

LaNotaria

Número 2-3 | 2016

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858

Neix la Fundació Mediació Notarial

La reforma hipotecària: millorar un sistema que funciona

«Els ciutadans saben que els notaris
són una garantia de seguretat
i confien plenament en ells»

Entrevista a Diana Wallis

PRESIDENTA DE L'INSTITUT EUROPEU DE DRET

«Hem preservat la confiança en el Notariat»

Entrevista a Juan José López Burniol

PREMI PUIG SALELLAS 2016

Poder general vs Poder concebut en termes generals

Direcció General dels Registres i del Notariat vs Tribunal Suprem

Josep M^a Valls Xufré

TRIBUNA

Alfonso Cavallé Cruz

Ernesto Tarragón Albella

Lluís Jou Mirabent

Antoni Bosch Carrera

Joan Carles Ollé Favaró

PRÀCTICA

La Llei 13/2015 i per què
alguns tècnics
ens entestem
a parlar de precisió

Protecció
de les persones
vulnerables

DOCTRINA

El contracte de comptes en participació
no és un contracte de societat

Un cas d'alou el segle XXI

La iniciativa legislativa popular per a la regulació
de la gestació per subrogació a Espanya:
un estudi des de la funció del notari al contracte
de gestació per substitució





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

reDescubre



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

Director:

Àngel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consell de redacció:

José Javier Cuevas Castaño (*Vida corporativa*), Víctor Esquirol Jiménez (*Jurisprudència/Resolucions*), Elisabeth García Cueto (*Internacional*), Antonio Àngel Longo Martínez (*Pràctica*), Javier Martínez Lehmann (*Jurisprudència*)

Consell editorial:

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

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Disseny, preimpressió i impressió per Wolters Kluwer España, SA

ISSN: 2172-3028

D.L.: B-3461-1959

Tots els drets reservats

Les opinions expressades pels nostres col·laboradors en aquestes pàgines són de la seva exclusiva responsabilitat i no coincideixen necessàriament amb la línia editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 *Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya*

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

La l·legítima, un cop més a debat

Entre els temes d'etern debat, hi ha la l·legítima. Les propostes i solucions són d'allò més extremes, i no hi falten els qui proposen de suprimir una institució tan central del Dret de Successions, però, en suma, de Família, amb molt diversos arguments, des de la protecció del cònjuge vidu a l'empresa o el negoci familiar, o, senzillament, la defensa de la llibertat de testar del causant.

Sembla, doncs, necessari precisar quines finalitats es pretén aconseguir, quines persones es vol que siguin les afavorides —o més afavorides del que ho estan o poden estar— ho ja en l'actualitat— i què s'hauria de modificar, com per exemple la quantia de la l·legítima, la naturalesa d'aquesta, els legitimaris, les causes del desheretament o el moment de la partició.

Així, i atesa la multiplicitat de sistemes legitimaris, des del de la Terra d'Aiara o Navarra, passant pels actuals de Galícia i el País Basc, als ja més antics de l'Aragó, les Balears o Catalunya, el primer que caldria preguntar-se és si la nostra Constitució hi estableix algun límit o exigència, a la qual cosa cal respondre, pel que entenc, que el dret a l'herència, art. 33.1, no està relacionat amb la l·legítima, sinó amb el fet que la propietat no sigui merament «vitalícia», sinó que es pugui transmetre —no en va es protegeix la propietat i l'herència—, i, per tant, serien plenament constitucionals tots els sistemes en vigor, ja que, d'altra banda, i tret d'alguns qüestionaments *in abstracto* amb ocasió del pronunciament del Constitucional alemany sobre la necessitat de la l·legítima, ningú n'ha discutit la constitucionalitat. Més proper a la necessitat que, si més no, alguna cosa es digui pel causant en el seu testament sobre els legitimaris seria l'art. 10.1 CE, ja que sembla que tota persona té dret que se la reconegui com a integrant de la cadena dels qui l'han precedit i la seguiran, fins i tot encara que siguin adoptats o fins i tot encara que sigui per desheretar-los sense més ni més, o amb una fórmula merament simbòlica; així, més que suprimir la l·legítima, el que s'hauria de fer és ampliar les causes de desheretament o permetre la més àmplia llibertat de testar, malgrat que, en tot cas, amb la necessitat de pronunciar-se el causant sobre tots els legitimaris.

Es vol protegir l'empresa o negoci familiar, i fins i tot poder-lo transmetre en vida. Aquí, juntament amb el fet de ser també una proclama de la Unió Europea la necessitat de facilitar la transmissió amb fórmules contractuals, es plantejaria la mateixa naturalesa de la l·legítima, que hauria d'anar cap a un dret de crèdit, la seva quantia al Codi Civil espanyol i fins i tot el fet de permetre la l·legítima col·lectiva —amb l'elecció d'un o diversos entre els que són formalment legitimaris— o el salt generacional —als néts—, ja que no és infreqüent, atesa la creixent longevitat, que quan mor el causant ja siguin també persones de la tercera edat, o molt properes, els fills, i, a la vegada, convindria modificar les regles sobre computació i fins i tot la

possibilitat, malgrat que sigui parcial, de renúncia anticipada a la llegítima, sigui o no per mitjà del seu pagament, fins i tot amb la facultat del causant de disposar amb quina quantitat s'haurà de donar per pagat en la llegítima el qui la rep anticipadament. Per a tot plegat, encara que siguin difícils els sincretismes, ja hi ha fórmules contrastades als nostres drets civils i als més propers i rellevants del Dret Comparat.

La llegítima i l'herència estan íntimament relacionades amb la família, i aquesta és evident que ja no és la patriarcal o jerarquizada, ni únicament la matrimonial, sinó que són molt freqüents la monoparental, la família no matrimonial, els segons matrimonis, etc., a la qual cosa s'uneix la justa pretensió de protegir el cònjuge o parella estable, així com de la seva anteposició als germans o que únicament siguin legitimaris els fills i descendents, ja ni tan sols els pares, i no cal dir els avis. Però tot plegat, tot i que relacionat, requereix un tractament diferenciatiu. És cert que la fórmula de l'usdefruit universal, amb les llegítimes actuals del Codi Civil espanyol, pot ser de difícil articulació, però també caldria plantejar-se si el que es vol és deixar-ho tot, i en propietat, o si s'han de facilitar fórmules d'ajornar la partició fins que morin els dos cònjuges o convivents *more uxorio*, juntament amb diferenciar allò heretat d'allò adquirit per ambdós, i, per descomptat, el que és la llibertat de testar davant de l'ordre intestat, perquè, en un cas, n'hi hauria prou amb ampliar la llibertat de testar i, en l'altre, en la intestada, caldria acomodar l'atribució de drets al que es pot considerar que és justa pretensió ciutadana d'acord amb les noves realitats familiars.

Tampoc no es poden desconèixer les ruptures matrimonials i, junt amb aquestes, la possible existència de fills de diferent matrimoni orfes a curta edat, en què allò patrimonial pugui ser el menys rellevant, malgrat que es pot voler que tots gaudeixin del total patrimoni del causant, sigui quin sigui el seu origen, sense oblidar que la crisi econòmica ha fet renéixer situacions dickensianes. Però, alhora, i partint bàsicament de successions intestades, no és infreqüent el desig que no en sigui el progenitor l'administrador, i, per descomptat, encara menys el fet que pugui ell, o fins i tot la seva família, com a hereus *ab intestato* del menor o fins i tot per qualsevol títol, *inter vivos* o *mortis causa*, heretar o adquirir per cap tipus de via res provenient del patrimoni del premort.

Finalment, i connectada també amb la determinació dels legitimaris, hi ha la greu preocupació per protegir els fills o altres familiars en línia recta, o fins i tot de grau col·lateral proper, que no es poden valer per si sols, estiguin o no amb la capacitat judicialment modificada. Sens dubte, s'han fet progressos, però no es pot desconèixer que els patrimonis protegits no funcionen, juntament amb el fet que ja es preveu en altres ordenaments jurídics la contractualització de la protecció a persones que no es poden valer per si mateixes.

Tot plegat requereix modificar, singularment al nostre Codi Civil espanyol, la regulació de les llegítimes, però no sembla imprescindible, per donar solució als interessos i persones que es vol protegir per via testada, però amb la necessària previsió que pugui morir intestada, el fet d'haver de suprimir la llegítima.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- La llegítima, un cop més a debat
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- El Notari i la futura contractació hipotecària amb consumidors
Alfonso Cavallé Cruz 7
- Barcelona celebra la seva cita anual com a capital europea del Notariat
Ernesto Tarragón Albella 10
- L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, avui
Lluís Jou Mirabent 12
- El Notariat i l'atribució de noves funcions: impacte d'aquestes funcions en l'exercici i l'ésser de la funció
Antoni Bosch Carrera 15
- Reforma hipotecària i funció notarial
Joan Carles Ollé Favaró 18



Entrevistes

- «Els ciutadans saben que els notaris són una garantia de seguretat i confien plenament en ells»
Diana Wallis 22
- «Hem preservat la confiança en el Notariat»
Juan José López Burniol 27



Doctrina

- Poder general vs Poder concebut en termes generals. Direcció General dels Registres i del Notariat vs Tribunal Suprem
Josep Maria Valls Xufré 34
- El contracte de comptes en participació no és un contracte de societat
Francisco Vicent Chuliá 48
- Un cas d'alou el segle XXI
Carmen Tort-Martorell 73
- La iniciativa legislativa popular per a la regulació de la gestació per subrogació a Espanya
Lorena Sales Pallarés 80



Pràctica

- La Llei 13/2015 i per què alguns tècnics ens entestem a parlar de precisió
Carmen Femenia-Ribera i Gaspar Mora-Navarro 88
- Protecció de les persones vulnerables
Pedro Carrión García de Parada 94



Internacional

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



Sentències

- Sentències del Tribunal Suprem
Redacció Wolters Kluwer 120
- Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
Víctor Esquirol Jiménez 127



Resolucions

- Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions mercantils i de la propietat
Fernando Agustín Bonaga 135
- Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez..... 161



Bibliografia

- Recensió bibliogràfica: «Derecho Privado Romano», d'Antonio Fernández de Buján
David López Jiménez 171



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret 177

El Notari i la futura contractació hipotecària amb consumidors

«Cometre un error i no corregir-lo és duplicar-lo» (Confuci)



Alfonso Cavallé Cruz

Degà del Col·legi de Notaris de les Illes Canàries

L'actual normativa sobre contractació hipotecària ha demostrat, en relació amb l'actuació notarial, ser insuficient en desaprofitar les possibilitats que brindaria la presència del Notari en la fase precontractual. Algunes de les mesures de transparència existents actualment en la norma que podrien haver aportat més seguretat jurídica i reduït la conflictivitat van quedar en simples declaracions de principis d'escassa repercussió pràctica.

L'actuació notarial en la fase precontractual no és cap novetat. És el que és habitual en la contractació ordinària, en els negocis jurídics de família i de successions, en què els ciutadans acudeixen prèviament al Notari per conèixer el què i el com o, el que és el mateix, per informar-se dels «mitjans jurídics més adequats per





aconseguir les finalitats lícites que aquests es proposen assolir⁽¹⁾. Com diu la Direcció General dels Registres i el Notariat⁽²⁾: «**En l'àmbit de l'actuació notarial es poden distingir, fonamentalment, tres fases: 1a El moment previ a l'atorgament del document públic, circumscriu a la seva preparació, redacció, assessorament i informació. 2a El moment mateix de l'atorgament, en què les parts presten el seu consentiment i el Notari autoritza el document i l'incorpora al protocol. 3a El moment posterior a l'atorgament, referit a la conservació, custòdia i expedició de còpies del document públic protocol·litzat**». **Avui és una evidència**, amb corol·laris perjudicials per a tots, tant per al predisponent com per a l'adherent i per a la societat, **que en la contractació d'hipoteques seriades o en massa s'ha desaprofitat aquesta primera fase**, ja que aquest contacte previ a l'atorgament, la majoria de vegades, només es va tenir amb les entitats de crèdit, els seus empleats o gestors, i no amb el consumidor-prestatarí.

En la contractació d'hipoteques seriades o en massa s'ha desaprofitat la primera fase de l'actuació notarial prèvia a l'atorgament de document públic

Acudir en la fase precontractual a la Notaria permetria al prestatarí ob-

tenir informació i assessorament, amb la tranquil·litat que dona l'anticipació, sense els constreyniments, les distraccions i les pressions dels altres atorgants, agents o mediadors que concorren a la signatura el dia de l'atorgament, amb interessos diferents dels del consumidor. **Aquesta possibilitat d'examinar el document i rebre informació imparcial en els dies previs serà rellevant per garantir la màxima transparència i confiança**. En aquest àmbit es podria enquadrar el dret recollit a l'art. 30 de l'Ordre de Transparència de 2011⁽³⁾, en virtut del qual **el prestatarí té dret a examinar el projecte d'escriptura pública de formalització del préstec hipotecari, al despatx del Notari, almenys durant els tres dies hàbils anteriors al seu atorgament**. Aquest precepte no ha tingut l'èxit que hauria estat desitjable per diverses raons: la primera, perquè no s'imposa expressament al prestador l'obligació d'avisar el consumidor de l'existència d'aquest dret; la segona, perquè no s'estableix en la llei una obligació clara i expressa a les entitats prestadores de facilitar les dades completes a la Notaria amb l'anticipació mínima suficient perquè pugui estar a punt l'esborrany en els dies previs; la tercera, perquè permet la renúncia amb excessiva facilitat, la qual cosa, unida al que s'ha dit anteriorment fa que a la pràctica aquesta sigui la regla general, i, per acabar, perquè el Notari no té facultats per exigir-lo i negar-ne en cas contrari l'autorització⁽⁴⁾. Aquestes deficiències tenen

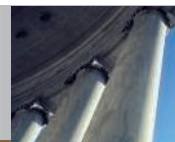
fàcil solució i han de ser resoltes en la nova normativa. Amb aquestes es garantiria més transparència i seguretat jurídica.

La lliure elecció de Notari està vinculada a un dels caràcters més rellevants de la funció notarial, que és l'assessorament a l'atorgant de l'acte o negoci jurídic

També cal fer realitat el dret del consumidor a escollir el Notari que li facilitarà «informació jurídica comprensible, a fi que formalitzi el contracte únicament prèvia reflexió suficient i amb ple coneixement del seu abast jurídic»⁽⁵⁾. Aquest dret és per al consumidor un dret subjectiu, irrenunciable i no negociable⁽⁶⁾. Com diu el Tribunal Suprem⁽⁷⁾, la lliure elecció de Notari està «vinculada a un dels caràcters més rellevants de la funció notarial, que és l'assessorament a l'atorgant de l'acte o negoci jurídic, el qual és lògic que pugui designar, d'entre diversos, el Notari que més confiança li mereixi». La reforma del 2007 del Reglament Notarial⁽⁸⁾ va tenir com un dels seus objectius «reforçar el règim de lliure elecció del Notari» i, en la contractació seriada o en massa, serveix per atenuar els desequilibris d'informació. La lliure elecció de Notari està recollida com un mecanisme de transparència a l'art. 30 de l'Ordre de 2011⁽⁹⁾, malgrat això la falta d'una normativa amb rang suficient i l'absència d'una sanció al predisponent en cas d'incomplir o dificultar aquest dret han permès la proliferació de pràctiques contràries a aquest que es podrien considerar abusives⁽¹⁰⁾.

La llei ha de facultar i obligar el Notari a indagar el grau de compliment de l'obligació per part del prestador d'avisar el consumidor amb antelació suficient del seu dret a la lliure elecció de Notari

Per tal que el dret del consumidor a elegir Notari sigui verdaderament eficaç, s'hauria d'establir amb claredat l'obligació de respectar-lo per part del prestador i les conseqüències



es del seu incompliment. I a més, de manera expressa, s'ha de fixar l'obligació d'avisar el consumidor amb antelació suficient, ja que «la lliure elecció de Notari és plenament aplicable al moment previ, com també a l'atorgament del document públic»⁽¹¹⁾. També amb vista a la seva efectivitat cal que la llei faculti i obligui el Notari⁽¹²⁾ a indagar el grau de compliment d'aquesta obligació per part del prestador, com a requisit per a l'autorització del document.

Seria aconsellable que la futura Llei imposi que l'entrega de la FEIN s'efectuï a la mateixa Notaria i la subscrigui el consumidor en presència del Notari

Diu la **Directiva de la Unió Europea sobre contractes de crèdit**⁽¹³⁾ que «és important que el consumidor, un cop hagi facilitat les dades precises sobre les seves necessitats, la seva situació financera i les seves preferències, **rebi la informació corresponent per mitjà de la FEIN**⁽¹⁴⁾, sense demora i amb suficient antelació abans de quedar vinculat per una oferta o un contracte de crèdit, de manera que pugui reflexionar i comparar les característiques dels productes de crèdit i obtenir assessorament d'un tercer, en cas necessari». I amb aquesta finalitat estableix que «els Estats Membres especificaran un període de set dies, com a mínim, durant el qual el consumidor disposarà de temps suficient per comparar les ofertes, avaluar-ne les implicacions i prendre una decisió amb coneixement de causa». La constrenyedora Llei de Contractes de Crèdits Immobiliaris hauria d'obligar el Notari a comprovar que es va efectuar l'entrega de la FEIN amb suficient antelació, que s'adequa al model amb els seus requisits fixats en la norma, que no existeixen discrepàncies entre el seu contingut i el de l'escriptura i, en cas contrari, denegar-ne l'autorització. Seria aconsellable, per raons d'eficàcia, que la futura Llei imposi que l'entrega de la FEIN s'efectuï a la

mateixa Notaria i la subscrigui el consumidor en presència del Notari, amb la qual cosa quedaria constància fefaent de la data d'entrega i es garantiria de manera eficaç la possibilitat d'obtenir informació del Notari en fase precontractual.

