya está de hecho produciéndose, y ese proceso lo facilita el dato innegable de que ambos son herederos del Derecho romano. No debe considerarse, en modo alguno, baladí el hecho de que los actuales ordenamientos jurídicos comunitarios y latinoamericanos, u otros más desconocidos para muchos (como algunos asiáticos, caso de Japón o China, o Turquía y Filipinas), pueden concebirse a través del Derecho romano.

En marcha la Fundación Mediación Notarial



La presentación de la Fundación Mediación Notarial contó con la presencia del Consejero de Justicia, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la ex-Vicepresidenta del Parlamento Europeo, entre otras personalidades

Amparada por el Colegio Notarial de Cataluña, se ha puesto en marcha la Fundación Mediación Notarial, entidad sin ánimo de lucro que tiene como objetivo ofrecer el servicio de mediación a particulares y empresas, con especial atención al ámbito civil y mercantil. Con la creación de esta nueva entidad, los notarios dan un paso más en su apuesta por la mediación como vía de resolución de conflictos alternativa a la judicial, que permitirá descolapsar en gran medida los juzgados y supone un importante ahorro económico tanto para los ciudadanos como para la Administración. Además, la Fundación también ofrecerá formación en mediación e impulsará proyectos e iniciativas vinculadas a la difusión de la mediación.

La Fundación Mediación Notarial se presentó recientemente en un acto que contó con la presencia del Consejero de Justicia, Carles Mundó; el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Jesús M.ª Barrientos; el Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé, y la ex-Vicepresidenta del Parlamento Europeo, Diana Wallis, entre otros.

Con la creación de esta nueva entidad, los notarios dan un paso más en su apuesta por la mediación como vía de resolución de conflictos alternativa a la judicial, que permitirá descolapsar en gran medida los juzgados y supone un importante ahorro económico tanto para los ciudadanos como para la Administración

En el transcurso del acto tomaron parte, como mediadores acreditados por el Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR), el Notario Carlos Cabadés, quien expuso las reflexiones de un Notario que se ha formado en mediación, de la que destacó *«la celeridad y el hecho de que es un procedimiento mucho más barato»*, así como la idoneidad del perfil del Notario para ejercerla, dado que *«la profesión notarial siempre se ha centrado en evitar conflictos»*, y el Magistrado de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona Pascual Ortuño, quien aseguró que *«la Fundación Mediación Notarial está llamada a ser esencial en el desarrollo de la mediación en Cataluña»*, y que los métodos de resolución alternativa de conflictos surgen ante la insuficiencia del modelo burocrático jurídico, que conduce a lo que denominó *«litigiosidad impropia»*, siendo necesario *«obtener la garantía de la excelencia profesional»*. En cuanto a los tribunales, afirmó que *«hace falta que el tribunal prestigie la mediación, no que la practique»*. Afirmó que los países donde la mediación obtiene grandes resultados se caracterizan por contar con excelentes profesionales, la colaboración de los tribunales, desarrollos legislativos apropiados y la complicidad de los abogados. Por último, destacó que el Colegio se ha



asociado con una de las mejores escuelas europeas en mediación, el CEDR, muestra de que «el Notariado tiene el espíritu de colaborar y de aportar su granito de arena». También intervino la Magistrada de la Sala 4.^a de lo Social del Tribunal Supremo, Lourdes Arastey, quien centró su discurso en la relación entre el ADR y las garantías de acceso a la Justicia, asegurando que «la confianza de los ciudadanos en el sistema también se tiene que hacer extensiva a los métodos de resolución alternativa de conflictos. En el ADR, nos tenemos que abrir, tenemos que aprender a diagnosticar los conflictos desde todos los parámetros, no solo los legales». Además, remarcó que «los elementos emocionales están presentes en todo tipo de conflictos» y que «las técnicas de ADR utilizadas en el ámbito penal se han valorado muy positivamente». Destacó que «hemos avanzado mucho y en muy poco tiempo, pero hace falta preguntarse si lo hacemos en la dirección correcta». Recordó que «la satisfacción puede llegar incluso sin acuerdo, simplemente por el hecho de restablecer relaciones y pacificar», y finalizó asegurando que «la mediación vale la pena porque proporciona una satisfacción diferente. Es un modo mejor de dar acceso a la Justicia y a la tutela judicial». Por su parte, Diana Wallis, Presidenta del Instituto Europeo de Derecho y ex-Vicepresidenta del Parlamento Europeo, hizo un llamamiento a «trabajar todos juntos por la mediación: políticos, países e instituciones». Partiendo de su experiencia personal como Abogada, etapa en la que descubrió que «había un modo mejor de hacer las cosas», se acercó a la mediación, de la que destacó que «nos ayuda a encontrar soluciones». Afirmó que «hace falta darla a conocer, y es positivo que haya mediadores que no sean abogados, a pesar de que hace falta conocer y respetar la ley». Finalizó su intervención asegurando que «no se tiene que ver la mediación como una amenaza, sino como una mejor y más humana manera de resolver los conflictos con todas las garantías legales».