Des del punt de vista de l'empresari, **el Notari també ha de ser utilitzat per deixar prova del compliment dels deures del predisponent relacionats amb la transparència real**⁽¹⁵⁾. El Notari pot obtenir informació dels atorgants i deixar constància documental de qualsevol protocol o actuació adoptat per l'empresari en la fase contractual per donar compliment al «seu propi deure especial de transparència»⁽¹⁶⁾. Amb el seu reflex documental, quedaria prova de la diligència amb la qual va obrar i s'evitaria que, per falta de prova, el contracte pugui ser titllat en el futur d'*abusiu* per falta de transparència⁽¹⁷⁾.

La funció del Notari de conformar el document a les lleis ha de ser generadora de confiança en la contractació seriada

La gent només es recorda de santa Bàrbara quan trona. El mateix passa amb els notaris, ja que ningú es recorda d'ells, ni els troben a faltar, fins que esclata la tempesta que trastoca l'ordre jurídic, econòmic o social. **La funció preventiva del Notari de conformar el document a les lleis**⁽¹⁸⁾ **també ha de ser eficaç i generadora de confiança en la moderna contractació seriada**, ja que és per a les parts contractants una garantia de la plena eficàcia del contracte, i per a la societat i l'Estat, garantia del compliment de l'ordenament jurídic i de la salut de la contractació.

(1) Art. 1r del Reglament Notarial.

(2) Resolució de 9 de setembre de 2015.

(3) Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre, de transparència i protecció del client de serveis bancaris.

- (4) La Sentència de la Sala III del Tribunal Suprem de 7 de març de 2016 va declarar la nul·litat dels paràgrafs de l'art. 30 de l'Ordre de Transparència, que facultava el Notari per denegar l'autorització quan no es complien els requisits exigits per l'Ordre, per considerar que una Ordre Ministerial no té rang suficient, ja que, segons la Sentència, «determinades competències, sotmeses al principi de reserva de llei, han d'estar habilitades per una norma de rang legal».
- (5) Art. 93.1 del Text Refós de la Llei de Defensa de Consumidors i Usuaris.
- (6) Art. 89.8 del Text Refós de la Llei de Defensa de Consumidors i Usuaris, i art. 3 126 del Reglament Notarial.
- (7) Sentència de 20 de març de 2013.
- (8) Reial Decret 45/2007, de 19 de gener, pel qual es modifica el Reglament Notarial.
- (9) Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre.
- (10) Aquestes pràctiques es podrien considerar abusives, amb caràcter general, conforme a l'art. 82.1 del TRLDCU i, en especial, als art. 89.8 (renúncia o transacció sobre el dret a elecció de fedatari) i 86.1 LCU (l'exclusió o limitació de forma inadequada dels drets legals del consumidor o usuari, per incompliments de deures de l'empresari, que limitin o privin el consumidor i usuari dels drets reconeguts per normes dispositives o imperatives, com és el cas del dret a elecció de Notari).
- (11) Resolució de la DGRN de 9 de setembre de 2015.
- (12) Els notaris que, «en honor al seu deure d'imparcialitat, tindran cura que es respecti el dret de lliure elecció de Notari» (art. 142 RN) i hauran de vetllar pels drets dels consumidors (art. 147 RN).
- (13) Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrer de 2014.
- (14) Fitxa Europea d'Informació Normalitzada.
- (15) Com, per exemple, si el prestador va adoptar algun protocol especial d'actuació per garantir la transparència real de determinat contingut principal del contracte (Sentència de 8 de setembre de 2014).
- (16) Sentència del Tribunal Suprem de 8 de setembre de 2014.
- (17) Sentència del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013.
- (18) Art. 1 de la Llei del Notariat.

Barcelona celebra la seva cita anual com a capital europea del Notariat



Ernesto Tarragón Albella
Notari de Castelló de la Plana
Delegat per a la UINL del Consell General del Notariat

El Col·legi de Notaris de Catalunya és la seu en què cada any es reuneix la Comissió d'Afers Europeus (CAE) de la Unió Internacional del Notariat (UINL) per tractar els assumptes propis de la seva competència i donar lloc a una nova sessió de l'Acadèmia Notarial Europea (ANE). Durant els dies **18 i 19 de novembre de 2016, el Col·legi va obrir les seves portes al Notariat europeu, i els diferents delegats dels trenta-nou notariats que formen la CAE** van gaudir, un cop més, de l'hospitalitat catalana. En aquesta ocasió, podem assenyalar dues novetats especials: d'una banda, **per primer cop assistia una delegació del Notariat de Sèrbia**, estrenant així la condició de nou membre, el número 87, de la UINL, després d'ingressar al Congrés Internacional celebrat a París a l'octubre de 2016. D'altra banda, una altra novetat va ser la **presentació a aquesta Comissió Europea del Notari de Barcelona José Marqueño de Llano, que, elegit en l'esmentat Congrés de París, serà el President de la UINL durant els propers tres anys**, en el període 2017-2019, i la presentació de qui serà la Vi-

cepresidenta de la UINL per a Europa, la Notària alemanya Sigrun Erber-Faller, i del Secretari de la UINL, el Notari de Reus Pedro Carrión García de Parada.

Barcelona va ser l'oportunitat per al President sortint de la UINL, el Notari de Dakar (Senegal) Daniel-Sédar Senghor, d'acomiar-se del Notariat europeu. En ser aquesta reunió de la CAE l'última de la legislatura, també va ser el moment de fer balanç de tot el realitzat en els darrers tres anys; reconèixer i agrair la bona labor que el President Pierre Becqué i el seu Buró han realitzat, i donar la benvinguda al nou President de la CAE, el Notari de Palerm (Itàlia) Franco Salerno Cardillo, que assumeix la responsabilitat d'impulsar i coordinar la Comissió durant els propers tres anys.

A la vista dels estudis realitzats, la conclusió dels quals s'ha produït en la legislatura trianual que es tancava, la CAE pot sentir-se satisfeta per la feina feta. Els seus **estudis sobre la coordinació del Dret europeu, l'anàlisi de les diferències i l'aplicació pràctica notarial de les novetats legislati-**

ves entenem que són un instrument útil per perfeccionar el Notariat, difondre'n les funcions, advertir errors i millorar el servei que el Notari presta a la societat. Només cal fer un repàs als títols dels treballs finalitzats per advertir la important tasca portada a terme, i és de justícia el reconeixement a tots els notaris que, amb els seus estudis i treballs, han contribuït a realitzar-los. En especial, hem d'agrair la labor dels diferents coordinadors, que redacten els qüestionaris i analitzen i coordinen les respostes. Per això, assenyalo que **els temes d'estudi finalitzats es referien a les matèries següents: preparació, registre i arxivament dels documents electrònics notariais; l'evolució del Dret de Família i les conseqüències per al Dret Notarial; la situació dels notaris jubilats; una anàlisi del Certificat Successori Europeu; la funció notarial en relació amb el ciutadà estranger; les diferències entre els conceptes legalització, certificació i autenticació, i un estudi relatiu a la responsabilitat civil del Notari.** També l'actualització de les fitxes sobre règims successoris, règims economicomatrimonials o protecció



de persones vulnerables és una tasca permanent de la Comissió i segueix en curs.

Com a novetats principals: la primera vegada que assisteix una delegació del Notariat de Sèrbia i la presentació de José Marqueño de Llano com a President de la Unió Internacional del Notariat, de la Vicepresidenta i del Secretari de la UINL, Sigrun Erber-Faller i Pedro Carrión García, respectivament

Sens dubte, una de les obres de les que més satisfeta pot estar la CAE és la **publicació del llibre Sucesiones en Europa, escrit en col·laboració amb el CNUE i la Fundació IRENE** (sigles en francès de l'Institut de Recerca i Estudis Notarials Europeus), la Presidenta del qual, la grega Sofia Mouratidou, ens va acompanyar en la presentació d'aquesta obra jurídica cridada a ser de gran utilitat en els nostres despatxos, on cada cop és més freqüent conèixer de successions on hi ha un component internacional divers. Recordem que, segons fonts de la pròpia Comunitat Europea, més de dotze milions de persones estudien, treballen o viuen en un Estat Membre del qual no són nacionals, situació especialment apreciable per la quantitat de jubilats europeus que ens visiten o resideixen a Espanya.

D'altra banda, l'**Acadèmia Notarial Europea és el fòrum de debat de temes d'interès social** que els notaris proposem perquè, amb la nostra contribució, siguin analitzats des de tres punts de vista: l'acadèmic, el judicial o administratiu i l'estrictament social. **En aquesta ocasió, el tema no podia ser més actual, ja que es va tractar de Les conseqüències de l'emigració i el Notariat.** L'acte es va desenvolupar sota la Presidència del llavors President del Consell General del Notariat espanyol, José Manuel García Collantes, i del Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, Joan Carles Ollé Favaró, i va comptar amb l'assistència del Conseller del Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya, Jordi Jané Guasch.

La Notària de Luxemburg i Secretària de la Comissió de Drets Humans de la UINL, Joelle Schwachtgen, va actuar de moderadora, aportant el punt de vista notarial a un drama social dels nostres dies que va ser analitzat en tres ponències:

- La primera va ser «**Ajuda, acolliment i identificació dels emigrants**», a càrrec de la italiana Marilina Giaquinta, dirigent de la Policia Administrativa i Social



de la Prefectura de Catània, Sicília (Itàlia), la qual va exposar la crua realitat dels qui arriben a la mar en unes condicions lamentables amb l'esperança d'una nova vida.

- El segon tema va ser «**Qüestions judicials i administratives relacionades amb la immigració**», a càrrec del prestigiós Advocat de Barcelona Eduard Sagarra, especialista en aquestes qüestions, que va saber sensibilitzar l'auditori amb una exposició brillant.
- La tercera ponència va aportar el punt de vista acadèmic amb la intervenció de Marie Goré, Professora de Dret Internacional Privat a la Universitat Paris II, Panthéon-Assas, que va realitzar una magnífica síntesi de les «**Qüestions jurídiques específiques dels immigrants**».

Les exposicions van anar seguides d'un animat col·loqui que va manifestar l'interès general per aquest tema i ens recorda que, amb total respecte a la legalitat, ser estranger o immigrant no ha de suposar cap minva dels drets del ciutadà o dificultar-ne l'exercici; no obstant això, en la pràctica, els ciutadans estrangers segueixen trobant nombrosos obstacles en la vida quotidiana en exercir aquests drets, essent una de les dificultats la necessitat de presentar documents que aportin la prova requerida per gaudir d'un dret o restar subjecte a una obligació.

Per l'assistència de ponents i visitants distingits, per la qualitat dels treballs presentats i per la incomparable acollida del Col·legi de Notaris de Catalunya, que mai podem agrair prou, es podria considerar que aquesta reunió de Barcelona ha estat un èxit dels organitzadors i dels delegats assistents. Però **el mèrit de tota reunió notarial és de tots els notaris que, amb la bona labor diària, des de l'anonimat dels seus despatxos, mantenen el prestigi d'aquesta professió, que**

es justifica pel valor afegit que aporta a la seguretat jurídica i per la utilitat social de la seva funció pública.

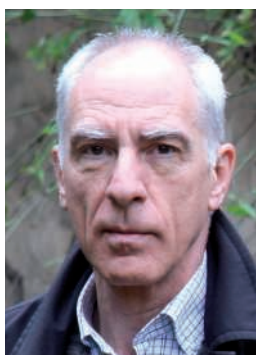
Sens dubte, una de les obres de les que més satisfeta pot estar la CAE és la **publicació del llibre Sucesiones en Europa, escrit en col·laboració amb el CNUE i la Fundació IRENE**

La circumstància que **dos espanyols siguin presidents de la UINL i el CNUE en aquest moment evidencia el prestigi del nostre Notariat.** El Notariat espanyol, en les persones dels nostres companys Marqueño de Llano i García Collantes, ostenta la màxima responsabilitat i dignitat en la representació i gestió del Notariat. Els desitgem els majors èxits en la seva gestió i els oferim el nostre recolzament en la difícil i no sempre ben entesa labor del Notariat internacional.

El mèrit de tota reunió notarial és de tots els notaris que, amb la bona labor diària, des de l'anonimat dels seus despatxos, mantenen el prestigi d'aquesta professió, que es justifica pel valor afegit que aporta a la seguretat jurídica i per la utilitat social de la seva funció pública

Tota la nostra gratitud per la dedicació dels qui assumeixen responsabilitats i als qui fan possibles aquestes trobades internacionals, que engrandeixen encara més, si és possible, la nostra estimada professió.

L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, avui



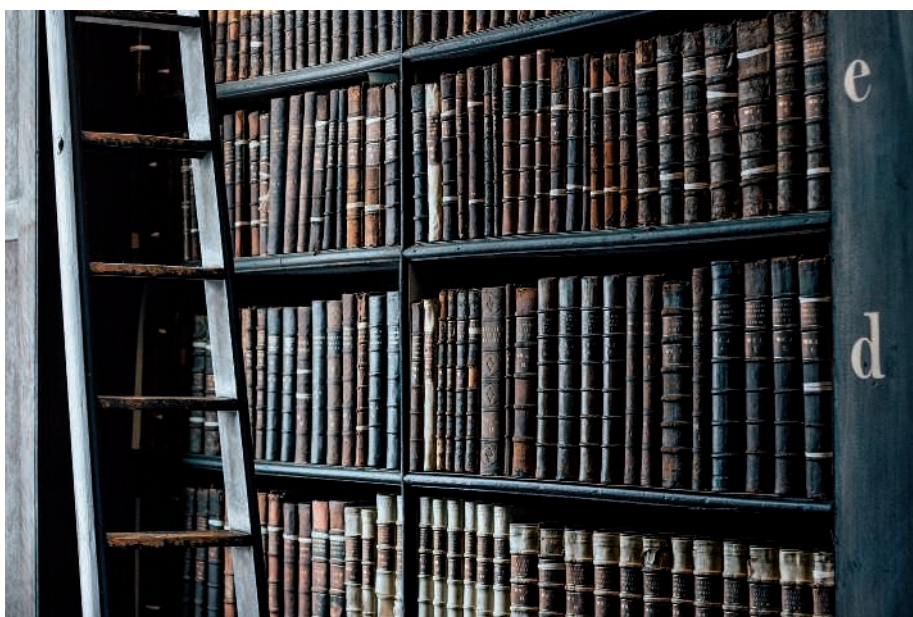
Lluís Jou Mirabent

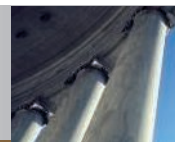
Notari de Barcelona

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

El passat 13 de desembre, vaig ser elegit com a President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, i per aquest motiu se'm demana que contextualitzi per a *La Notaria* quin és el paper de l'Acadèmia avui i que el relacioni amb el Notariat.

L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya fou instituïda el 1840 pel Col·legi d'Advocats (avui, de l'Advocacia) de Barcelona, **amb la finalitat de dotar els juristes de la ciutat d'un espai autoritzat des del qual influir en la tasca legislativa de l'Espanya liberal**. Cinquanta anys més tard, l'Acadèmia es va reestructurar profundament i, **el 1895**, juntament amb el Col·legi de l'Advocacia, **va iniciar la publicació de la *Revista Jurídica de Catalunya***, una de les revistes jurídiques no especialitzades de més difusió i tradició dels països iberoamericans, i





que, a més, ha estat clau per a la difusió del coneixement del Dret català. **Altres fites de relleu públic foren l'organització del Primer i del Segon Congrés Jurídic Català, els anys 1936 i 1971, en ambdós casos conjuntament amb altres institucions jurídiques del país.**

Integren l'Acadèmia trenta-sis juristes residents habitualment a Catalunya, de trajectòria reconeguda i rellevant i de les diverses disciplines i professions del Dret: advocats, catedràtics d'Universitat, magistrats i notaris, principalment

Després de la revolució i la guerra, **fou suprimida el 1939 i reinstaurada amb l'estructura actual el 6 d'abril de 1954.** Des de llavors, té la consideració de Corporació de Dret Públic, amb un nombre limitat de membres, i l'han presidida Antoni M. Borrell i Soler, Joan Ventosa i Calvell, Josep M. Trias de Bes i Giró, Ramon M. Roca Sastre, Francesc d'A. Condomines Valls, Miquel Casals Colldecarrera, Josep Joan Pintó Ruiz, Lluís Figa Faura, Robert Follia Camps i Josep D. Guàrdia Canela, set advocats i tres notaris, als quals ara tinc l'honor de succeir.

Integren l'Acadèmia trenta-sis juristes residents habitualment a Catalunya, de trajectòria reconeguda i rellevant i de les diverses disciplines i professions del Dret: advocats, catedràtics d'Universitat, magistrats i notaris, principalment, que són elegits per cooptació pels seus membres entre les persones candidates, les quals sempre requereixen l'aval previ de tres i el vot favorable de la majoria absoluta dels acadèmics. A cada acadèmic li correspon una medalla que du el nom d'algun Jurista català destacat, entre ells, els dels notaris Roca Sastre i Fèlix Falguera. **Actualment, hi ha set notaris acadèmics.** Ser rebut a l'Acadèmia com a membre de número és un gran honor per als elegits. Equival a ser reconegut per una trajectòria jurídica, professional i d'estudi per part d'un jurat políticament independent, qualificat jurídicament i prestigiós socialment. Entrar a l'Acadèmia representa, normalment, retrobar alguns dels professors que vas



tenir a la Facultat, alguns dels mestres indiscutibles de cada camp del saber jurídic o alguns dels professionals del Dret més reconeguts. I així va succeint de forma progressiva, a causa de l'evolució natural de les persones elegides.

L'Acadèmia celebra reunions ordinàries aproximadament cada quinze dies, entre els mesos d'octubre i juny. En aquestes, **després de tractar qüestions d'interès per a l'entitat, un acadèmic presenta una comunicació sobre un tema de la seva especialitat, comunicació que se sotmet a debat.** N'esmentaré algunes de les més recents:

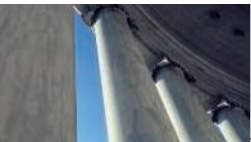
- «El Reglamento de la Unión Europea en materia de sucesiones: aspectos generales y problemas de remisión a un ordenamiento plurilegislativo», per Alegria Borràs.
- «Els acords de custòdia de territori», per Antonio Cumella.
- «¿Ha incidido en la naturaleza jurídica de la función notarial la Ley 15/2015,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

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

De vegades, l'Acadèmia **celebra sessions públiques i solemnes, normalment amb ocasió de l'obertura del curs acadèmic o la recepció de nous acadèmics, i també ha organitzat sessions obertes sobre temes d'interès**, com, per exemple, el debat sobre els conceptes «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» i «Corrupción y Justicia penal», temàtica sobre la qual van versar les tres darreres.

L'Acadèmia celebra sessions públiques i solemnes, normalment amb ocasió de l'obertura del curs acadèmic o la recepció de nous acadèmics, i també ha organitzat sessions obertes sobre temes d'interès

El suport material del Col·legi de l'Advocacia és vital per a la Corporació.



Cedeix de manera permanent a l'Acadèmia una sala de reunions i li dona el suport logístic imprescindible per mitjà de l'adscripció d'una persona de la seva plantilla que atén amb eficàcia i professionalitat les necessitats del dia a dia. **També és vital l'ajut de la Generalitat i, darrerament, el de la Fundació bancària "la Caixa",** que, amb aportacions econòmiques discretes, permeten que l'Acadèmia dugui a terme la seva activitat: sessions públiques o obertes, publicació dels discursos d'ingrés, publicació dels annals, relacions de col·laboració amb altres acadèmies... Cal destacar, en aquest punt, que cap dels acadèmics percep dietes ni retribucions.

A punt d'entrar a la tercera dècada del segle XXI, **l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya té al davant el repte de trobar el seu lloc en la societat actual.** També el tenen les altres nou acadèmies que hi ha a

Catalunya i, fins i tot, l'Institut d'Estudis Catalans. **De fet, és un fenomen generalitzat a totes les societats occidentals.** Més enllà del reconeixement honorífic dels membres, avui dia les acadèmies no estan en disposició d'actuar ni com a centres per generar recerca, ni com a organismes per difondre-la, atesa l'evolució positiva de la recerca universitària en les darreres dècades. D'altra banda, la seva capacitat de col·laboració amb els poders públics, que fou important temps enrere, ha minvat, atesa la creació d'una multiplicitat de consells assessors en tots els departaments i ministeris.

Per exemple, Catalunya compta ara amb sis facultats de Dret públiques i dues de privades, contra una única facultat fa seixanta anys; s'ha dotat d'un Observatori de Dret Privat i una Comissió de Codificació, d'una Comissió Jurídica Assessora i, a un altre nivell, un Consell de Garan-

ties Estatutàries, organitzats pel Govern i el Parlament de Catalunya, que seixanta anys enrere en feia quasi vint que havien estat suprimits; l'Institut d'Estudis Catalans, que el 1954 era clandestí, avui compta amb un finançament públic considerable, etc.

La societat catalana reconeix a l'Acadèmia un prestigi considerable per la seva tasca (i la dels seus membres) a favor de l'estudi, la conservació i el desenvolupament del Dret de Catalunya i el progrés de les idees jurídiques

Tot i això, **la societat catalana reconeix a l'Acadèmia un prestigi considerable per la seva tasca (i la dels seus membres) a favor de l'estudi, la conservació i el desenvolupament del Dret de Catalunya i el progrés de les idees jurídiques.** En un temps com l'actual, en què sembla que només sigui rellevant la solució pràctica dels problemes del dia a dia, en què la inflació legislativa en tots els ordres i nivells arriba a graus de paroxisme, en què sembla que saber Dret sigui només conèixer el text d'algunes normes d'especialitat i, en canvi, perden importància els conceptes jurídics, **la visió global de l'Ordenament, la finalitat de les lleis, la valoració sociològica del Dret, la tradició pròpia del país i l'existència d'un espai de debat com és l'Acadèmia són altament profitosos.**

Em fa goig d'oferir-lo al Notariat del país, en general, i al Col·legi de Notaris de Catalunya, en particular, amb el qual considero que seria positiu explorar camins de col·laboració.

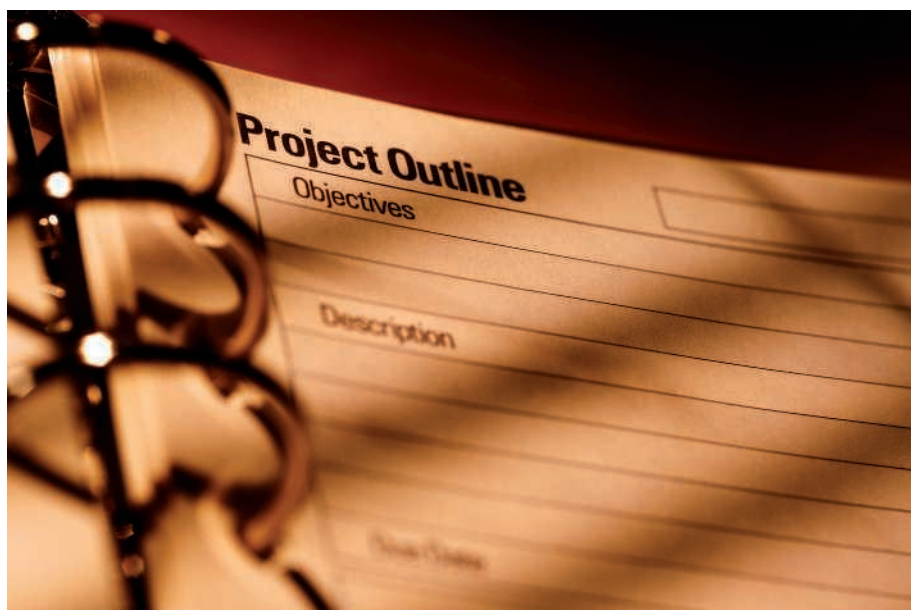
El Notariat i l'atribució de noves funcions: impacte d'aquestes funcions en l'exercici i l'ésser de la funció

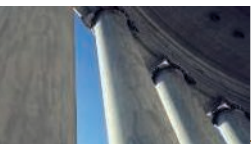


Antoni Bosch Carrera
Notari de Barcelona
Professor de la UIC

El Notariat pateix els efectes dels temps actuals. Són els efectes de la crisi —no únicament l'econòmica—. Són els efectes del que BAUMAN denomina *societat de la modernitat líquida*: «La crítica estil consumidor ha vingut a reemplaçar la seva antecessora, la crítica estil productor». La societat occidental experimenta des de fa unes dècades una tensió creixent, l'efecte més clamorós de la qual són els canvis socials, polítics i econòmics larvats des de fa anys.

Són temps de reformes i al món del Dret res d'això no li és aliè. **La reforma de la jurisdicció voluntària culmina la reforma del procés civil a Espanya iniciada l'any 2000 amb la nova Llei d'Enjudiciament Civil.** La previsió establerta (disp. trans. 18a de la LEC) de tenir llest un text en un any es va allargar fins a quinze





anys, i així apareix la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària (LJV). A partir d'aquesta Llei, es fragmenten els processos de jurisdicció voluntària i entrem en un nou escenari amb una divisió de procediments i una pluralitat d'operadors. **Els notaris són part important en la reforma. Fins i tot es pot afirmar que són els actors principals de la reforma.** Aquest article intenta explicar quins són els efectes que pot experimentar la funció notarial a causa d'aquesta reforma en vista de les també reformes en matèria de blanqueig de capitals i frau fiscal.

Tornem a la jurisdicció voluntària. La primera pregunta: per què aquesta reforma? Com en altres casos, **la reforma ve motivada per la «pressió» de la Unió Europea.** La Recomanació del Comitè de Ministres del Consell d'Europa de 16 de setembre de 1986 indicava que calia adoptar les mesures necessàries per evitar la càrrega excessiva dels tribunals. Aprofundim més: per què Europa vol desjudicialitzar aquests procediments de jurisdicció voluntària? Pot haver-hi moltes respostes, però, **al meu parer, la reforma cal emmarcar-la en la crisi de l'Estat del Benestar.** Les privatitzacions d'empreses públiques, les reformes en matèria sanitària —copagament i entrada d'operadors privats al sistema—, les reformes en educació —concertació de l'educació amb centres privats— o les reformes laborals són manifestacions d'aquesta crisi. És un fet que aquestes reformes han marcat l'agenda política des de l'inici d'aquest

segle i sembla que, per ara, ignorem cap a on ens portarà aquesta agenda.

La reforma de la jurisdicció voluntària culmina la reforma del procés civil a Espanya iniciada l'any 2000 amb la nova Llei d'Enjudiciament Civil. Els notaris són part important en la reforma. Fins i tot es pot afirmar que en són els actors principals

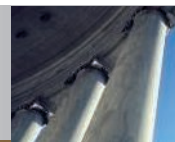
Les lleis —de fet, són reformes de lleis— que comentem, cal ancorar-les dins d'aquest procés de reforma de l'Estat del Benestar ja iniciat a finals del segle passat i **tenen un objectiu numèric clar: alleujar els Pressupostos Generals de l'Estat d'uns dèficits públics que avui semblen insuportables.** O, dit d'una altra manera, evitar que la càrrega impositiva dels ciutadans sigui excessivament onerosa o clarament contraproduent per a l'activitat econòmica. Però —i el però és important—, en el nostre cas, no es tracta d'una privatització. **Tècnicament, l'atribució de funcions de jurisdicció voluntària als notaris —entre d'altres— no n'és una privatització, sinó una desconcentració administrativa.**

El Notari és un funcionari públic, dependent jeràrquicament del Ministeri

de Justícia a través de la Direcció General dels Registres i del Notariat. **També és un professional del Dret amb la funció d'assessorar aquells que recorren als seus serveis** (RN art. 1 redacc. RD 45/2007). **A més, l'autonomia funcional i la independència econòmica dels Pressupostos Generals de l'Estat fan del Notari una figura interessant per gestionar funcions públiques sense cost directe per als comptes públics.** Aquesta singularitat s'adapta molt bé a aquests moments de crisi pressupostària, per la qual cosa no és estrany que la solució adoptada a Espanya hagi estat satisfactòria per a l'Estat. Però per als notaris, és satisfactòria la reforma? **És una bona idea l'atribució d'aquestes funcions de jurisdicció voluntària als notaris? Penso que la resposta és afirmativa, encara que —i disculpeu el matís els lectors— no clarament afirmativa.** És una reforma satisfactòria i puc qualificar de *bona idea* per part de l'Estat atribuir aquestes funcions als notaris. No obstant això, **el paper —es podria dir rol— del Notari pateix canvis.** Posarem un exemple. A l'actualitat, el Notari pot documentar mitjançant escriptura pública els convenis reguladors de separació i de divorci. «*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. Llei 15/2015). En aquest cas, es demana al Notari que emeti un judici amb base en la consideració que un pacte pot ser danyós o greument perjudicial. No hi ha dubte de que aquesta funció excedeix de les funcions clàssiques o habituals dels notaris. Hi ha altres exemples iguals o semblants.

Tècnicament, l'atribució de funcions de jurisdicció voluntària als notaris —entre d'altres— no n'és una privatització, sinó una desconcentració administrativa

Canviem de registre. En aquesta línia —tot i que amb una justificació diferent— **cal entendre l'atribució de noves i greus obligacions als notaris en matèria de frau fiscal i blanqueig**



de capitals. La reforma, l'any 2006, de l'art. 24 de la Llei del Notariat obliga el Notari a «vetllar per la regularitat no només formal, sinó material, dels actes o negocis jurídics que autoritzi o intervingui» (LN art. 24 redacc. Llei 36/2006). Si unim aquesta obligació a les exigències legals d'enviament d'informació mitjançant el denominat Índex Únic Informatitzat, resulta evident l'afirmació que **el Notariat és un estret col·laborador de l'Estat en la lluita contra el frau fiscal i el blanqueig de capitals.** I afegixo, a més, que no podria ser de cap altra manera, tractant-se d'un funcionari públic. La pregunta és evident: **suposen les reformes en matèria de blanqueig de capitals i les referides a la col·laboració amb l'administració —singularment, la Tributària— una modificació del *statu quo* notarial?** Com a Notari amb una experiència propera als 35 anys d'exercici, he de contestar que aquesta reforma ha suposat i suposa una modificació molt important de la manera en què venia exercint la professió. En quin sentit? En el sentit que **s'ha accentuat l'actuació funcional en detriment de la professional.** Malgrat això, el canvi no sembla essencial. Resulta essencial el fet que al Notariat en conjunt —mitjançant els organismes dependents del Consell General— i al Notari individu —mitjançant l'Índex Únic Informatitzat— se li hagin donat els mitjans perquè pugui complir amb eficàcia una de les seves funcions com a funcionari públic: servir l'Estat. **Quan el Notari no té els mitjans legals per imposar la seva autoritat, restarà sempre a mercè del que les parts di-**

guin, pactin o facin. El mer fet de processar, ordenar i analitzar la informació obtinguda ha tingut una eficàcia fins ara desconeguda, eficàcia que ha valgut el reconeixement dels notaris com a col·laboradors útils contra el crim organitzat o el frau fiscal.

El Notariat és un estret col·laborador de l'Estat en la lluita contra el frau fiscal i el blanqueig de capitals. Fet que no podria ser de cap altra manera, atès que el Notari és un funcionari públic

Quelcom semblant ha ocorregut amb la «crisi» de les hipoteques. **Els notaris no tenim autoritat per «imposar» al Banc que retiri una clàusula que pogués ser abusiva, llevat que estigui inscrita en un Registre de Condicions Generals de la Contractació.** La nostra funció, en aquest cas, és informar, però no podem anul·lar la clàusula o impedir que s'incorpori al contracte. **Si l'Estat vol, pot donar aquesta autoritat als notaris.** Llavors el Notari respondria de les clàusules abusives que no hagués eliminat.

Sens dubte, l'atribució d'aquestes noves funcions als notaris no és neutral. L'òrgan exercent de les noves funcions atribuïdes pateix una modificació no només en el marc legal, sinó també en l'operativa: la funció fa l'òrgan. Pot afirmar-se que **els notaris amplien la seva**

funció amb els nous expedients, però, alhora, aquests expedients els canvien la manera de treballar. Canvien la manera de ser? Aquesta és la pregunta que sobrevola aquest article.

La conclusió és que **les normes esmentades suposen un impacte —no un canvi— en un doble sentit.** D'una banda, **la funció del secret professional té una excepció —una bretxa— important en matèria fiscal i de blanqueig de capitals.** No hi ha dubte que això ha canviat la percepció que els atorgants tenen del Notari.

La reforma ha suposat un impacte en la professió notarial: d'una banda, destacar que el secret professional té una excepció —una bretxa— important en matèria fiscal i de blanqueig de capitals i, d'altra banda, la funció del Notari com a funcionari s'amplia entrant en una esfera nova: els judicis i les valoracions

D'altra banda, **la funció del Notari com a funcionari s'amplia entrant en una esfera nova: els judicis i les valoracions.** Entenc que es marca una nova etapa, en la qual l'acompliment dels nostres quefers pot fer que les noves funcions suposin no només un impacte, sinó també un canvi, potser molt profund, de la funció notarial.

Reforma hipotecària i funció notarial



Joan Carles Ollé Favaró

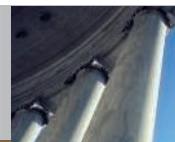
Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya

Director de la Comissió de Codificació de Catalunya

Una afirmació preliminar: **el nostre sistema hipotecari ha estat i, en essència, segueix sent un bon sistema**, amb uns tipus d'interès baixos, molt garantista i dotat d'un alt nivell de seguretat jurídica. Durant dècades, ha permès l'accés a la propietat d'un percentatge molt alt de famílies espanyoles, bastant per damunt de la mitjana europea.

Els efectes de l'aguda crisi econòmica que hem patit els anys anteriors, d'efectes devastadors en molts àmbits de la vida econòmica i social del nostre país, certament també han posat al descobert unes determinades carències i disfuncions d'aquesta legislació financera i hipotecària que fins a aquell moment no s'havien revelat i que, sens dubte, han provocat algunes situacions injustes i d'indefensió per al consumidor, que era necessari corregir.





El Tribunal de Justícia de la Unió Europea sense dubte ha desenvolupat un important paper com a motor de les reformes legals que s'han impulsat en els darrers anys a Espanya i en l'evolució de la jurisprudència del Tribunal Suprem, la qual cosa ha provocat la necessitat d'adaptació de tots els professionals i de les mateixes entitats financeres. Fins a tal punt ha estat així, que en algun moment ha pogut donar la sensació que un país com Espanya, que és una de les primeres potències europees, ha hagut i ha d'anar legislant de manera exprés, a remolc dels dictats de Brussel·les.

Cal preservar el prestigi de què, en general, gaudeix el nostre sistema jurídic i legislatiu, i cal evitar els constants canvis normatius i les sentències canviants. Els juristes necessitem unes normes clares, segures i estables

No seria bo que això seguis sent així en el futur. Sobretot, per dos motius, bàsicament: perquè **cal preservar el prestigi de què, en general, gaudeix el nostre sistema jurídic i legislatiu** i perquè **cal evitar els constants canvis normatius i les sentències canviants** i, a vegades, contradictòries, sorprenents fins i tot, amb un gran ressò mediàtic i social, però que al final el que poden acabar provocant és un problema d'inseguretat jurídica per a particulars, empreses i inversors internacionals. **Els juristes necessitem unes normes clares, segures i estables.**

El Govern s'ha de prendre el temps necessari per tal de debatre i generar un ampli consens en els camps jurídic, econòmic, social i polític, amb la reforma que s'està impulsant, per poder situar el nostre país en la línia de les regulacions completes i avançades en matèria hipotecària i de consumidors d'alguns països del nostre entorn europeu. Amb això, s'aconseguirà, a més, que des de les altes instàncies comunitàries s'aparti el focus que ara es projecta amb llums llargues sobre les actuals febleses de la nostra legislació.