En opinión de Ollé, «los notarios contamos con un perfil idóneo para ejercer como mediadores, dado que nuestra función se basa en el asesoramiento imparcial, la neutralidad, la confidencialidad, el carácter personalísimo y la buena fe, todos ellos aspectos también intrínsecos en la mediación»

En el turno de intervenciones institucionales, Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, afirmó que «la Fundación Mediación Notarial apuesta por la formación y la excelencia jurídica de los mediadores». Ollé destacó el hecho de que «los notarios contamos con un perfil idóneo para ejercer como mediadores, dado que nuestra función se basa en el asesoramiento imparcial, la neutralidad, la confidencialidad, el carácter personalísimo y la buena fe, todos ellos aspectos también intrínsecos en la mediación». Entre las ventajas que supone la mediación como método de resolución alternativa de conflictos, destacó «que es voluntario, simple, rápido, flexible, reduce los costes económicos y de tiempo y crea una manera amistosa de solucionar los conflictos entre las partes».

Jesús M.^a Barrientos, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, enmarcó la puesta en marcha de la Fundación Mediación Notarial «en el rol protagonista que el Notariado debe tener en el sistema de Justicia», tras exponer que la crisis económica ha supuesto un aumento exponencial de la litigiosidad, situándose la tasa de litigiosidad en Cataluña en 41 litigios por cada 1.000 habitantes, lo que supone situarse en tercer lugar en Europa, solo por detrás de Rusia y la República Checa, hecho que atribuyó, en gran medida, a «la falta de cultura de la transacción y el pacto». Después de exponer que las cifras de la mediación en Cataluña aún se sitúan en índices muy bajos, aseguró que el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña ha de jugar un papel relevante en asuntos por ahora instalados en el ámbito jurisdiccional. Por último, aseguró que la Fundación Mediación Notarial permitirá superar recelos y verificar las respuestas, y ofreció la colaboración de los tribunales, afirmando que «la mediación extrajudicial en materia civil y mercantil cuenta con excelentes notarios y su supervisión, y así es como lo percibirán los ciudadanos que decidan acudir a esta Fundación».

Por último, el Consejero de Justicia, Carles Mundó, cerró el acto afirmando que «en Cataluña hace veinte años que se hacen políticas para promover la mediación y el Centro de Mediación de Cataluña ya ha hecho 5.000 mediaciones. Una cuarta parte de ellas ha acabado en acuerdo entre las partes, lo que son datos aún muy insuficientes». Y prosiguió: «Vivimos en una sociedad de pacto, que no rechaza el diálogo y la convivencia; la cultura del pacto no nos es ajena. En el sistema de valores de la sociedad catalana, está muy presente la mediación, pero en la cultura, aún no». Tras afirmar que «los juzgados y magistrados también tienen una alta capacidad prescriptora», finalizó su intervención asegurando que «la mediación es el termómetro de la madurez de una sociedad».

En el transcurso del acto, también se entregaron los diplomas acreditativos del CEDR a todos aquellos mediadores que han finalizado satisfactoriamente el curso de formación que ha tenido lugar en el Colegio.



Las cifras de la mediación en Cataluña aún se sitúan en índices muy bajos, comparándolas con las de los países de nuestro entorno más próximo. Aunque en el periodo 2010-2015 el número de expedientes gestionados aumentó un 30 %, el número de mediaciones finalizadas se mantuvo prácticamente estable

MEDIADORES ACREDITADOS POR EL CEDR

La Fundación Mediación Notarial es la primera fundación de nuestro país dedicada a este ámbito, en que los mediadores son acreditados por el Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR), la institución de referencia en Europa. Ya en el año 2012, el CEDR seleccionó el Colegio Notarial de Cataluña como *partner* en Europa para potenciar la mediación empresarial, objetivo primordial de la Unión Europea, a través del Notariado. Desde entonces, el Colegio acoge todos los años un exclusivo curso de formación de formadores en mediación.

LAS CIFRAS DE LA MEDIACIÓN EN CATALUÑA

Las cifras de la mediación en Cataluña aún se sitúan en índices muy bajos, comparándolas con las de los países de nuestro entorno más próximo. Según los datos del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, adscrito al Departamento de Justicia de la Generalitat, en 2015 se gestionaron un total de 4.964 expedientes, de los que se finalizaron 969. De estos, 530 (un 55 %) finalizaron con acuerdo. Aunque en el periodo 2010-2015 el número de expedientes gestionados aumentó un 30 %, el número de mediaciones finalizadas se mantuvo prácticamente estable.

Uno de cada cuatro nuevos notarios escoge Cataluña para ejercer la profesión



Los veinticuatro nuevos notarios que ejercerán en Cataluña tras superar la oposición finalizada en febrero de 2016

El 14 de octubre de 2016 fue la fecha escogida para la toma de posesión de la nueva promoción de notarios surgidos de la última oposición, celebrada entre abril de 2015 y febrero de 2016 en el Colegio Notarial de Cataluña. El acto de la toma de posesión fue presidido por el Consejero de Justicia de la Generalitat de Cataluña, Carles Mundó, acompañado por el Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé, y el resto de miembros de la Junta Directiva del Colegio.

Son veinticuatro los nuevos notarios que han comenzado a ejercer la profesión en Cataluña, cifra que supone que uno de cada cuatro nuevos notarios que han obtenido su plaza en la promoción 2016 ha escogido Cataluña como destino, siendo esta Comunidad la más demandada, muy por delante del resto.

Esto supone que el 27 % de los notarios aprobados en la última promoción ha escogido Cataluña para ejercer la profesión. La siguen Andalucía, la Comunidad Valenciana y Castilla y León, donde se incorporan en cada

una de estas Comunidades Autónomas diez nuevos notarios. El resto de nuevos notarios ha optado por poblaciones de Galicia (6), Islas Canarias (5), Aragón (5), Castilla-La Mancha (4), Extremadura (4), Asturias (3), Baleares (2), Cantabria (2), País Vasco (2), Navarra (1), Murcia (1) y La Rioja (1).

De los veinticuatro nuevos notarios que ejercerán en Cataluña, diez son hombres (42 %) y catorce, mujeres (58 %), de un total de noventa que ingresan en el Notariado en toda España.



Vida corporativa

Cabe destacar que, por primera vez, tanto los notarios que se incorporarán en Cataluña como el total de nuevos notarios aprobados en la última oposición son mayoritariamente mujeres

Cabe destacar que, por primera vez, tanto los notarios que se incorporarán en Cataluña como el total de nuevos notarios aprobados en la última oposición son mayoritariamente mujeres.

Concretamente, de los noventa nuevos notarios que ejercerán la función en España, cuarenta y uno son hombres (45 %) y cuarenta y nueve, mujeres (55 %). En las dos promociones anteriores, que ingresaron en el Notariado en 2011 y en 2013, el porcentaje fue del 51 % de hombres y 49 % de mujeres, y del 54 % de hombres y 46 % de mujeres, respectivamente.

Las veinticuatro plazas que cubrirán estos nuevos notarios de Cataluña corresponden a las siguientes localidades: Abrera, Arenys de Munt, Badalona (dos plazas), Barberà del Vallès, Barcelona (dos plazas), El Pont de Suert, Guissona, La Pobla de Segur, La Selva del Camp, Hospitalet de Llobregat, Móra la Nova, Prats de Lluçanès, Reus, Roda de Berà, Sabadell, Sant Andreu de la Barca, Sant Vicenç dels Horts, Santa Coloma de Farners, Santa Coloma de Queralt, Santa Margarida de Montbui, Vandellòs-Hospitalet de l'Infant y Vila-seca.

Colaboración de los notarios y la Escuela Judicial en la formación a futuros jueces



Puesta en marcha de la colaboración de los notarios en las Jornadas de Formación de la Escuela Judicial que tiene lugar anualmente

Desde el pasado mes de septiembre, los notarios, a través del acuerdo alcanzado entre el Colegio Notarial de Cataluña y la Escuela Judicial, participan en la formación que reciben los futuros jueces. Lo hicieron ya en las Jornadas de Formación de nuevos jueces, que en esta ocasión tuvieron lugar el 19 y 20 de septiembre en la sede de la Escuela Judicial, ubicada en Vallvidrera (Barcelona).

De este modo, los futuros jueces que actualmente reciben formación en la Escuela Judicial, sede estatal donde los jueces aprobados por oposición desarrollan durante dos años los conocimientos prácticos y las competencias necesarias antes de empezar a ejercer su profesión, durante la primera jornada asistieron a ponencias impartidas por notarios sobre «El valor probatorio de los documentos notariales. Las actas. Peticiones de copia. Problemas de capacidad de los otorgantes» y sobre «Los notarios y la jurisdicción voluntaria. El papel del Notario en las operaciones financieras y con los consumidores».