En aquest ordre de coses, la **Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013** va provocar una autèntica commoció en el sistema hi-

potecari espanyol, un efecte traumàtic que es va repetir amb la **Sentència de 21 de desembre de 2016 del mateix Tribunal**. Cal reconèixer que, quatre anys després, seguim instal·lats en un escenari que no genera tota la confiança i seguretat que hauria de generar sobre el nostre sistema jurídic.

El legislador espanyol, en aquest període, certament, ha realitzat diverses reformes, les més destacades de les quals són la Llei 1/2013, de protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social, i la Llei 1/2015, de mecanisme de segona oportunitat, reducció de càrrega financera i altres mesures d'ordre social, a més a més del RDL 1/2017, sobre devolució de clàusules terra. En general, es tracta de mesures positives que han permès avançar en la protecció dels drets dels consumidors i en la correcció de les disfuncions del nostre sistema hipotecari.

També diverses comunitats autònomes, en el marc de les competències pròpies en matèria de consum, han legislat de manera correcta tot reforçant la posició del consumidor. Així, per exemple, a Catalunya, tenim la Llei 20/2014, de reforma del Codi de Consum; la Llei 24/2015, de mesures urgents per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica, i la recent Llei 4/2016, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió residencial.

Resulta evident, tanmateix, la insuficiència d'aquestes mesures legislatives, sovint fragmentàries, atès el confusionisme i les polèmiques en què seguim atrapats. **Cal seguir avançant, encara que també s'ha de dir que, des del Notariat, no som partidaris de grans girs, de canvis legislatius dràstics.** He afirmat abans i m'hi reitero que el nostre sistema jurídic i hipotecari és bo, en línies generals, i que el que necessitem són mesures molt concretes i precises per corregir desajustos legals puntuals i adaptar-nos a la legislació i jurisprudència europea, bàsicament en matèria de control de transparència i abusivitat.

La transposició de la Directiva europea sobre crèdit hipotecari 2014/17/UE és una excel·lent ocasió per resoldre definitivament els principals problemes que la legislació i jurisprudència europea ha plantejat al nostre legislador. Les reformes d'aquests anys s'han centrat, bàsica-

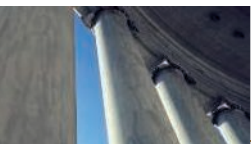
ment, en les carències del procediment judicial d'execució, però **no s'han atès en profunditat les noves necessitats de la fase contractual i precontractual.**

Tenim un sistema de seguretat jurídica preventiva que gaudeix d'un ampli reconeixement internacional, un sistema molt garantista d'un únic recorregut amb dues intervencions diferents, successives i complementàries de dos funcionaris públics: la del Notari i la posterior del Registrador, que garanteixen la seguretat jurídica de consumidors, usuaris, empreses i les mateixes entitats financeres.

En particular, **la intervenció del Notari es produeix al centre de l'iter transmissiu**, en el moment mateix de la celebració del contracte, que és quan les patologies jurídiques poden i han de ser evitades i corregides. **Qualsevol solució que vingui després**, sigui registral o judicial, per definició, **ja fa tard** i, segons com es reguli, ocasionarà problemes, a vegades insolubles per a les parts, que en el moment de l'atorgament de l'escriptura ja hauran pagat el preu de la compravenda, finançat amb el préstec hipotecari i, consegüentment, entregat per part de l'entitat financera l'import del préstec.

Dotar el Notari dels ressorts legals necessaris —ara insuficients— que li permetin exercir un ple control de legalitat, transparència i abusivitat és la mesura més encertada que pot adoptar el legislador

Els notaris no tenim cap altre interès que poder seguir oferint seguretat jurídica i confiança a consumidors i ciutadans en general, si bé **demanem que per part del legislador se'ns posin a l'abast les normes legals i els instruments jurídics que ens permetin garantir amb la màxima eficàcia els més òptims paràmetres de control de legalitat, transparència i abusivitat.** De vegades, ens hem sentit d'alguna manera lligats de mans i peus, entre l'espasa i la paret, ja que la societat ens demana amb tota lògica les màximes garanties i controls, però, en canvi, la legislació vigent no ens dóna plenament aquests mitjans jurídics. Confiam que ara podrem fer un important pas endavant en aquest sentit.



Dotar el Notari dels ressorts legals necessaris —ara insuficients— que li permetin exercir un ple control de legalitat, transparència i abusivitat és la mesura més encertada que pot adoptar el legislador. Vet aquí l'element clau del sistema. Tota la greu problemàtica que en aquesta matèria arrosseguem en els darrers anys se solucionarà més fàcilment del que sembla en el moment en què el legislador es decideixi a adoptar les mesures legals necessàries per protegir, potenciar i, en certa manera, blindar la intervenció del Notari i l'escriptura al contracte hipotecari. La millor justícia és la preventiva, que evita conflictes i redueix la litigiositat.

En aquest punt, cal destacar, per no fer passos erronis, que la vigent **Ordre de transparència EHA/2899/2011** conté una regulació, en general, adequada per garantir els drets d'informació i transparència dels consumidors, i que n'hi ha prou amb donar rang de llei, desenvolupar i potenciar alguns aspectes continguts en aquesta normativa. L'exemple més paradigmàtic és el dret que concedeix l'Ordre als deutors d'examinar, al despatx del Notari, el projecte d'escriptura i ser assessorats per aquest en el termini dels tres dies anteriors a la signatura. Tanmateix, un precepte tan important i positiu no ha estat utilitzat pràcticament per ningú en tots aquests anys.

En conseqüència, **la gran oportunitat** per superar els problemes que encara arrosseguem en l'àmbit hipotecari **és l'ac-**

tual Avantprojecte de llei reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, que transposa al nostre ordenament la Directiva europea 2014/17/UE. Pel que hem sabut de l'Avantprojecte, cal fer una valoració globalment positiva de la majoria de les mesures que s'han anunciat i el sentit general de la reforma, si bé hi ha alguns aspectes que han de ser millorats, des del meu punt de vista, que a continuació exposaré, tot i arriscant-me que en el futur el text pateixi canvis importants.

La gran oportunitat per superar els problemes que encara arrosseguem en l'àmbit hipotecari és l'actual Avantprojecte de llei reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, que transposa al nostre ordenament la Directiva europea 2014/17/UE

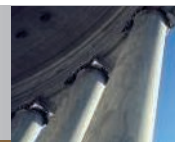
En concret, en la línia del que estic defensant, cal considerar un encert la mesura —que, sense dubte, serà positiva per a l'interès general— de **regular la intervenció del Notari en la fase precontractual**, assessorant i informant els deutors hipotecaris i controlant legalment que se'ls hagi lliurat la informació precontractual en el termini dels set dies anteriors a l'autorització de l'escriptura, la qual cosa s'incorporarà a una acta notarial prèvia. És molt important que entre la informació prèvia inexcusable a facilitar per part

de l'entitat financera hi hagi el **dret de la lliure elecció de Notari**, un aspecte que és essencial. Així mateix, cal haver fet arribar al Notari amb prou antelació tots els antecedents necessaris per a la redacció del projecte d'escriptura, de manera que pugui informar i assessorar sobre aquesta al particular en els terminis indicats. Seria un error que el projecte de contracte el facilités l'entitat financera dins la informació precontractual, atès que és part i no pot predeterminar la intervenció del fedatari públic en l'eventual correcció i millora de les clàusules.

És necessari dotar el Notari d'un control de legalitat efectiu i ampli que li permeti refusar l'autorització de l'escriptura quan el contracte no compleixi la normativa hipotecària i, en general, la legalitat vigent, cosa que fa anys que reivindicuem

Tanmateix, aquesta important mesura ha d'anar acompanyada d'altres perquè totes les peces del puzzle encaixin adequadament, per blindar el sistema i perquè, d'una vegada per totes, les qüestions de transparència i clàusules abusives deixin de ser el problema que són en l'actualitat, que en definitiva és del que es tracta. Val la pena fer l'esforç de corregir tot el que s'hagi de corregir i no quedar-se a mitges. N'hi ha prou amb unes poques mesures molt concretes, tal com he dit.

És imprescindible modificar l'article 84 de la Llei de Consumidors i Usuaris, atès que ha fallat estrepitosament l'actual sistema de control de clàusules abusives establert per aquest precepte, basat en la inscripció de la sentència ferma al Registre de Condicions General de la Contractació. És cert que diverses resolucions de la DGRN han provat de superar aquesta disfunció, però segueix havent-hi dubtes i inseguretat. La solució sembla relativament senzilla: n'hi hauria d'haver prou que la sentència ferma que declara abusiva una clàusula es publiqués i divulgues per part del CGPJ, i que se li donés trasllat al CGN perquè els notaris haguessin de rebutjar la inclusió d'aquesta clàusula en l'escriptura.



És necessari dotar el Notari d'un control de legalitat efectiu i ampli, més enllà de les qüestions concretes de transparència, que li permeti refusar l'autorització de l'escriptura quan el contracte no compleixi la normativa hipotecària i, en general, la legalitat vigent, cosa que fa anys que reivindicuem. N'hi ha prou amb recuperar el desaparegut article 30.3 i 30.4 de la repetida Ordre de 2011, anul·lat per una qüestió de reserva de llei per la Sentència del Tribunal Suprem, Sala 3a Contenciosa Administrativa, de 7 de març de 2016, que va confirmar la Sentència de l'Audiència Nacional de 5 de març de 2013. El sistema actual, en què el Notari s'ha de limitar en molts casos a realitzar els advertiments legals corresponents, no és bo per a ningú, ni per als consumidors, ni per a les entitats financeres, que poden veure llastada l'executivitat futura de l'escriptura. Si el contracte no s'ajusta a la normativa vigent, el Notari ha de tenir la potestat de denegar-ne l'autorització.

El control de transparència que està previst que el Notari porti a terme en la fase preliminar, que es concretarà a l'acta notarial que haurà d'autoritzar dins dels set dies anteriors a l'autorització de l'escriptura —i que serà la clau de volta del nou sistema—, ha de tenir un caràcter pràcticament obligatori per al deutor, ja que, d'una altra manera, correm el seriós perill que es converteixi en paper mullat, tal com ja ha succeït en el passat amb el dret a examinar l'escriptura durant els tres dies anteriors a la signatura.

Hem d'evitar caure en l'excessiva rigidesa, però crec que el legislador ha d'adoptar les mesures necessàries

per fer molt difícil la renúncia a aquest dret, per no dir que caldria dotar-lo de caràcter obligatori, ja que l'eventual renúncia a aquesta informació i assessorament després afeblirà el contracte, en perjudici de tots i de la solvència del mateix sistema hipotecari. Sens dubte, **aquesta acta s'ha d'autoritzar inexcusablement durant els dies anteriors a l'atorgament de l'escriptura de la hipoteca, dins el termini de set dies.** Permetre que s'atorgui el mateix dia de l'autorització de l'escriptura —i probablement en unitat d'acte— seria una simple operació de maquillatge que no solucionaria res.

La garantia per al consumidor ha de ser el control de transparència i assessorament i informació que li procurarà el Notari, que és el funcionari públic que l'Estat situa al centre mateix del contracte per protegir i garantir els drets dels ciutadans

Els notaris discrepem de la mesura proposada, consistent en la subscripció per part del deutor d'una expressió manuscrita que ha d'incorporar-se a l'acta prèvia que ha d'autoritzar el Notari a la fase preliminar. La garantia no pot ser un text predeterminat signat pel consumidor davant d'un treballador de l'entitat, dit amb tot el respecte. La garantia per al consumidor ha de ser el control de transparència i assessorament i infor-

mació que li procurarà el Notari, el qual, en definitiva, és el funcionari públic que l'Estat situa al centre mateix del contracte per protegir i garantir els drets dels ciutadans.

El Notariat també ha de fer un pas endavant en aquest punt. L'immobilisme seria un error, ja que la societat confia i espera del Notari solucions als problemes actuals en aquest àmbit. La proposta que cal defensar i que tota la comunitat jurídica aplaudirà, sorgida del mateix CGN, és la d'**incorporar a l'acta un test de transparència i comprensibilitat**, en el qual, amb preguntes clares i senzilles, el Notari s'asseguri que el prestatari ha rebut i entès tota la informació, clàusules i aspectes essencials del contracte. Aquesta proposta notarial, si es consagra legalment, suposarà una important contribució a la reforma i un avenç sòlid i decisiu en la resolució dels problemes actuals derivats del control de transparència. Altres solucions notariales més passives i simplement protocolitzadores podrien quedar-se a mitges i no resoldre suficientment la problemàtica actual en aquest punt.

En definitiva, **tot canvi és una oportunitat i ara és el moment de fer visible el ferm compromís de tots** —legislador, operadors jurídics i entitats financeres— **per reforçar els drets i la protecció dels consumidors.** Des del Notariat, creiem fermament que la justícia preventiva és la solució, i treballem i seguirem treballant per aconseguir un marc legal encara més garantista per al ciutadà i oferint sempre la màxima seguretat jurídica.



«Els ciutadans saben que els notaris són una garantia de seguretat i confien plenament en ells»

Diana Wallis

Presidenta de l'Institut Europeu de Dret

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Diana Wallis (Hitchin, Regne Unit, 1954) es va llicenciar en Història per la North London Polytechnic, on es va graduar com a Bachelor of Arts. Posteriorment, va obtenir el Master of Arts per la Universitat de Kent. Abans de ser elegida com a membre del Parlament Europeu, va exercir com a Advocada a Londres i Hull i va ser Consellera al Consell del Comtat de Humberside i East Riding.

Del 2007 al 2012 va ser la Vicepresidenta del Parlament Europeu i va representar en aquesta institució el Partit Liberal Demòcrata des del 1999. L'impuls de la mediació figura entre les seves principals apostes de present i de futur, i és membre de l'equip de direcció de l'Institut Internacional de Mediació i Mediadora del Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR). També és membre del Comitè Executiu de l'Institute for European Traffic Law, membre fundador de l'Institut Europeu d'Iniciatives i Referèndums i membre observador del UK Law Society's EU Committee, entre d'altres.

Des del 2013 presideix l'Institut Europeu de Dret, entitat sense ànim de lucre centrada a contribuir a la millora de la legislació europea, a l'esforç de la integració jurídica europea i a la formació.



P: Com a Presidenta de l'Institut Europeu de Dret, quins són els principals reptes que afronta?

R: En primer lloc, és important tenir en compte que l'Institut Europeu de Dret és una institució molt jove, sobretot comparat amb l'Institut Americà de Dret, que compta amb noranta anys d'història i que és la nostra referència. El nostre objectiu és assolir la mateixa posició en la societat que actualment té l'Institut Americà, com també el seu nivell d'influència en el desenvolupament del Dret. Però, com deia, l'Institut Europeu es va crear fa només cinc anys i encara som una institució molt jove. Tot i això, hem desenvolupat diversos projectes amb els quals hem intentat influenciar en el desenvolupament del Dret i hem avançat en molts àmbits. Hem posat en marxa projectes importants en l'àmbit dels contractes digitals o en el del procediment civil, un projecte que està prenent molt relleu, ja que l'ha acceptat el Parlament Europeu, que n'és el legislador. D'aquesta manera, encara que estava concebut com una petita aportació legislativa, serà utilitzat per impulsar les coses més enllà. També des de fa poc estem duent a terme un projecte sobre el rescat davant de la insolvència en els negocis, i ens hem embarcat en un gran projecte amb la xarxa europea jurídica tradicional sobre la relació amb les diferents formes de resolució alternativa de conflictes i el sistema de Justícia a les Corts, un tema que està sobre la taula de les institucions i que afecta de ple els notaris. De manera que intentem cobrir àrees molt diverses, tenir-hi impacte i avaluar l'impacte posterior en les organitzacions amb les quals treballem.

P: Quins són els passos a seguir després d'acabar un projecte?

R: El nostre objectiu és arribar al Parlament Europeu, a la comunitat jurídica i als ciutadans. Part de l'interès del treball que portem a terme des de l'Institut Europeu de Dret —i que també és característic de l'Institut Americà— és que aglutinem esforços de tots els juristes: advocats, notaris, jutges, acadèmics... L'objectiu és unir-nos tots en una comunitat democràtica —ja que votem els projectes— per ajudar i potenciar el desenvolupament del Dret europeu. No es tracta de fer de *lobby* per a

la nostra professió o per al nostre propi projecte, sinó de prestar un servei públic amb esperit altruista per mirar d'ajudar el desenvolupament del Dret europeu.

P: Quins són els principals objectius assolits fins ara?

R: Crec que tots els projectes que duem a terme tenen una influència considerable. Per exemple, el que desenvolupem en l'àmbit del Dret Contractual, com també el projecte digital, el del procediment civil, el de insolvència en els negocis i també en altres camps, com ara la Llei de Jurisdicció Criminal.

P: Quina és l'aportació dels notaris a l'Institut Europeu de Justícia?

R: Comptem amb notaris de tots els Estats Membres, que col·laboren com a membres individuals, a més de comptar amb membres de la Cort Europea de Justícia o dels tribunals. De manera que cobrim un gran perfil de professionals. I fins i tot admetríem una institució com el Col·legi de Notaris de Catalunya!

P: Anteriorment havia treballat com a Advocada i s'havia centrat en els litigis comercials europeus. És aleshores quan va entrar per primer cop en contacte amb la mediació?