La segunda jornada se desarrolló en once despachos notariales que visitaron reducidos grupos de jueces y en donde tuvieron la oportunidad de conocer de primera

mano el día a día de una Notaría y los principales documentos que autorizan los notarios.

Finalmente, tuvo lugar en el Colegio Notarial de Cataluña una sesión plenaria para hacer balance de las Jornadas.



Joan Carles Ollé Favaró, reelegido Decano del Colegio Notarial de Cataluña



La nueva Junta Directiva tomó posesión el pasado 30 de noviembre

El 20 de noviembre tuvo lugar el proceso electoral para la renovación de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña, así como del resto de colegios de España. Del total de 349 votos válidos emitidos (el 82 % del total de notarios de Cataluña), la candidatura ganadora fue la encabezada por Joan Carles Ollé, quien recibió 220 (63 %), mientras que la lista encabezada por José Vicente Torres obtuvo 112 votos (32 %). Hubo un 5 % de votos en blanco. El censo electoral eran 424 notarios en activo de toda Cataluña.

La nueva Junta, que mantiene un total de nueve miembros y representatividad de los distritos notariales de las cuatro provincias catalanas, cuenta con cinco nuevas incorporaciones en relación con el mandato anterior: Javier Martínez Lehmann, Notario de Barcelona; Raquel Iglesias Pajares, Notaria de La Llagosta; Andrés Valdés Segura, Notario de Montblanc; Pablo Vázquez Moral, Notario de Sant Feliu de Guíxols, y

Víctor Asensio Borrellas, Notario de Malgrat de Mar. El objetivo es, por un lado, apostar por los jóvenes y el relieve generacional y, por otro, mantener una continuidad con la línea de gobierno llevada a cabo a lo largo de los últimos ocho años.

Joan Carles Ollé Favaró ha sido Decano-Presidente de la institución durante los últimos ocho años, después de ganar las dos elecciones anteriores, celebradas en 2008 y 2012. Nacido en Ulldecona (Tarragona) hace 57 años, es Licenciado en Derecho y en Filología Hispánica por la Universidad Central de Barcelona. Notario desde 1985, actualmente con plaza en Barcelona, Ollé también es Director de la Comisión de Codificación de la Generalitat de Cataluña, Presidente de la Fundación de los Notarios de Cataluña y Vicepresidente de la Asociación Intercolegial de Colegios Profesionales de Cataluña, entre otros cargos.

Esta es la composición de la nueva Junta de Gobierno:

(* Nuevas incorporaciones)

Decano-Presidente: Joan Carles Ollé Favaró

Vicedecano: José Alberto Marín Sánchez

Censor 1.º: Javier Martínez Lehmann*

Censor 2.º: Raquel Iglesias Pajares*

Censor 3.º: Andrés Valdés Segura*

Censor 4.º: Pablo Vázquez Moral*

Censor 5.º: Marta Clausí Sifré

Tesorero: Joan Carles Farrés Ustrell

Secretario: Víctor Javier Asensio Borrellas*

La nueva Junta, que mantiene un total de nueve miembros y representatividad de los distritos notariales de las cuatro provincias catalanas, cuenta con cinco nuevas incorporaciones en relación con el mandato anterior



Entrega del III Premio Dialoga

LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS EN LAS REDES SOCIALES

Premio Dialoga

ESADE LAW SCHOOL Y EL COLEGIO DE NOTARIS DE CATALUNYA, CON LA COLABORACIÓN DEL DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT Y EL DE JUSTÍCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, PÓNEN EN MARCHA LA 3ª EDICIÓN DEL PREMIO DIALOGA.

Las redes sociales han revolucionado la manera de relacionarse y comunicarse. Ayudar a personas que están lejos, pero también pueden afectar a las que están muy cerca. La tecnología, en muchas ocasiones, no favorece la reflexión y las redes sociales son escenario de conflictos generados por su singularidad.

CÓMO PARTICIPAR:

Ayúdanos con tus reflexiones a mejorar el uso de las redes sociales y la gestión de los conflictos en dicho entorno. De forma individual, o en grupo, solo tienes que responder a esta pregunta:

EL USO DE LAS REDES SOCIALES PUEDE GENERAR CONFLICTOS. ¿CÓMO PREVENIRLOS?

Puedes hacerlo con un ensayo corto (individual), o bien con un vídeo breve (individual o en grupo).

PREMIOS

MODALIDAD ESTUDIANTES: Beca del 100% para la Law Summer School de ESADE.

MODALIDAD CENTRO: Los Institutos, colegios y centros educativos, que presenten acciones realizadas en este ámbito, podrán optar a un premio en reconocimiento a su aportación social en este ámbito de la formación en gestión de los conflictos.

CUÁNDO

Periodo de inscripción: OCTUBRE 2015 - MARZO 2016
 Plazo de entrega de trabajos: MARZO - JUNIO 2016
 Acto de entrega de premios: OCTUBRE 2016

ESADE | COLEGIO DE NOTARIS DE CATALUNYA | DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT | DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA | AJUNTAMENT DE BARCELONA

El pasado 14 de octubre tuvo lugar la entrega del III Premio Dialoga, organizado por el Colegio Notarial de Cataluña y ESADE Law School, y que cuenta con la colaboración del Departamento de Enseñanza y el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña

El pasado 14 de octubre tuvo lugar el acto de entrega del III Premio Dialoga, organizado por el Colegio Notarial de Cataluña y ESADE Law School, y que cuenta con la colaboración del Departamento de Enseñanza y el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. El premio convoca a centros educativos y alumnos de 1.º de bachillerato de colegios e institutos de Cataluña y reconoce aquellos trabajos que reflejan mejor el significado de la mediación como medio de resolución de conflictos.

En esta edición, el tema se centró en el uso de las redes sociales, que han revolucionado la forma de relacionarse y comunicarse. La reflexión se centró en el hecho de que la inmediatez, en muchas ocasiones, no favorece la reflexión, y las redes sociales son escenario de conflictos generados por su singularidad. Más de ciento treinta alumnos de 1.º de bachillerato de institutos catalanes presentaron trabajos escritos o audiovisuales sobre el tema «El uso de las redes sociales puede producir conflictos: ¿cómo prevenirlos?». La tercera edición del premio incluyó, como novedad, una nueva modalidad, además de la escrita y la audiovisual, destinada a los centros que han incorporado la mediación en su funcionamiento y la aplican con éxito a la hora de prevenir y resolver conflictos.

En el acto, que contó con la presencia del Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña, Xavier Bernadí, y del Vicedecano del Colegio Notarial de Cataluña, José Alberto Marín, entre otras personalidades, se hizo entrega de los certificados a los alumnos ganadores y a los finalistas en las distintas modalidades. Durante la ceremonia de entrega de premios, Francisco Longo, Director General Adjunto de ESADE, destacó la importancia que estos premios tienen para la Universidad, porque «valoran el esfuerzo sobre el diálogo y la prevención de conflictos, uno de los pilares de nuestra misión educativa». Xavier Bernadí, Director General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia, alabó la organización del premio, «una iniciativa que coincide plenamente con la visión del Departamento de Justicia, que apuesta por reforzar los procesos alternativos de resolución de conflictos».

José Alberto Marín, Vicedecano del Colegio Notarial de Cataluña, destacó la «importancia de crear una cultura de mediación para tener una cultura de justicia diferente a la actual», concluyó. Por su parte, Jordi Miró, Director General de Atención a la Familia y a la

En esta edición, el tema se centró en el uso de las redes sociales, que han revolucionado la forma de relacionarse y comunicarse. La reflexión se centró en el hecho de que la inmediatez, en muchas ocasiones, no favorece la reflexión, y las redes sociales son escenario de conflictos generados por su singularidad

Comunidad Educativa del Departamento de Enseñanza, se refirió al ciberacoso como una de las principales preocupaciones de su departamento y confirmó que en los próximos años «todos los centros de Cataluña tendrán que elaborar un proyecto de convivencia propio donde la mediación tenga un papel destacado».

Teresa Duplá, Directora del grupo Arbitraje, Mediación, Derecho y Familia de ESADE, se mostró muy orgullosa por el «progresivo aumento en el número de participantes del Premio Dialoga, que, edición tras edición, ha logrado hacerse un hueco en la ajetreada agenda de los alumnos de bachillerato catalanes en torno a un tema no sencillo como es la gestión de conflictos».

Cuatro alumnos de bachillerato y un centro educativo fueron los ganadores, reflejando todos los trabajos el significado de la mediación en el entorno, la convivencia en las aulas y la fuerza del diálogo, así como el camino para hallar vías alternativas para solucionar los problemas.



El tema escogido para la próxima edición del premio será «El uso del diálogo en la gestión de conflictos.

Qué es el diálogo y qué ventajas puede ofrecernos en la gestión de nuestros conflictos»

En modalidad escrita, resultó ganadora Miriam Pajares, del IES Infanta Isabel de Aragón (Barcelona); en modalidad audiovisual, los ganadores fueron Javier Gallardo, Inma Martínez y Olivia Génova, de la Escola Pia (Vilanova i la Geltrú), y el centro ganador fue el Instituto Front Marítim (Barcelona).