R: Quan vaig començar a exercir com a jove Advocada a Londres,

que era precisament quan es va iniciar el procés de la Convenció, vaig treballar —i vaig arribar a ser sòcia— en una petita firma que tenia molts clients alemanys, belgues i suïssos. Ens vam especialitzar en els litigis transfronterers, un tema que ens divertia. Però, finalment, em vaig adonar que el que per als advocats era divertit potser no ho era per als clients, i que hi havia d'haver una manera millor de tractar aquests temes. I vaig reforçar molt més aquesta visió quan vaig arribar al Parlament Europeu. De fet, el primer dossier que va aterrar sobre la meua taula era un informe sobre una regulació única, i hi vaig veure els mateixos problemes que en l'època en què treballava per a aquell despatx d'advocats.

Davant d'un procés judicial molt més rígid, la mediació facilita un fòrum neutral en què les parts estan sota control i des d'on poden, amb total seguretat, explorar els seus interessos, allò que les parts volen realment per resoldre el conflicte

P: Quins són els principals avantatges de la mediació?

R: Clarament, en primer lloc, el fet que facilita un fòrum neutral en què les parts estan sota control i des d'on





Entrevistes

poden, amb total seguretat, explorar els seus interessos en comptes d'anar a un procés judicial, molt més rígid, on possiblement no podran exposar així els seus interessos, allò que les parts volen realment per resoldre el conflicte. A més, la mediació ofereix una estructura, un format que predisposa a arribar a punts de trobada, a salvar les relacions de negoci i, finalment, a reduir les despeses respecte d'un procés judicial.

La mediació és, i ha de seguir sent, un procés voluntari. Una qüestió diferent és la informació que sobre aquest procés s'hagi de donar a les parts. A més, hem de caminar cap al concepte de *tribunals* com a centres de resolució de conflictes, amb diverses opcions

P: I quins són els principals inconvenients?

R: L'inconvenient que més em preocupa des de fa molt temps, tot i ser una apassionada de la mediació, és que pugui existir un poder de negociació desequilibrat, una part més dèbil o que alguna de les parts no conegui els seus drets legals. Cal que s'estableixi una relació que faciliti obtenir els millors avantatges de la mediació, en què

crec fermament, però també assolir un resultat just. I és per això que crec que algunes professions jurídiques són sovint acusades de prevenir contra la mediació. Però, si podem trobar l'encaix entre les professions jurídiques i la mediació —i crec que, amb advocats o notaris, és possible oferir aquesta combinació—, la mediació és la millor manera d'obtenir bons resultats.

P: A Espanya només un 1% recorre a la mediació. Com podem accelerar el procés d'introducció?

R: Crec que és realment difícil, i és un tema que em preocupa. La mediació és, i ha de seguir sent, un procés voluntari. Aquesta és part de la seva màgia, si podem dir-ho així. I intentar fer-la obligatòria crec que no funcionarà. Al que sí que podem obligar és al fet que a les persones en una situació de conflicte se'ls doni informació sobre la mediació. És a dir, que quan arribin a aquesta situació de conflicte, hem de treballar com ho fan als Estats Units, en el concepte que anomenen *multi-door Courthouse*, és a dir, els tribunals com un centre de resolució de conflictes que ofereixin diverses opcions. Així, la persona acudeix al Tribunal de Justícia perquè és la referència que tot hom coneix, però, un cop allà, se li exposa que existeixen opcions molt diverses per ajudar-la a resoldre el conflicte. I que la mediació n'és una. Crec que ens hem de moure cap a un sistema en què puguem

elegir com resoldre el conflicte disposant de tota la informació sobre les possibles opcions per poder valorar quina és la millor en cada conflicte concret.

P: Quins països lideren la mediació a Europa?

R: És difícil de dir, ja que hi ha molts països que estan fent coses molt diverses. El Regne Unit té un mercat molt desenvolupat, però no sé si podríem dir que lidera la mediació. Eslovènia, per exemple, que és un país petit, està fent una gran feina en mediació, en part gràcies al gran esforç del seu actual Ministre de Justícia per promoure-la. De manera que és molt variable. Jo no utilitzaria l'expressió *liderar*, tot i que, fent un cop d'ull tant al Parlament Europeu com a l'Institut Europeu de Dret, diria que són els països grans, com el Regne Unit, Alemanya, França —que té gran influència— o, per què no, també Espanya. Quan vaig arribar al Parlament Europeu, vaig assistir a un primer comitè encapçalat per l'Ana Palacio, i hi havia representants espanyols amb força, com el canari Manuel Medina Ortega. De manera que Espanya està molt present i cal tenir-la en compte, com també alguns països incorporats fa poc que volen deixar la seva empremta. Precisament, poc després que el Regne Unit votés sortir de la Unió Europea, vaig rebre un correu electrònic d'un Professor alemany, bon amic meu, que em preguntava si creia que era un bon moment per treballar en un Codi Civil europeu. Li vaig contestar que sí, que és un bon moment, però sense els britànics, tot i que m'agradaria que no fos així.

Per tenir una mediació equilibrada, cal assegurar-se que les parts tinguin accés a consell legal per elaborar una proposta de solució. A més, els tribunals l'haurien de promoure en el moment i de la manera correctes

P: Quin és el perfil ideal d'un Mediador?

R: Vull ser molt prudent perquè no s'interpreti que ha de ser un Advocat, però reitero que, per tenir una





mediació equilibrada, cal assegurar que les parts tenen accés a consell legal per elaborar una proposta de solució. Sé que no tothom comparteix la meua opinió, però crec que és necessari, com també una supervisió postacord, sobretot tenint en compte que l'acord tindrà la mateixa força que una resolució judicial. Les parts s'han de sentir còmodes, això és ser legal.

P: És important que la Judicatura promogui la mediació?

R: Sí, crec que els tribunals l'haurien de promoure i, de fet, en són conscients. Però ho han de fer en el moment i de la manera correctes. Precisament des de l'Institut Europeu de Dret, estem estudiant la manera d'aconseguir-ho a través d'un projecte conjunt amb la Judicatura.

P: Acabem de presentar la Fundació Mediació Notarial. Com creu que els notaris poden contribuir a la mediació?

R: La Fundació Mediació Notarial tindrà el seu propi públic, la seva xarxa de contactes i una extensa base de coneixements. El fet que una institució com aquesta promogui la mediació segur que serà de gran utilitat, ja que els ciutadans saben que els notaris són una garantia de seguretat i confien plenament en ells. De manera que notaris i mediació són una bona combinació.

P: Abans de presidir l'Institut Europeu de Dret, va ser membre del Parlament Europeu durant més de dotze anys i Vicepresidenta durant cinc. Quins creu que van ser els principals objectius assolits durant la seva Vicepresidència?

R: És difícil de dir, ja que vaig estar implicada en nombrosos projectes i són molts els que podria destacar, però escolliré aquells que crec que marquen la diferència en la vida de les persones o a nivell europeu. N'anomenaré tres, perquè són molt il·lustratius de diferents aspectes del paper que juga el Parlament Europeu, en un moment en què hi ha molta gent crítica sobre Europa. Durant la meua etapa com a Vicepresidenta, vaig ser responsable de la Unitat de Transparència i vam fer una enorme labor, juntament amb la



Comissió Europea, per posar en marxa un registre de transparència per als lobbies o grups amb interessos representatius. Vam posar en marxa un Codi de Conducta per als membres del Parlament Europeu que encara avui està en vigor. Crec que en aquesta àrea vam fer una feina enorme, i de gran importància.

Un altre tema que destacaria és que, precisament en aquest moment en què el meu país, el Regne Unit, està considerant abandonar la Unió Europea, forçosament hem de pensar en algunes lleis menors que vam fer aleshores, però que marquen una diferència. Per exemple, com a Advocada especialitzada en l'àmbit transfronterer, vaig dur casos de persones que havien tingut un accident de trànsit en un país, en què van resultar ferides o fins i tot amb conseqüències pitjors, i vaig veure les enormes dificultats que tenien per reclamar els seus drets. De manera que, un cop vaig ser al Parlament Europeu, vaig tenir l'oportunitat —i va ser difícil aconseguir-ho— d'ajuntar algunes disposicions del procediment d'una regulació única i la Directiva sobre monitorització d'assegurances. Això vol dir que, si una persona té un accident de trànsit en un país diferent del seu, podrà reclamar en el seu país d'origen. I això és molt important, li asseguro, perquè en aquest moment la persona està en una situació de vulnerabilitat. Una mesura que va ser referendada pel Tribunal de Justícia Europeu, i va ser la major obligació no contractual dictada que afecta la mobilitat de ciutadans europeus. Per això

ara m'entristeix pensar que els britànics, arran del Brexit, podem perdre aquest dret.

S'ha de poder «tocar», veure i sentir el treball del Parlament Europeu. Es tracta de ser més visibles amb iniciatives en què el Parlament es doni a conèixer, més que no pas signant tractats. Això pot marcar la diferència

l'últim aspecte que volia destacar són aquelles petites coses que afecten la gent normal i corrent que representem. Per exemple, recordo el cas d'una senyora, precisament de la meua zona, que estava immersa en un divorci en què el seu cònjuge s'havia endut el seu fill a Malta, i gràcies a la delegació que aquest país té al Parlament Europeu ho vam poder resoldre. Són petites accions com aquesta les que marquen la diferència en les vides dels ciutadans i les que realment són importants.

P: Quin creu que és el futur del Parlament Europeu?

R: És un moment complicat. Respecto el resultat del referèndum del meu país i entenc per què ha passat i que els unionistes estiguin penedit, però temo les conseqüències que tindrà. Espero que quedi acotat al Regne Unit, que ens



Entrevistes



en sortim d'aquesta, i que no es produeixi un *efecte dominó* a Europa —que, per altra banda, crec que és prou forta com per superar aquesta situació. Però, d'altra banda, espero que Europa hagi pres nota, perquè aquesta no és una qüestió que afecti només els britànics, sinó que indica que alguna cosa està fallant, que hi ha alguna cosa que no s'ha fet bé. I hem de tenir-ho en compte. Hem d'estar molt alerta per detectar què hem de canviar. Crec que el Parlament Europeu es percep més com una institució que fa moltes petites coses i aportacions legislatives menors, més que com una institució que es concentra en les grans qüestions. Aquesta percepció no ajuda en absolut i ha de canviar.

També crec que hi ha d'haver una millor relació de treball entre el Parlament Europeu i els parlaments nacionals. Suggerixo dues coses: una és que, quan la Comissió presenta, anualment, el seu programa de treball, hagi d'haver-hi una manera de facilitar un debat als parlaments nacionals —en el cas d'Espanya, ja sigui a Madrid o inclús en parlaments com el de Catalunya—, on el programa es pugui debatre en vista dels mitjans de comunicació i amb l'assistència d'alguns membres del Parlament Europeu perquè captin el to dels parlaments nacionals, a fi d'apropar més totes dues institucions. I, per altra banda, sempre he dit que el Parlament Europeu es gasta molts diners movent-se de Brussel·les a Estrasburg, a més del fet que, cada cop que hi ha una nova Presidència, aquesta viatja a les diferents capitals. Seria millor que cada un dels diferents

comitès —el d'Afers Legals, el d'Ocupació, etc.— es reunís, un cop l'any, en un dels Estats Membres, no a la capital. D'aquesta manera, la gent podria «tocar», veure i sentir quina és la feina del Parlament Europeu. Són dues petites coses que poden semblar una bogeria, però crec fermament que és amb iniciatives com aquestes que el Parlament Europeu s'ha de donar a conèixer, més que no pas signant tractats. Això pot marcar la diferència. Es tracta simplement de fer-se més visible.

Europa actua amb certa esquizofrènia en la seva manera de desenvolupar el Dret europeu. Hi ha molta tensió entre dos models d'actuació: d'una banda, el respecte a les lleis nacionals; de l'altra, la necessària harmonització dels mercats interns

P: Cap on creu que avança el Dret europeu?

R: Crec que és difícil de dir, però segur que la mediació hi jugarà un paper important. Crec que Europa actua amb certa esquizofrènia en la seva manera de desenvolupar el Dret europeu. D'una banda, respecta totalment les lleis nacionals, ja que s'utilitzen per resoldre el conflicte, i reforça les lleis nacionals, cosa que és comprensible i sóc la primera en donar-li suport. Però, d'altra banda,

té l'esperit d'harmonitzar els mercats interns. I hi ha molta tensió entre aquests dos models d'actuació. Quan vaig entrar al Parlament Europeu per primer cop, una de les primeres cimeres que hi va haver es va centrar en la Justícia, en les diferents visions de la Justícia i en la necessitat de l'accés als tribunals d'altres països membres amb la mateixa facilitat amb què s'accedeix als del mateix país. Sona perfecte, però mai ho hem aconseguit. Sembla que hem perdut la capacitat de tenir una visió de la Justícia europea i hi ha gent amb visions que fins i tot espanten. Però el mercat interior funciona, i de manera semblant hem de tenir un model de Justícia europeu que també funcioni. Hem de veure cap on anem, en comptes de centrar-nos en aproximacions esquizofrèniques.

Estem vivint un moment de grans canvis en la manera en què se'ns presenta i ofereix la Justícia gràcies als sistemes alternatius de resolució de conflictes i a les noves tecnologies

P: La Justícia del segle XXI és impossible d'imaginar sense els sistemes alternatius de resolució de conflictes?

R: Absolutament. Crec que estem vivint un moment de grans canvis en la manera en què se'ns presenta i ofereix la Justícia, en part gràcies als sistemes alternatius de resolució de conflictes i en part per les noves tecnologies. I hem de veure quin paper hi jugaran. L'únic que em preocupa una mica és que prevalgui sempre la Justícia, també en els mètodes de resolució alternativa de conflictes.

P: Vol enviar un missatge als notaris, arran de la creació de la Fundació Mediació Notarial?

R: Simplement, dir-los que és un projecte excel·lent i que els notaris s'hi han d'implicar i jugar un paper molt important en el seu desenvolupament. No es tracta de competir, sinó de complementar-se desenvolupant la seva funció, de manera que tots hi sortim guanyant.



«Hem preservat la confiança en el Notariat»

Juan José López Burniol

Notari. Premi Puig Salellas 2016

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Juan José López Burniol (Alcanar, 1945) es llicencià en Dret per la Universitat de Navarra l'any 1967 i aprovà l'oposició a Notari l'any 1971, any en què prengué possessió de la seva primera Notaria, a Valdegobia (Àlaba). Posteriorment, exercí la professió a Tudela (Pamplona) i el 1977 fou nomenat Notari de Barcelona, on va exercir fins al març de 2015, moment de la seva jubilació.

Entre els càrrecs en institucions acadèmiques i jurídiques, cal destacar que fou Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya (1987-1989) i que ha estat durant més de vint anys Professor de Dret Civil català a la Universitat Autònoma de Barcelona (1982-1990) i a la Universitat Pompeu Fabra (1990-2003); Magistrat del Tribunal de la Mitra d'Andorra (1987-1993) i primer President del Tribunal Constitucional d'aquell país (1993-1995); membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya; President de Tribuna Barcelona (1995-2006); membre i President del Consell Social de la Universitat de Barcelona (1995-2007); membre de la Comissió Jurídica Assessora (1998-2005); membre de la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió (2000-2004); membre del Cercle d'Economia i vocal de Junta (2002), i membre del Consell d'Administració de "la Caixa" (2005), del Patronat de la Fundació "la Caixa" (2005) i de la comissió executiva de CaixaBank (des del 2011).

Escriptor, autor de nombrosos articles d'opinió en premsa i col·laborador en diversos mitjans de comunicació, ha editat notables estudis sobre Dret Civil, especialment de Família i Successions, així com també de Dret Notarial i Dret Públic. També s'ha especialitzat en matèries del Dret relacionades amb la situació jurídica de les persones discapacitades.

Enguany ha estat mereixedor del Premi Puig Salellas, el màxim guardó que atorga anualment el Col·legi de Notaris de Catalunya, en reconeixença de la seva exemplar i molt destacada trajectòria notarial.



Entrevistes

P: Quin balanç fa dels més de 40 anys de Notari?

R: El balanç és extraordinàriament positiu. El Notariat m'ha donat l'ofici que vertebrava tota la meua vida i una determinada manera de fer que, en definitiva, he copiat de la manera de fer del meu pare, que també era Notari. Per tant, en primer lloc, m'ha donat un mitjà de vida. En segon lloc, m'ha donat una plataforma absolutament extraordinària per captar el canvi social enorme que s'ha produït en els últims 40 anys i més enllà, ja que, com a fill de Notari, també puc incorporar l'experiència parlada amb el meu pare. Des de després de la Guerra Civil, la Notaria ha estat un observatori extraordinari per captar el canvi social. I, en tercer lloc, m'ha donat independència, que és fonamental. Perquè és un ofici en què desenvolupes una funció pública amb criteris professionals, que et dóna una llibertat d'actuació extraordinària, si la saps aprofitar i la conrees una mica. Per tant, al final de la meua vida, només puc sentir gratitud per un ofici que ha estat per a mi tan determinant.

El Notariat m'ha donat l'ofici que vertebrava tota la meua vida, una plataforma extraordinària per captar el canvi social enorme que s'ha produït en els últims 40 anys i independència

P: Des de la perspectiva que li ofereix el fet d'haver estat Notari en

un poble petit, Valdegovia (Àlaba); en una ciutat petita, Tudela, i a Barcelona, quines creu que són les diferències d'exercir en una població gran o petita?