El tema escogido para la próxima edición del premio será «El uso del diálogo en la gestión de conflictos. Qué es el diálogo y qué ventajas puede ofrecernos en la gestión de nuestros conflictos».

Reunión anual de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la UINL y acto de la Academia Notarial Europea



La reunión de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado reunió a representantes de treinta y nueve notariados

El 18 y 19 de noviembre fueron las fechas escogidas para celebrar la reunión anual de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado (UINL) en nuestro Colegio, sede semipermanente de dicha Comisión. Delegados de los treinta y nueve notariados que forman parte de la CAE repasaron los últimos estudios presentados en las distintas reuniones precedentes, que debatieron ampliamente para posteriormente presentar nuevos estudios centrados en la actividad notarial en relación con ciudadanos extranjeros; la autenticación, certificación y legalización; el Reglamento de Sucesiones en casos de personas vulnerables, o los derechos de las parejas en los países europeos.

En el transcurso de la reunión, también tuvo lugar la presentación del libro *Les successions en Europe*, fruto de la colaboración entre la CAE, la CNUE y la Fundación de Investigaciones y Estudios Notariales de Europa (IRENE). Este recoge el Derecho de

Sucesiones de cuarenta y dos países europeos, resumido en cada caso por un Notario de cada uno de estos países.

En la tarde del día 18 tuvo lugar el acto académico de la Academia Notarial Europea, cuya inauguración contó con las intervenciones de Pierre Becqué, Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña; José Manuel García Collantes, Presidente del Consejo General del Notariado; Daniel Sedar Senghor, Presidente de la Unión Internacional del Notariado, y Jordi Jané, Consejero de Interior de la Generalitat de Cataluña.

Pierre Becqué se mostró muy satisfecho con la elección del tema, por ser de máximo interés y actualidad, así como «*un campo en el que los notarios podemos hacer importantes aportaciones*». Joan Carles Ollé expuso el hecho de que «*la globalización de los mercados, así como los cambios demográficos, sociales y culturales, supone grandes desafíos en diversos campos, en los que los juristas debemos hacer nuestras aportaciones*». «*El principal reto —afirmó— es el cultural, y el sistema jurídico debe facilitar la integración y garantizar su seguridad*». El Decano del Colegio Notarial de Cataluña remarcó la importancia del asesoramiento en cuanto a legislación del país de acogida, así como la garantía y seguridad jurídica que aporta la figura del

El libro *Les successions en Europe* recoge el Derecho de Sucesiones de cuarenta y dos países europeos, resumido en cada caso por un Notario de cada uno de estos países



Vida corporativa



El acto de la Academia Notarial Europea se centró en «Las consecuencias de la inmigración y el Notariado»

Eduard Sagarra lamentó que «Europa no se está tomando en serio la cuestión de los inmigrantes y los refugiados», de quienes afirmó que «no son un problema, sino una situación que debe combatirse o asumirse. Si no la asumimos, generamos disfunciones, intolerancia y racismo»

En opinión de Marie Goré, «la obligación del Notario es asesorar [...]. Debe aportar también seguridad jurídica al inmigrante, conocer sus derechos y ofrecer seguridad al país de acogida»

Notario. Por su parte, José Manuel García Collantes recordó que «los notarios estamos abiertos a los problemas del mundo y a la vida», y aseguró que «somos creadores de paz social». Daniel Sedar Senghor recordó que «los notarios, como actores en la sociedad, no podemos ser indiferentes a la inmigración en las puertas de entrada a Europa», y afirmó que «debemos resolver el flujo migratorio y debe haber un acuerdo de todos los países de Europa». Así, tras instar «a la reflexión acerca de la violación de derechos fundamentales de bienes y personas que está teniendo lugar a orillas del Mediterráneo», afirmó que «de esta reflexión deben surgir soluciones de Derecho que puedan resolver esta situación». Jordi Jané, como Consejero del Departamento de Interior, destacó la importancia de implantar políticas de seguridad en Europa, afirmando que «somos tierra de acogida, pero debemos acoger con certeza y ser garantistas

de nuestra seguridad. En definitiva, tenemos voluntad de acogida, voluntad de seguridad y voluntad de rigor jurídico».

Bajo el título «Las consecuencias de la inmigración y el Notariado», intervinieron en el acto académico Marilina Giaquinta, Directora de la División de Administración y Policía Social e Inmigración de la Prefectura de Catania y responsable de la Oficina de Inmigración también de Catania (Italia); Eduard Sagarra, Abogado especialista en inmigración, y Marie Goré, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de París II Panthéon-Assas. Giaquinta afirmó que, en Italia, en los últimos años, se ha pasado de contar con un 4 % de ciudadanos extranjeros a ser un 27 %, fruto, en gran parte, de «la economía globalizada, que ha facilitado que las personas y el capital circulen libremente por el mundo». Tras exponer que «la historia demuestra que las personas se desplazan a sociedades donde puedan vivir dignamente», explicó las condiciones en que llegan los refugiados a las costas de Catania: «Casi todos sin documentación, de modo que procedemos a tomarles las huellas dactilares como elemento de seguridad, y las volcamos en el sistema AFIS de identificación inmediata de huellas dactilares, y recurrimos también a distintas bases de datos europeas, como Eurodata, que nos ayudan a determinar la trazabilidad de personas extranjeras, además de tomarles los datos biométricos». Hizo referencia al notable incremento de desembarcos de inmigrantes en Italia, que pasaron de 103.000 personas en 2014 a 250.000 hasta octubre de 2015, existiendo dos perfiles diferenciados: el del que huye de la guerra y el emigrante económico, quienes son recibidos en centros de acogida. Finalmente, afirmó que «el problema no es la acogida de inmigrantes, sino la integración».

Por su parte, Eduard Sagarra lamentó que «Europa no se está tomando en serio la cuestión de los inmigrantes y los refugiados», de quienes afirmó que «no son un problema, sino una situación que debe combatirse o asumirse. Si no la asumimos, generamos disfunciones, intolerancia y racismo». Además, aclaró el concepto *persona ilegal* afirmando que «nadie es ilegal, en todo caso, han entrado ilegalmente, pero son personas y tienen derecho a la defensa y protección y también obligaciones. Son sujetos de Derecho». Tras exponer las diferencias entre *refugiado* o *asilado* —quien huye ante una situación de peligro—, *desplazado* —quien se mueve dentro de sus fronteras— y *solicitante de asilo* —quien lo hace por razones políticas—, Sagarra aseguró que «la gestión de los refugiados en Europa pone en cuestión valores que, en teoría, rigen en la Unión Europea, como el respeto a los Derechos Humanos o a la dignidad», y puso cifras sobre la mesa: hasta octubre de 2016, fallecieron en el Mediterráneo 4.300 personas ahogadas o desaparecidas y llegaron a Europa 363.803 refugiados, de los cuales solo 5.000 fueron acogidos, 200 de ellos en España.

Finalmente, Marie Goré expuso el papel de los notarios en la identificación de los inmigrantes y aspectos como cuál se considera su país de residencia o qué Derecho de Sucesiones se les debe aplicar. La ponente expuso que «la obligación del Notario es asesorar, y aquellos poderes públicos otorgados al Notariado exigirán alguna labor de adaptación, siempre al servicio de la seguridad jurídica. Debe aportar también seguridad jurídica al inmigrante, conocer sus derechos y ofrecer seguridad al país de acogida». Se mostró satisfecha con la colaboración entre los distintos Estados y aseguró que «el Notario no debe excederse de sus funciones».



El Notario Juan José López Burniol recibe el Premio Puig Salellas 2016



El 9 de noviembre tuvo lugar, en el Colegio, la entrega del Premio Puig Salellas 2016, que en esta octava edición se otorgó a Juan José López Burniol, Notario de Barcelona durante casi cuarenta años

El 9 de noviembre tuvo lugar, en el Colegio, la entrega del Premio Puig Salellas 2016, que en esta octava edición se otorgó a Juan José López Burniol, Notario de Barcelona durante casi cuarenta años —hasta su jubilación, el año anterior—, ex-Decano del Colegio Notarial de Cataluña, escritor, autor de numerosos artículos de opinión en prensa y colaborador en diversos medios de comunicación. Se trata del máximo galardón que otorga anualmente el Colegio para reconocer a una persona o institución que, en el ámbito de Cataluña, haya acreditado una destacada trayectoria de estudio, investigación, creación, docencia o aplicación del Derecho.

La Exposición de Motivos del acuerdo tomado por la Junta Directiva del Colegio menciona que es merecedor del galardón «en reconocimiento a su ejemplar y muy destacada trayectoria notarial, donde ha destacado tanto en el campo del ejercicio profesional, en que ha disfrutado de una gran

notoriedad y prestigio, como en el ámbito corporativo de la gestión colegial, en el cual ha dejado una profunda huella. Particularmente, además de su valiosa obra publicada en el campo del Derecho Civil catalán, su brillante personalidad destacó especialmente en su etapa en el Decanato, donde acreditó un potente liderazgo que contribuyó decisivamente a conformar un duradero marco legislativo notarial, y sigue sobresaliendo en el impulso de las tareas de búsqueda histórica y jurídica a través de la Presidencia de la Fundación Noguera, continuando de manera notable la encomiable tarea de los maestros que lo precedieron en esta institución. Su rigurosa y profunda formación jurídica, su amplia y sólida cultura humanística, como también su vocación y proyección multidisciplinar en los campos jurídicos y económicos, han hecho que se haya convertido en un Jurista referencial en la sociedad catalana de las primeras décadas del siglo XXI».