R: Hi ha diferències, evidentment, però també hi ha similituds. En un àmbit reduït com Valdegovia, amb 3.000 habitants distribuïts en més de 20 nuclis urbans, acabes coneixent absolutament tothom i l'ofici es desenvolupa amb una gran facilitat. Tudela, el segon poble de Navarra, tenia una indústria d'una certa envergadura i el *boom* de la construcció s'hi va deixar sentir amb una força tremenda, com a tota la conca de l'Ebre, però, quan feia dos anys que hi eres, ja arribaves a captar totalment la situació. A Barcelona, fer-te un forat és molt més difícil i no arribes a tenir mai un coneixement directe i immediat de totes les persones que poden venir al teu despatx. Ara, també hi ha algunes similituds, perquè a tot arreu, sigui un poble petit, una ciutat mitjana o gran, un Notari que arrela i que desenvolupa el seu ofici buscant la confiança de la gent en el seu exercici professional acaba actuant de manera molt semblant. Tal vegada aquella funció d'assessorament que als pobles exerceixes directament amb la gent, a Barcelona, sovint la fas a través dels advocats, però al final també la fas a través de la gent. És a dir, l'arrel de l'ofici, que és la confiança, funciona idènticament a tot arreu.

P: És més gratificant exercir en un tipus de població o un altre?

R: Jo no dic que l'exercici professional és més gratificant als pobles —que

pot ser-ho— que en una ciutat, perquè als pobles hi ha alguns inconvenients que a la ciutat no hi són. La ciutat té un cert anonimat i, per tant, la competència entre notaris queda molt més difuminada. Als pobles, tothom es coneix, i la competència, en ocasions, pot ser molt més agra. Jo crec que el que sí és positiu no només per als notaris, sinó també per als jutges, per exemple, és passar primer per llocs petits per foguejar-se i aprendre-hi l'ofici. Anar directament a una ciutat gran crec que és una perversió del sistema. A Valdegovia, jo no hi tenia ni oficial i ho feia tot: la matriu, les còpies, cobrava les escriptures, tenia el contacte amb el Col·legi... Així aprens l'ofici. A Tudela, ja hi havia una estructura, però, no obstant això, el contacte és molt directe. Un Notari moltes vegades ha de dir que no, i aprendre a dir que no es fa més fàcilment als pobles que a les ciutats. Recordo les paraules del Notari Josep Faus i Condomines, que ho va ser pràcticament tota la vida a Guissona, que deia: «A un Notari se'l coneix més per les escriptures que no signa que per les que signa».

P: Com creu que ha de ser un bon Notari?

R: En primer lloc, ha de saber l'ofici. I en segon lloc, ha de ser bona persona, és a dir, ha de buscar la imparcialitat, perquè davant el Notari compareixen dues parts. Si les dues parts són idèntiques en força, en economia, en coneixements... ja s'ho arreglaran, però moltes vegades les posicions de les parts són desiguals. El Notari, amb el seu assessorament, ha de ser «equilibrador», com deia el Notari Mezquita. A més de saber-ne, el Notari ha d'adonar-se que el seu ofici no és l'autenticació automàtica, no és un «Don Tancredo» que està present en un contracte, sinó que ha de tenir una funció activa rebent la voluntat de les parts, donant-li forma, assessorant respecte de les conseqüències d'allò que volen fer, controlant la legalitat i, només al final, s'autentica. I la gent ho capta extraordinàriament. A Catalunya hi havia una frase que ho definia molt bé: hi ha notaris per anar a comprar i notaris per anar a vendre.

P: De cada 100 llibres que ha llegit, ha afirmat que 15 són de Dret, 70 d'història i la resta variats. Creu que





ser un gran coneixedor de la història l'ha ajudat a ser un bon Notari?

R: Jo diria que el coneixement de la història serveix per a tot, l'experiència anterior serveix tant a un Notari com a la nostra vida personal. Tony Judt, Politòleg anglès, deia que un dels defectes del nostre segle és el desconeixement de la història. Els notaris, per exemple, que tinguessin un cert coneixement de la història s'haurien pogut adonar perfectament, abans d'esclatar l'última crisi econòmica, que s'estava generant la mateixa bombolla que s'havia generat als anys 20 a Florida, i que va acabar amb el Crack del 29, que no només va ser borsari, sinó també immobiliari. La història serveix sempre, i ara precisament estem vivint temps absolutament apassionants i el coneixement del que ha passat abans és molt útil per saber el que passarà. La història ens diu que, quan un determinat sistema polític deixa fora una part significativa de la població, aquell sistema se'n va en orris. En aquests moments, el nostre sistema, el dels països occidentals, està deixant fora una part significativa de la població, la que alguns anomenen *els indignats* i que jo en dic *els no instal·lats*, és a dir, aquells que estan en llocs de treball precaritzats, amb salaris que no són presentables i que comencen a desconfiar extraordinàriament de les elits polítiques, econòmiques, professionals i mediàtiques. Quan passa això, el sistema se'n ressent i pot acabar amb un petit daltabaix.

Un Notari ha de saber l'ofici i ser bona persona. El Notari, amb el seu assessorament, ha de ser «equilibrador», el seu ofici no és l'autenticació automàtica

P: En aquests moments sembla que comencem a repuntar d'aquesta crisi que ha estat —o és— una de les més importants dels darrers anys. Considera que vivim en una societat immersa en una doble crisi, política i econòmica?

R: Em va impactar molt el que recollia l'Historiador Jesús Pabón a la biografia de Cambó, on deia que Espanya era «un país desafortunat, perquè li coincideixen, de vegades, la crisi política i l'econòmica». Ell feia referència als anys 30, en què es van

viure les conseqüències de la crisi econòmica del 1929 i es va produir la crisi política del canvi de règim, passant de la Monarquia a la República. En aquests moments, a Espanya vivim una situació similar. Vam iniciar una crisi econòmica que va esclatar el 2007, una mica abans que la crisi econòmica mundial, que la va agreujar, i a la vegada tenim una crisi política molt notable, una crisi que jo diria que és la de la Segona Restauració. Jo la comparo amb el daltabaix de després de la Primera Restauració, l'època d'Amadeu de Savoia, en què es va haver de reconstruir l'Estat. I què es va fer? Va ser la primera vegada que es va restaurar la Monarquia. Llavors, durant 30 o 35 anys, les coses van anar bé. Després, com diu en Maura, els partits van ser incapaces de governar, es van intentar governs de coalició —en algun participava la Lliga d'en Cambó—, però no se'n van sortir i va acabar amb la Dictadura de Primo de Rivera. Més endavant, amb la mort del General Franco després d'una Dictadura de 39 anys, la situació era complicada i es va solucionar tornant a la Monarquia i fent la Constitució. Hem estat 30 o 35 anys més en què les coses han funcionat, el país ha canviat de pell, han vingut diners d'Europa... i a partir d'un determinat moment, torna el mateix d'abans: els partits són incapaces de governar, no hi ha possibilitat de fer coalicions i hem estat 10 mesos per formar govern.

En aquest moment, les elits haurien de fer un esforç extraordinari per convèncer la gent i donar l'empenta per fer algunes reformes importants, no només la reforma constitucional

P: I cap a on creu que evolucionarà?

R: Jo crec que, en aquest moment, les elits —i no només les polítiques, sinó també les econòmiques, el funcionariat, la premsa, la comunicació...— haurien de fer un esforç extraordinari per convèncer la gent i donar l'empenta per fer algunes reformes importants, no només la reforma constitucional. L'altre dia vaig assistir a un debat extraordinàriament interessant en què es parlava de com es podria eliminar la marginació de molta gent —hi ha un 16 % de la població que té contracte de treball i

viu en el llinar de la pobresa a Espanya—. Hi ha qui diu que ho farem només amb el creixement econòmic i d'altres, com jo, que creiem que per descomptat que ho farem amb el creixement econòmic, però que necessitem també fer reformes importants i prendre mesures de redistribució de la renda. No és possible, per exemple, que l'Impost de Societats sigui un 25 % però les empreses de l'Ibex paguin el 15 %, si hi arriba. És evident que hi ha una crisi econòmica, una crisi política i, fins i tot, d'elits, a Occident, i si en els propers temps no som capaços d'engegar aquestes reformes, hi haurà situacions d'enorme tensió social. I les conseqüències han estat el Brexit, la victòria de Trump, l'emergència de Marine Le Pen i veurem què passa amb el referèndum de Renzi a Itàlia, a les eleccions a Alemanya o a les presidencials franceses. Jo crec que els que porten els gegants, utilitzant una expressió catalana tradicional, s'ho haurien de fer mirar en aquest moment.

És evident que hi ha una crisi econòmica, una crisi política i, fins i tot, d'elits, a Occident

P: Quin paper ha desenvolupat el Notariat en aquesta crisi i en aquest context?

R: Recordo que, quan vaig acabar de preparar el programa de les oposicions, abans d'examinar-me, amb esperit crític em preguntava pel que feia el Notari. I vaig arribar a la conclusió que, bàsicament, el que fa és donar seguretat, i això és fonamental. Hi ha progrés econòmic perquè hi ha mercat, però hi ha mercat perquè hi ha seguretat jurídica. I dins de la seguretat jurídica, l'actuació del Notariat és fonamental. A mitjan segle XIX, en virtut de la desamortització, es posen en circulació les terres que abans eren dels «mans mortes». Les compra la burgesia emergent i, després, pagesos rics. Quan compren aquestes terres, volen seguretat, i els la dona l'ordre públic —llavors, la Guàrdia Civil—, i volen seguretat en els títols i la possibilitat d'anar al crèdit amb garantia hipotecària, per la qual cosa es fa la Llei Hipotecària i la Llei del Notariat. És a dir, nosaltres som la resposta a l'exigència de seguretat sense la qual la vida seria un desastre. Seguretat de la qual nosaltres es-



Entrevistes

tem gaudint. Però Freud deia que aquesta seguretat que a les civilitzacions pensem que és una cosa dura, és extremament fràgil i, en un moment determinat, rebenta i surt el que hi ha a sota. És a dir, donem seguretat i aquesta és l'aportació fonamental del Notariat. Però, perquè hi hagi seguretat autèntica, hi ha d'haver justícia; d'aquí ve que el Notari no pot estar impàvid autoritzant un contracte en què un li està fent un gol a un altre. Per exemple, si una velleta va a vendre un pis per 10 milions de les antigues pessetes i li'n donen 2 al comptat i en queden 8 ajornats, el Notari li ha de dir: «Vostè ha de garantir el cobrament d'aquests 8 milions posant una condició resolutòria a l'escriptura, de manera que, si no li paguen els 8 milions, la propietat torni a vostè, i que això s'inscriu en el Registre». I és possible que el venedor s'enfadi, perquè l'escriptura és més cara i es paguen més impostos, però el Notari té l'obligació moral de dir-ho. I si no ho diu, és un mal Notari i una mala persona.

Hi ha progrés econòmic perquè hi ha mercat, però hi ha mercat perquè hi ha seguretat jurídica. Els notaris som la resposta a l'exigència de seguretat sense la qual la vida seria un desastre

P: Hi ha alguna diferència entre l'exercici històric del Notari a Catalunya i a la resta d'Espanya?

R: A Catalunya, a més, el Notariat ha complert una altra funció, ja que aquí l'Estat s'ha vist sempre amb gran llunyania, en el millor dels casos com a «relativament propi». Però la consagració d'allò públic és necessària, i això ho ha fet el Notariat. Dos exemples. A Castella, la conservació de les cases principals es feia a través del *mayorazgo*; el Rei donava un privilegi i deia: «Este patrimonio es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable, y se transmite de generación en generación de acuerdo con los principios de primogenitura y masculinidad». A Catalunya, en canvi, el Rei quedava lluny i els patrimonis eren més petits, i això es feia a les notaries, a través dels capítols matrimonials. És a dir, el Notari aportava un plus de públic. En Pierre Vilar diu que la reforma agrària que es va fer a Catalunya al segle

XIX es va fer també a les notaries, i Josep Pla diu que «el paisatge de l'Empordà l'han fet els notaris». Jo crec que això no és veritat, l'han fet els pagesos de l'Empordà, però ha cristal·litzat a les notaries. Per això jo diria que el prestigi del Notariat a Catalunya ha estat superior al de la resta d'Espanya, perquè el Notariat aportava això, a més de la seguretat, i un país no pot viure sense institucions públiques. Per a un pagès de l'Empordà, com deia Pla, l'Estat és lluny i és el recaptador de contribucions. Allò públic, el que li donava seguretat, era la intervenció del Notari.

P: Quins són els principals canvis —socials, legislatius, tecnològics, etc.— a què el Notari ha hagut d'adaptar-se?

R: Jo diria que el canvi fonamental ha estat la contractació de masses. Si agafa l'*Anuari de la Direcció General de Registres* i mira els contractes que feien els notaris que treballaven a Barcelona abans del 1961, any de la Llei de Propietat Horitzontal, veurà que els notaris feien, com a molt, 300 contractes l'any. Perquè llavors, de propietaris, que ho eren d'edificis sencers, no n'hi havia gaire. Amb la Llei de Propietat Horitzontal —una de les més importants des d'un punt de vista sociològic—, s'ha fet propietaris tots els espanyols. Tothom té un pis o un apartament que s'inscriu en el Registre de la Propietat. A més, amb l'accés a l'habitatge a través del crèdit, de les hipoteques, s'ha fet una contractació de masses. Això és bo i dolent. És bo perquè augmenta la feina del Notari, amb les conseqüències evidents, però també es pot trivialitzar el seu ofici, es pot serialitzar la funció d'assessorament i la funció pot debilitar-se. I també hi ha el risc, com denunciava Lluís Figa Faura, Notari de Barcelona d'extraordinària intel·ligència, de l'existència del client poderós, que diu: «De notaris, jo en vull pocs i ben collats». Doncs bé, els notaris «ben collats» no en són, de notaris. He parlat de seguretat, assessorament, imparcialitat... però la imparcialitat, quan depens d'un client poderós que et dona una part molt important de la teva feina, depèn de la qualitat humana del Notari, que farà que cedeixi o no a aquesta pressió. Aquest és el canvi fonamental. I també parlaria d'un altre canvi substancial, que és la desaparició del torn de documents. Abans, totes les escriptures de les caixes i de les institucions públiques es repartien entre els notaris. Una observació superficial

podria fer pensar que això era per repartir-se els diners, però era per preservar la independència del Notari.

P: En els darrers temps, han pres força els sistemes alternatius de conflictes, les noves atribucions notariales en virtut de la Llei de Jurisdicció Voluntària i la intensificació de la col·laboració amb l'Administració. El futur del Notariat passa per aquí?

R: La meua visió s'ha construït sobre la base de la meua experiència professional durant aquests 40 anys, i algunes d'aquestes coses són molt recents, fins i tot posteriors a la meua jubilació. Jo tinc una idea del Notariat, compartida amb altres juristes, com Antonio Rodríguez Adrados, que és que el Notari és aquell que l'Estat posa enmig de dues parts perquè el que fan aquestes dues parts ho facin amb coneixement de causa, perquè cap enganyi l'altra o perquè no es posin d'acord aquestes dues parts per enganyar un tercer, incloent-hi com a tercer la Hisenda Pública. Aquesta és la funció fonamental, que és extraordinàriament important. En definitiva, és un sistema de regulació del mercat que posa l'Estat en els negocis. I a aquesta funció, n'afegim d'altres. Som allà on no hi ha conflicte, i és necessària una funció pública no tant d'assessorament i equilibradora com de consolidació de situacions jurídiques. Amb un límit: el Notari no ha de decidir mai. En un Estat de Dret, només decideix el Jutge. I si el Notari ha de prendre alguna decisió, aquesta sempre ha de ser revisable judicialment. Som el que som, ni més ni menys. Nosaltres no som jutges.

P: Què s'ha fet bé i en què ha fallat el Notariat, en termes generals, en aquests 40 anys durant els quals ha exercit la professió de Notari?

R: Jo diria que el que s'ha fet bé és que en allò substancial s'ha conservat la confiança social. Crec que la gent encara no és conscient de la confiança que ens té. A quin altre lloc es fa un pagament important i el qui entrega els diners se'n va sense cap paper i li diuen que tindrà la còpia en 15 dies? Això és confiança i l'hem preservat, la gent ens en segueix tenint. El que hem fet pitjor crec que és, en ocasions, la contractació en massa, que ens ha desbordat. La gent ens ha vist, de vegades, com a testimonis muts d'un procés de signatura que pràcti-



cament no entenien. Per fer de Notari, a cada escriptura se li ha de dedicar un temps; si aquest temps no s'ha dedicat, és perquè hi havia una gran aglomeració.

P: Creu que el Notariat s'ha vist reforçat, debilitat o mantingut, en aquests anys?

R: Fa uns anys, potser hauria dit que s'havia debilitat, però precisament el coneixement de la història em diu que no tot el d'abans era fantàstic. Jo crec que, tot i que en aquests 40 anys hem preservat l'essencial, en alguna cosa hem aflluixat una mica i en d'altres hem millorat. Per exemple, nosaltres fem les escriptures millor que els nostres pares. Ells les feien sobre la base de la confiança que la gent els tenia, però les escriptures deien: «*Libre de cargas, según dice; manifiesta que...*». Tot eren declaracions. Ara disposem de més mitjans tècnics, tenim la nota del Registre, etc., i fem les escriptures millor. Hem perdut una mica de contacte, en algunes notaries i en algunes circumstàncies, i això és negatiu. Però diria que hem salvat els mobles. I vist el que es despatxa en general, al Notariat, com deia l'Albert Camí, hi ha més coses dignes d'admiració que de menyspreu.

P: Quin consell donaria als notaris que acaben d'ingressar al Notariat?

R: Els diria dues coses: que la gent té set de veritat i que no hi ha res que substitueixi el boca a boca. Que la història és pendular i està tornant al boca a boca. Que un Notari que s'assegui a la cadira i escolti la gent —que no té ningú que l'escolti— farà forat. De la mateixa manera que ho ha de fer un Metge que faci medicina familiar. Un Notari no només ha de firmar; quan un té un fill discapacitat, a una secta o un fill alcohòlic, el testament que fa és el testament de la seva vida, i li has de dedicar temps i explicar-li com va. Així com, en l'àmbit financer, la signatura d'una hipoteca per a un particular és l'episodi financer de la seva vida.