En un acto que reunió a más de un centenar de personas, entre ellas, numerosas autoridades del mundo jurídico, Juan José López Burniol recibió el galardón de manos del Consejero de Justicia, Carles Mundó, acompañado del Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé. En el transcurso del acto, Lluís Jou Mirabent, Notario de Barcelona, fue el encargado de glosar la figura del homenajeadado, de quien expuso su biografía, destacando «su rectitud moral, su visión positiva de la política y la escritura pedagógica y directa que lo caracteriza». Por último, agradeció su «continua contribución a mejorar la profesión y a hacer más rico el país».

En su parlamento, Juan José López Burniol quiso remarcar que «el Notariado me ha dado el oficio en que he vertebrado mi vida, un observatorio privilegiado de la realidad e independencia», y finalizó su intervención asegurando que «en este servicio prestado a los demás radica la fuerza de este viejo y honorable oficio al que me debo».

En las siete ediciones anteriores, los premios recayeron en todos aquellos quienes fueron consejeros de Justicia de la Generalitat de Cataluña, en reconocimiento a su contribución al proceso de actualización del Derecho Civil catalán (primera edición); Juan Vallet de Goytisolo (segunda edición); José Juan Pintó Ruiz (tercera edición), Encarna Roca (cuarta edición), Robert Follia (quinta edición), Ferran Badosa (sexta edición) y Lluís Puig i Ferriol (séptima edición).

Se trata del máximo galardón que otorga anualmente el Colegio para reconocer a una persona o institución que, en el ámbito de Cataluña, haya acreditado una destacada trayectoria de estudio, investigación, creación, docencia o aplicación del Derecho



Vida corporativa

En un acto que reunió a más de un centenar de personas, entre ellas, numerosas autoridades del mundo jurídico, Juan José López Burniol recibió el galardón de manos del Consejero de Justicia, Carles Mundó, acompañado del Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé

Juan José López Burniol (Alcanar, 1945) se licenció en Derecho por la Universidad de Navarra en 1967 y aprobó la oposición a Notario en 1971, año en que tomó posesión de su primera Notaría, en Valdegovía (Álava).

Posteriormente, ejerció la profesión en Tudela (Pamplona) y en 1977 fue nombrado Notario de Barcelona, donde ejerció hasta marzo de 2015, momento de su jubilación. Escritor, publicista, autor de numerosos artículos de opinión en prensa y colaborador en diversos medios de comunicación, ha editado notables estudios sobre Derecho Civil, especialmente de Familia y Sucesiones, así como de Derecho Notarial y Derecho Público.

También se ha especializado en materias del Derecho relacionadas con la situación jurídica de las personas discapacitadas. Entre sus cargos en instituciones académicas y jurídicas, cabe destacar que fue Decano del Colegio Notarial de Cataluña (1987-1989), ha sido durante más de veinte años Profesor de Derecho Civil catalán en la Universidad Autónoma de Barcelona (1982-1990) y en la Universidad Pompeu Fabra (1990-2003), Magistrado del Tribunal de la Mitra de Andorra (1987-1993) y primer Presidente del Tribunal Constitucional de aquel país (1993-1995), miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Presidente de Tribuna Barcelona (1995-2006), miembro y Presidente del Consejo Social de la Universidad de Barcelona (1995-2007), miembro de la Comisión Jurídica Asesora (1998-2005), miembro de la Corporación Catalana de Radio y Televisión (2000-2004), miembro del Círculo de Economía y vocal de Junta (2002), miembro del Consejo de Administración de "la Caixa" (2005), del Patronato de la Fundación "la Caixa" (2005) y de la Comisión Ejecutiva de CaixaBank (desde 2011).

Ha mantenido siempre una participación muy activa en un gran número de fundaciones. Entre ellas, el Instituto Cambó, la Fundación Bosch Gimpera de la Universidad de Barcelona, la Fundación Noguera —que preside desde 2007—, la Fundación del Conservatorio del Liceo y del Palau de la Música Catalana o la Fundación Catalana Síndrome de Down.

Entre las distinciones honoríficas que ha recibido, destacan la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort (1995), el Premio Felip Rinaldi (2002) y el Premio Aptissimi del Club de Derecho de ESADE (2009).

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 ínterin, 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.**