P: Com a Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya —ho fou del gener de 1987 al 1989—, què destacaria especialment d'aquella etapa?

R: El problema fonamental en què vaig participar va ser l'encariment de la

Llei de Taxes, que suposava la desnaturalització del Notariat en la seva configuració actual. Vaig participar en les negociacions sobre la Llei de Taxes, que vam poder encarrilar no perquè es mantingués un privilegi, sinó perquè la naturalesa de les coses exigia que se seguissin fent d'aquesta manera. Aquest va ser el moment més important del meu Deganat. També hi va haver una reestructuració de personal molt important, i es van assentar les bases de la nova seu col·legial, de la qual jo vaig demanar el permís d'obres, tot i que el mèrit és de Robert Follià, el Degà que em va succeir. De fet, no m'ha interessat mai gaire el tema de les obres, però ho vaig fer perquè la Generalitat, amb aquesta capacitat d'absorció que tenen tots els poders públics, volia que l'Arxiu Notarial passés a les seves mans. I jo penso que «*el Notari fa escriptures i les guarda*», perquè guardar-les no és només un tema formal, sinó que vol dir que ningú les pot canviar a la seva conveniència. Però si l'Arxiu Notarial s'havia de quedar al Col·legi, havíem de tenir una seu que ho permetés. No he volgut mai —ni ho vull— que la Generalitat o l'Estat es quedin amb l'Arxiu.

P: A més d'exercir com a Notari, què l'ha portat a implicar-se en un ventall tan ampli d'institucions?

R: Sempre dic una frase que deia en Puig Salellas sobre ell mateix: «*Jo no sóc altra cosa que un Notari*». Des del dia que vaig deixar de ser Degà, l'any 1989, no he entrat mai en la política corporativa i m'he

dedicat a altres coses que m'agradaven: a la història, el Dret Públic, la política, vaig començar a escriure a diaris... I moltes vegades, a través de Puig Salellas, he accedit a llocs, com a la Presidència del Consell Social de la Universitat de Barcelona o a la de la Fundació Noguera. Altres coses van anar venint, com donar classes, que a mi sempre m'ha agradat. Si no hagués tingut un pare Notari, potser hauria estat Lletrat del Consell d'Estat o Catedràtic d'Història del Dret. Vaig donar classes durant més de 20 anys, primer a la Universitat Autònoma de Barcelona i després a la Universitat Pompeu Fabra. D'altra banda, una vegada que es va produir a Andorra una vacant al Tribunal Superior de la Mitra, en Lluís Puig i Farriol va donar el meu nom al Bisbe, que em va nomenar. Vaig estar-hi 7 anys i, quan s'aprovà la Constitució i es va crear el Tribunal Constitucional d'Andorra —on hi havia 4 membres, dos escollits pel Parlament, un pel president de la República Francesa i un altre pel Bisbe de la Seu—, aquest em va nomenar a mi. Per sorteig, vaig ser el primer President i vaig estar-hi 8 anys. També he participat en la vida política, al Partit Socialista de Catalunya, i he estat a la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió, entre d'altres.

P: Destacaria la seva participació en especial en alguna d'aquestes institucions?

R: Una cosa que no es recorda gaire i que per a mi va ser extraordinàriament satisfactòria va ser que durant 10 anys vaig presidir Tribuna Barcelona. Allà





Entrevistes

vaig conèixer molta gent i va ser una gran experiència, perquè hi havia una imparcialitat exemplar. Vam portar gent de tots els colors i no vam vetar ni instrumentalitzar mai ningú. Jo he procurat sempre estar-m'hi un temps i marxar... També m'han aportat un enriquiment personal extraordinari el Cercle d'Economia —on encara hi sóc des del 2002— i "la Caixa", que són dos mons, el de l'empresa i el financer, on no tenia cap antecedent familiar.

P: També va ser preparador d'opositors...

R: Qualsevol altra tasca és bufar i fer ampolles, al costat d'aquesta, que és una tasca molt callada. Jo vaig preparar 15 notaris. Això es fa per vocació, perquè et consumeix un temps infinit i et fa patir bastant. Però té la retribució extraordinària de l'amistat d'aquestes persones i el fet de poder-los transmetre d'una manera determinada les coses.

P: Com valora la feina portada a terme des de la Fundació Noguera, dedicada a preservar i divulgar el patrimoni històric documental català, especialment el que ha generat l'activitat notarial?

R: La Fundació Noguera ha fet una tasca extraordinària, des dels temps de Raimon Noguera i Josep M. Puig Salellas fins a l'actualitat. Puig Salellas tenia una gran capacitat executiva i, amb l'ajut d'altres membres del Patronat, va tenir una visió financera molt bona i va fer fructificar el seu patrimoni. Amb aquest important patrimoni, la Fundació Noguera ha fet el que les institucions públiques no havien fet, que és publicar els inventaris dels arxius i una part d'estudis i documentació notariais. El que en alguns països europeus evolucionats va fer l'Estat al segle XIX, a Catalunya ho ha fet la iniciativa privada de la Fundació al segle XX. Ha estat una tasca impagable. Pensi que fins ara, que amb la crisi econòmica els rendiments han baixat, la Fundació Noguera publicava una mitjana de més de sis llibres anuals.

P: Què suposa per a vostè haver rebut el Premi Puig Salellas d'enguany?

R: Per a mi és el final d'una carrera professional, i em sento molt honorat per dues raons. En primer lloc, per

la referència a Puig Salellas, que ha estat sempre el meu Degà per antonomàsia, un home determinant en la meua trajectòria professional, per qui sento una gran admiració i gratitud. I després, agraït a la Junta Directiva per la concessió que m'ha fet, detallada en les explicacions i que ha estat amb mi d'una gran generositat. El meu pare, que va ser sempre Notari d'aquest Col·legi —d'Alcanar, de Ripoll i de Calella de la Costa—, sé que n'hauria estat molt content, i això em fa molt feliç.

P: Com valora la contribució dels notaris —tant històricament com actualment— en la construcció, la preservació i el desenvolupament del Dret Civil, especialment a Catalunya?

R: A Catalunya, el paper del Notari ha estat determinant. El Dret català s'ha preservat a les notaries d'una manera esplèndida. I no és estrany que, en el moment de la codificació, que va ser la Compilació, la fessin bàsicament notaris, com Ramon M. Roca Sastre, Ramon Faus o Josep M. de Porcioles. L'Ernest Lluch una vegada em va dir: «Als segles XVIII i XIX, la defensa de la identitat catalana va ser més amb el Dret que amb la llengua», perquè, pel que fa a la llengua, era molt evident, encara que no s'utilitzés a les institucions públiques, quina era la llengua del carrer. En canvi, amb el Dret era més complicat: els jutges eren de fora, i era més fàcil aplicar el Dret que havien estudiat que el que era d'aquí. En la preservació del Dret, hi ha hagut una lluita enorme. I tot i que jutges d'origen català no n'hi ha gaire, o advocats de l'Estat, o diplomàtics... de notaris catalans, n'hi havia i n'hi ha hagut molts. Jo sempre dic que tots els notaris són fills o néts de pagès. El Notari és qui ha aplicat el Dret Civil, qui el coneixia. I Catalunya va tenir sort amb una cosa: va comptar amb un Jurista d'excepció, Roca Sastre, un dels juristes espanyols més importants del segle XX amb diferència, i no només pel tema del Dret català, sinó també per l'Hipotecari, on hi ha un abans i un després d'en Roca Sastre. Era un gran civilista i una gran romanista. De fet, crec que si no hagués estat per la Guerra Civil, no hauria fet mai de Notari, tenint en compte que era Magistrat del Tribunal de Cassació de Catalunya, que crec que hauria acabat presidint. També va ser l'autor material, de la primera a l'última lletra, de la Llei de Contractes de Conreu, que va ser la que va provocar els Fets d'Octubre, quan Lluís Companys va proclamar l'Estat català. Amb

la Guerra Civil, va decidir fer de Notari a la Pedrera per guanyar-se la vida i contribuir a la Compilació, un text d'una gran qualitat tècnica que va comptar també amb Faus, intel·ligentíssim, i Porcioles, un bon Jurista.

P: Tendim a parlar de referents del Notariat que comencen a quedar lluny. Ens falten referents actualment?

R: Parlem de gent ja llunyana, però això també passa en Medicina, en Arquitectura o altres professions. De vegades, quan ens fem grans, tenim una certa tendència a magnificar el passat. És veritat que avui dia l'àmbit professional, sigui quin sigui, està més qüestionat, però el Notari exerceix una funció pública que és essencial. Si sap preservar la seva independència i hi dedica hores, ha d'anar bé, perquè és necessari. Una frase que sempre repeteixo d'en Puig Salellas és la que em va dir el dia que vam prendre possessió: «Les institucions només es justifiquen per dues raons: perquè serveixin per a la funció per a la qual han estat concebudes o perquè siguin més barates que l'alternativa». En aquest moment, el Notariat és útil per a la funció. Si treus el Notariat, la seguretat jurídica dels mercats se'n va en orris. I som i serem més barats que les companyies d'assegurances. Garantim més, perquè garantim qui és l'amo, el qui ven i que no hi ha càrregues, mentre que la companyia d'assegurances només t'assegura una indemnització si et quedes sense finca. Imagini's el que caldria pagar a una companyia d'assegurances per assegurar que t'indemnitzés en cas de perdre la compra d'un pis. Hi ha Notariat per a estona.

P: La imatge social que es té del Notari es correspon amb la realitat?

R: En aquests moments, el Notari no s'escapa d'una regla general, que és que la gent té un mal concepte absolut de tot l'establishment; no només dels polítics, sinó també dels banquers, els empresaris, els jutges, els notaris, els periodistes... Jo divideixo la gent en dos tipus: els instal·lats i els no instal·lats. Jo sóc un instal·lat, però també ho és un obrer de la SEAT amb un contracte indefinit. Els que no estan instal·lats, que cada cop són més, comencen a tenir una desconfiança enorme respecte de tots els instal·lats. I aquesta gent és la que vota el Brexit, en Trump, la Marine Le Pen, Podem i Sí que es Pot. La situació és de crisi i caldrà prendre mesures importants.



P: Tenim un Dret Civil especialment desenvolupat, però a la vegada sembla que estem abocats al fet que cada vegada tinguin més pes la política europea i el Dret europeu internacional. Com s'entén aquesta dicotomia?

R: Últimament, he detectat que, a la normativa europea, cada vegada es prescindeix més de la nacionalitat i es va més al lloc de residència. Això vol dir que, lentament, no de manera immediata, les velles estructures estatals s'aniran afeblint. Ara Europa passarà uns anys dolents, però després s'haurà de reprendre la Unió. Crec que, al final, serà comú a tot Europa el Dret Patrimonial autèntic —contractes, obligacions i contractes, societats—, mentre que en Família i Successions cada país seguirà el seu Dret propi. Temes com el règim econòmic matrimonial, per exemple, i tot el que fa referència a la família i les successions estan molt lligats a una cultura de país, com fins a un cert punt també els drets reals, el sistema d'adquisició. Els romans deien: «*Ubi societas, ibi ius*»; allà on hi ha una societat, hi ha un Dret. Jo dic: «*Allà on hi ha un mercat, hi ha un Dret*». És a dir, si el mercat és Europa, el Dret ha de ser europeu: la compravenda, les societats, etc. En canvi, el tema de la família és molt difícil de canviar. Per exemple, els holandesos estan casats en comunitat universal; a Catalunya, tenim separació de béns i, a Extremadura, règim de ganancials. Què és millor? Depèn. El règim de separació de béns era el règim de Roma, on hi havia 50 famílies que el que volien era mantenir el patrimoni dins la família. A Catalunya, per exemple, fins a la Llei del Registre Civil, el cognom no es transmetia per via paterna, sinó per la casa a la qual es pertanyia. Al final, l'autèntica qüestió no era ser home o dona, era ser ric o pobre.

Allà on hi ha un mercat, hi ha un Dret. Si el mercat és Europa, el Dret ha de ser europeu: la compravenda, les societats, etc.

P: Creu que tenim massa lleis?

R: A Espanya, el que ha passat a les 17 autonomies és un disbarat. Que la Rioja, per posar un exemple, tingui més



de 1.000 lleis no pot ser. Antonio Fontán, que va ser President del Senat i Ministre d'Administracions Públiques amb el primer govern de Suárez, creia que el tema s'havia d'afrontar restablint els estatuts que s'havien aprovat durant la República, com va fer Tarradellas. A Catalunya, el País Basc, Galícia i prou. Si s'hagués fet així, ara no estariem com estem. Ho hem fet malament i ja veurem com s'arregla. Crec que Europa s'unificarà en alguns aspectes; per exemple, més tard o més d'hora, haurà de tenir una unitat fiscal. Però, com deia abans, ara vénen uns anys d'expiació, en què les coses aniran malament, i només quan la gent s'adoni que amb la Unió se'n surt i sense la Unió no se'n surt, donarem el pas següent.

P: Creu que viurem grans canvis?

R: A la meua generació, i potser la següent, hem estat extraordinàriament privilegiats. La generació dels meus pares va fer la guerra, nosaltres hem tingut una situació òptima i els que vénen ara patiran. Les societats només funcionen quan tenen por. Després de la Guerra Mundial, es deia: «*Això mai més*», i va arribar l'Estat del Benestar i la Unió Europea. Quan mor Franco, es fa la Transició. I quan s'oblida, com deia un poeta castellà, «*hemos vuelto donde solíamos*». Potser, més que por, el que cal és tenir consciència del passat. Europa s'ha d'adonar que no va bé pel camí que porta en aquest moment. M'impacta

molt d'aquests últims temps el fet que la classe dominant hagi perdut el control de la informació. Ara s'accedeix directament a la informació a través de la xarxa, però és una informació que no està matisada. Com deia el periodista de *La Vanguardia* Xavier Batalla: «*La notícia s'ha de contextualitzar*», i avui dia la gent no ho fa. Iñaki Gabilondo deia recentment: «*Ara la informació és com un tsunami: hi ha aigua pertot arreu, però és molt difícil trobar l'aigua potable*».

P: Finalment, tornant a l'àmbit jurídic, com creu que ha de ser la Justícia del segle XXI?

R: Quan fas enquestes, la gent es queixa bàsicament de la lentitud i de la imprevisibilitat. Pel que fa als jutjats o les audiències, no es parla de mediatització política, sinó d'això. Al segle XXI, demanaria que la Justícia fos més ràpida i previsible. I la previsibilitat té a veure amb la formació dels jutges, la seva estabilitat, la reforma de l'Oficina Judicial... De fet, a Espanya, l'arbitratge no ha tingut èxit, la qual cosa vol dir que la gent s'estima més un jutge que no coneix ningú que un àrbitre. Això és semblant al que succeeix amb la confiança en el Notari. Un altre tema és el del Tribunal Constitucional i la judicialització de la política o la politització de la Justícia, que és un disbarat molt concret que s'ha d'eradicar. Normalment sóc força benèvol amb els polítics, perquè crec que no tenen la culpa de tot, però en aquesta qüestió la culpa és seva.

Poder general

VS

Poder concebut en termes generals

Direcció General dels Registres i del Notariat

VS

Tribunal Suprem^(*)

Josep Maria Valls i Xufré

Notari de Barcelona

SUMARI

- I. PLANTEJAMENT
- II. REPRESENTACIÓ, MANDAT I PODER
- III. REPRESENTACIÓ VOLUNTÀRIA DIRECTA I INDIRECTA
- IV. MANDAT I PODER
- V. MANDAT GENERAL I ESPECIAL. PODER CONCEBUT EN TERMES GENERALS I PODER GENERAL
- VI. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE 6 DE NOVEMBRE DE 2013 (RJ 2013/7261)
- VII. LA RESOLUCIÓ DE LA DIRECCIÓ GENERAL DELS REGISTRES I DEL NOTARIAT DE 25 D'OCTUBRE DE 2016 (BOE A-2016-10823)

I. PLANTEJAMENT

La **Sentència del Tribunal Suprem de 6 de novembre de 2013** (RJ 2013/7261) ha fet trontollar els fonaments d'una institució,

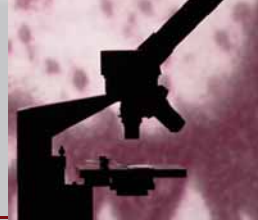
(*) Article lliurat al desembre de 2016.



el poder general, que durant segles ha demostrat no només la seva eficàcia en el tràfic jurídic, sinó també la seva necessitat social, posant especialment la professió notarial i els professionals del Dret en general en un veritable dilema, tant respecte de la nostra actuació futura com dels poders atorgats amb anterioritat, més encara quan a la pròpia sentència el seu Ponent, l'Excm. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, conclou dient

literalment: «[...] d'acord amb la doctrina jurisprudencial que ara es reitera, [...] **el mandat representatiu el poder del qual ve a referir-se a un acte o actes de disposició només arriba a un acte concret, quan aquest ha estat especificat en el subjecte i l'objecte, de forma ben determinada**» (FD 6è).

La magistral **Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de**



25 d'octubre de 2016 (JUR 2016/248859)
ha posat les coses al seu lloc, fent front a la sentència citada anteriorment, dient que «han de valorar-se les decisions que en la pràctica judicial persegueixen mesures correctores de situacions d'abús en el cas concret per aconseguir la solució més justa o equitativa. En aquest àmbit han d'enquadrar-se sentències com la del 6 de desembre de 2013 [...]. Però aquesta circumstància no pot impedir que ex ante, en l'àmbit d'actuació de notaris i registradors, s'apliquin les normes de Dret positiu. Per això, a falta d'una norma com la del Codi Civil italià (l'art. 778 del qual estableix que és nul "il mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà de designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione"), o com la de l'art. 221 CC —del qual resulta la prohibició de rebre el representant (tutor) liberalitats del representat legalment (tutelat)—, al nostre Dret ha de concloure's **l'admissibilitat de l'apoderament per donar, sense necessitat que especifiqui la persona del donatari o el bé que es dona, sense perjudici d'una possible valoració judicial de l'existència d'un eventual abús o extralimitació respecte d'un mandat representatiu no reflectit als termes de l'escriptura de poder**».

Ha d'admetre's l'apoderament per donar sense necessitat que especifiqui la persona del donatari o el bé que es dona, sense perjudici d'una possible valoració judicial de l'existència d'un eventual abús o extralimitació respecte d'un mandat representatiu no reflectit als termes de l'escriptura de poder

Dit això, que és el final, anem al principi, començant per repassar els conceptes bàsics de *representació*, *mandat* i *poder*.

La representació és una institució jurídica, com ho és, per exemple, la successió hereditària, i també pot ser voluntària o legal.

El poder és l'instrument jurídic pel qual es manifesta la representació voluntària i es dirigeix fonamentalment als tercers, per tal que l'apoderat pugui acreditar davant d'ells les facultats representatives que el poderant li ha conferit.

FITXA TÈCNICA

Resum: Mitjançant aquest treball, l'autor analitza l'última doctrina del Tribunal Suprem i de la Direcció General dels Registres i del Notariat en relació amb la institució del «poder». Finalment, completa el panorama jurisprudencial amb una breu referència a la protecció de tercers des d'un punt de vista merament civil, i, per tant, deixant de banda la protecció hipotecària.

Paraules clau: Poder, representació i mandat.

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 mandat és el contracte que regula les relacions entre mandant i mandatari, i pot ser representatiu o no. Si és representatiu, s'exterioritza mitjançant el poder.

Després d'aquesta primera aproximació, vegem de manera resumida com es relacionen entre si aquestes figures jurídiques.

II. REPRESENTACIÓ, MANDAT I PODER

En el Dret romà s'utilitzava la figura del *nuntius* o 'missatger', ja que regia el principi *per liberam personam adquiri nobis nihil potest* ('ningú pot adquirir per altri'). Qui actuava per altri o per a altri realitzava un acte l'eficàcia del qual es produïa únicament en el patrimoni i l'esfera jurídica propis, i no en el patrimoni o l'esfera jurídica del representat. D'aquesta manera, el tercer que contractava amb el gestor adquiria drets i contraïa obligacions amb qui contractava, sense perjudici de l'obligació que hagués assumit el gestor de transmetre els efectes jurídics obtinguts a qui li hagués encomanat la gestió (*dominus negotii*).

A l'Edat Mitjana va continuar la prohibició de representació amb efectes directes. Va ser el Dret Canònic el que acolliria aquesta figura per donar resposta a les necessitats comercials italianes de finals de l'Edat Mitjana. Per això, les *Partidas* diferenciaven entre les modalitats de mandat següents: el donat en interès del mandant, el donat en interès d'un tercer, el donat en interès del mandant i d'un tercer, el donat en interès del mandant i del mandatari i, finalment, el donat en interès del mandatari i d'un tercer. Com explica PACHECO CABALLERO, l'actuació del representant era coneguda en tots

aquests casos pels tercers, ja que no s'admetia el mandat tàcit.⁽¹⁾

A principis del segle XIX, l'article 1984 del Codi Civil francès (o Codi de Napoleó) **equipararia mandat i representació**, en considerar la representació un element inseparable del mateix. En canvi, els pandectistes alemanys optarien per diferenciar el mandat, un contracte generador d'obligacions recíproques entre mandant i mandatari, i la representació, un acte unilateral pel qual s'atorgava un poder de representació a una altra persona. Va ser IHERING el primer a afirmar que **la coexistència de mandat i poder era quelcom estrictament accidental**. Posteriorment, WINDSCHEID i LABAND van establir la distinció entre les dues figures, que calarien en els codis civils alemany i italià.

El Codi de Napoleó equipararia mandat i representació. En canvi, els pandectistes alemanys optarien per diferenciar el mandat (contracte generador d'obligacions recíproques entre mandant i mandatari) i la representació (acte unilateral pel qual s'atorgava un poder de representació a una altra persona)

A la nostra jurisprudència, la tesi pandectista s'ha anat estenent des de la famosa Sentència del Tribunal Suprem de 16 de febrer de 1935. Entre les més recents, es pot destacar la Sentència del Tribunal Suprem de 15 de novembre de 2007 (RJ 2007/7774), segons la qual: «Mentre el mandat té origen en un contracte [...], la representació [...], com a mera facultat d'obrar en nom i a compte

d'altri, sorgeix, si parlem de la voluntària, d'un negoci bilateral d'apoderament [...], que pot ser independent del contracte de mandat i existir sense aquest. Només en el cas que la representació tingui origen en un contracte de mandat es parla de mandat representatiu [...]. Encara que és ordinari que els poders vagin lligats a una relació jurídica de mandat, no és essencial aquesta coincidència, ni són idèntics els principis i les normes als quals han d'ajustar-se [...].»

No obstant això, aquesta doctrina ha estat posada en dubte pels qui defensen que la base economicosocial i, per això, la funció pràctica de les dues institucions és única. Tot i que en abstracte ens puguem imaginar una actuació representativa amb només un poder de l'interessat o sense poder, la possible ratificació posterior indica que el poder mitjançant el qual s'ha conferit la representació s'ha atorgat per existir una relació prèvia (contractual o de confiança) entre representat i representant. Defensen aquesta postura LACRUZ BERDEJO, citant diversos autors —«La representació és precisament l'«esquema funcional típic de species facti del mandat» (Ferrari), és a dir, el mecanisme jurídic a través del qual funciona—, i DÍEZ-PICAZO —«[...] la regulació del mandat [...] ha establert el que podríem anomenar la disciplina normativa típica d'una relació representativa. D'això s'infereix que, encara que la representació trobi fonament en una relació de gestió diferent del mandat, a aquesta relació, com a representativa, caldrà aplicar-li aquella normativa típica». De vegades s'ha arribat a l'extrem d'afirmar, com ja ho va fer HERNÁNDEZ MORENO, que «el mandat és sempre representatiu i confereix sempre poder de representació».

(2) Més recentment, GONZÁLEZ CARRASCO⁽³⁾ ha assenyalat que «[...] tot i que la jurisprudència segueix tradicionalment la tesi dualista de la distinció entre mandat com a contracte bilateral i poder com a negoci unilateral, la diferenciació s'introdueix de manera incidental o no sol tenir conseqüències ulteriors en la resolució del cas concret. El Tribunal Suprem al·ludeix a la diferenciació entre mandat i poder per impedir que el mandant carregui amb els efectes d'actuacions extralimitades [...]; per establir la responsabilitat directa del comissionista que va actuar ocultant el nom del principal [...]; per establir raonaments a fortiori en relació amb l'autonomia dels poders atorgats anys enrere [...], o per permetre resoldre el contracte de gestió mal-

grat la durada assenyalada al document de poder notarial atorgat al mandatari [...]. És evident que, per arribar a totes les conclusions anteriors, **la consideració del poder com a negoci diferent i independent del mandat era innecessària**».

III. REPRESENTACIÓ VOLUNTÀRIA DIRECTA I INDIRECTA

Per la representació, una persona (representat) —o la pròpia llei— faculta una altra persona (representant) per actuar en la seva esfera jurídica. Com diu l'article 1259 CC, «ningú pot contractar a nom d'un altre sense estar autoritzat per aquest o sense que tingui per llei la seva representació legal».

La concepció més clàssica veia en la representació un fenomen jurídic pel qual una persona actuava en nom i interès d'una altra, produint-se en el patrimoni o esfera jurídica d'aquesta última els efectes d'aquella actuació. Per tal que el negoci jurídic celebrat fos eficaç, el representant havia de complir una sèrie de requisits: i) tenir prou capacitat per realitzar actes jurídics, encara que no tingués la capacitat especial requerida per a la validesa de l'acte o contracte concret del qual es tractés, ja que els efectes d'aquest es produïen directament en el representat; ii) ostentar títol suficient, és a dir, que se li hagués atorgat la representació i el negoci realitzat estigués dins dels seus límits, i iii) actuar en concepte de representant, en nom i a compte d'altri (*contemplatio domini*). Per tant, no hi havia representació quan el representant obrava en nom propi, encara que fos a compte d'altri, ni tampoc quan actuava com a *nuntius*, limitant-se a transmetre a un tercer la voluntat ja formada i definida pel *dominus*.

La doctrina moderna ha elaborat un concepte ampli i general de representació que engloba tant la voluntària com la legal, la directa i la indirecta i, fins i tot, la del *nuntius*, sempre que l'interès gestionat pel representant sigui el del representat i no el propi

La doctrina moderna (DE CASTRO, ALBALADEJO, GULLÓN, DÍEZ-PICAZO,

LACRUZ) s'ha apartat d'aquest criteri restringit clàssic i ha elaborat un concepte més ampli i general de *representació* que engloba tant la voluntària com la legal, la directa i la indirecta i, fins i tot, la del *nuntius*, sempre que l'interès gestionat pel representant sigui el del representat i no el propi.

Dins de la representació voluntària, es diferencia entre la representació directa i la indirecta. En la **representació directa**, que és la forma natural de representació, els efectes del negoci concertat entre el representant i el tercer recauen immediatament sobre el representat, i el representant no respon personalment davant el tercer amb el qual contracta. En la **representació indirecta**, en canvi, el representant s'obliga personalment davant el tercer, llevat l'excepció legal que es tracti de coses pròpies del representat (article 1717, paràgraf 2n, CC),⁽⁴⁾ encara que es compromet, en la relació interna, a què els efectes d'allò actuat recaiguin sobre el representat. A més, el mandant no té acció contra les persones amb les quals el mandatari ha contractat, ni aquestes tampoc contra el mandant (article 1717, paràgraf 1r, CC), i el mandatari no respon personalment davant el tercer «sinó quan s'hi obliga expressament o traspassa els límits del mandat sense donar-li coneixement suficient dels seus poders» (article 1725 CC). Aquest seria el resum de la jurisprudència del nostre Tribunal Suprem al respecte, que afirma que la comunicació d'efectes entre el representat i el tercer només es dona pel que fa a les accions, no a la transferència dels drets adquirits o transmesos, ja que els béns o drets que el representant adquireix del tercer passen directament al poder del representat, encara que no s'hagi celebrat el contracte en nom seu, essent suficient que existeixi un mandat. Així, si el representant compra en nom propi amb diners del representat, o si ven com a propi un bé del representat, el bé o els diners que ingressi formalment el representant pertanyeran materialment al representat.

La Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 6 de juliol de 2006 (RJ 2006/6411) explica amb una claredat meridiana les posicions doctrinals al respecte. Segons la **tesi clàssica**, la gestió del representant en nom propi determinava que l'única vinculació per efecte del negoci celebrat amb el tercer fos exclusiva-



ment la pròpia i que els únics efectes que es derivessin de la relació de representació fossin interns o obligacionals. Per tant, es negava qualsevol tipus de vinculació entre el tercer i el *dominus negotii*, i era necessari un acte posterior de transmissió del dret real o personal a favor de l'últim. En la pràctica, aquesta posició equivalia a eliminar el caràcter representatiu de l'actuació del gestor, fet que venia ratificat amb l'afirmació que la *contemplatio domini* era requisit essencial de la institució representativa. Per a la **tesi moderna**, cal partir de la intenció real de les parts, que se sintetitza en l'atribució al gestor de facultats suficients per a la realització d'un acte determinat en interès del dominus. A aquest fi, aquest últim haurà donat al gestor les instruccions precises i, si escau, els fons necessaris per a l'acompliment de la seva comesa. Seguint aquesta tesi moderna, la **tendència dominant avui** és partidària d'afirmar que la representació indirecta (o mediata) és una autèntica forma de representació que permet atribuir efectes directes a l'actuació del representant. Però la titularitat del representat, encara que sigui de manera provisional, pot romandre oculta a conseqüència de la pròpia mecànica de la representació indirecta. En aquesta situació, la titularitat del *dominus* es podrà acreditar mitjançant una escriptura pública atorgada pel representant i el representat, en la qual el primer reconegui *erga omnes* el dret del *dominus* (cfr. art. 540 CC), o una sentència declarativa de la relació representativa i del domini del subjecte representat un cop que en el procés s'hagi provat aquesta relació. Tot això ens porta a afirmar que la representació voluntària sempre porta causa d'una relació entre dos subjectes, representant i representat, en la qual és essencial la connexió entre ambdós, encara que romangui interna i no s'hagi fet conèixer davant dels tercers.

IV. MANDAT I PODER

L'article 1709 CC defineix el contracte de mandat com aquell pel qual «s'obliga una persona a prestar algun servei o fer alguna cosa, a compte o per encàrrec d'una altra». Aquesta definició tan àmplia permet afirmar que les normes del mandat seran d'aplicació a qualsevol contracte o relació jurídica en la qual una de les parts hagi de portar a terme actes jurídics a compte o per encàrrec de l'altra, com ocorre amb

l'arrendament de serveis, el contracte d'obra, la comissió mercantil, el contracte de mediació, la gestió de negocis aliens i, fins i tot, la marmessoria.

La forma en què normalment s'externalitzarà el mandat serà el poder, tot i que al nostre Dret positiu no es reguli com a negoci abstracte o com l'element necessari per constituir la representació

El que m'interessa destacar aquí és que **la forma en què normalment s'externalitzarà el mandat serà el poder, tot i que al nostre Dret positiu no es reguli com a negoci abstracte o com l'element necessari per constituir la representació** a través de la qual desenvolupar el contracte de gestió subjacent. Val la pena portar a col·lació en aquest punt els comentaris de BERCOVITZ pel que fa a la distinció entre *mandat* i *poder*: «L'apoderament sol anar acompanyat d'algun altre tipus de contracte —mandat, arrendament de serveis—, per la qual cosa alguns autors confonen ambdues figures, fonamentalment el contracte de mandat i l'apoderament. La doctrina [...] i la jurisprudència majoritàries [...] defensen la independència entre l'apoderament i la relació subjacent, afirmant que el nostre Codi admet la possibilitat que es produeixin mandats desproveïts de qualsevol signe de representació, així com poders deslligats d'una relació de mandat i vinculats a altres relacions jurídiques (societat, arrendament de serveis, etc.); afegeix aquesta doctrina que existeixen múltiples diferències en el naixement, perfecció, requisits, etc., d'ambdues figures, i conclou sostenint que, mentre el mandat fa referència a les relacions internes existents entre el representant i el representat, el poder concerneix les relacions externes, amb els tercers. Ara bé, aquesta doctrina majoritària es divideix a l'hora de qualificar l'apoderament com un negoci causal o abstracte; uns afirmen que mandat i poder, a més de ser dos negocis conceptualment independents, també ho són causalment, configurant-se l'apoderament com un negoci abstracte i quedant afectats els tercers que contractin amb el mandatari només pel que faci referència al poder i no a la relació subjacent de mandat. Altres autors, per

contra, sostenen que, malgrat la independència conceptual, el mandat constitueix la causa de l'apoderament i desplegarà una certa eficàcia sobre ell [...]».⁽⁵⁾

Sigui quina sigui la tesi que es defensi, no hi ha dubte que un poder, sense una relació causal que li serveixi de base i de la qual en sigui conseqüència, està mancat de regulació al nostre Dret i passarà a regir-se per les normes del mandat des del mateix moment que l'apoderat executi qualsevol de les facultats que li hagin estat conferides. **Aquest exercici implica la ratificació tàcita per l'apoderat del mandat subjacent.** D'aquesta manera, tant si el poder obeeix a un contracte de gestió previ com si no ho fa, les normes del contracte de mandat contingudes als articles 1709 i següents, en principi dispositives, empararan la relació entre poderdant i apoderat.

Per la mateixa raó, li seran aplicables els preceptes que el Codi dedica als contractes en general als articles 1254 i següents. El poder, al nostre Dret, a diferència d'altres ordenaments, no és un negoci jurídic autònom, sinó un instrument jurídic per portar a terme allò pretès per les parts en un negoci jurídic subjacent.⁽⁶⁾

En conclusió, el mandat pot existir sense l'exteriorització d'un poder, i el poder pot atorgar-se sense que s'hagi concertat prèviament un mandat entre poderdant i apoderat. Però, en aquest últim cas, el del poder sense mandat, la relació entre poderdant i apoderat es bilateralitzarà a partir del moment que el segon exerciti alguna de les facultats que el poderdant li ha confiat i es regirà, en tot allò no contemplat al poder, per les normes del contracte de mandat del Codi Civil. D'això la necessitat que el poder que no estigui vinculat a un contracte de mandat contempli i reguli, en virtut del principi de l'autonomia de la voluntat, les regles d'actuació de l'apoderat, tant en la relació amb el poderdant com en la relació amb tercers, perquè en allò no previst s'aplicarà, com s'ha dit, la regulació del mandat i dels contractes en general.

La independència entre mandat i poder ha estat justificada en la protecció dels tercers, per tal que aquests quedin al marge de les vicissituds de les relacions internes entre mandant i mandatari. Per això, també he de reconèixer que, com

més expressi el poder del contingut del mandat subjacent, millor instrument de representació serà i millor garantirà la seguretat del tràfic jurídic.

V. MANDAT GENERAL I ESPECIAL. PODER CONCEBUT EN TERMES GENERALS I PODER GENERAL

L'article 1712 CC diu que «*el mandat és general o especial. El primer comprèn tots els negocis del mandant. El segon, un o més negocis determinats*». I l'article 1713 CC, que «*el mandat, concebut en termes generals, no comprèn res més que els actes d'administració. Per transigir, alienar, hipotecar o executar qualsevol altre acte de domini rigorós, es necessita mandat exprés [...]*».

El mandat exprés és el concedit per als actes de domini rigorós, i el mandat concebut en termes generals, per als actes de mera administració. Però aquesta classificació no ha de confondre's amb la de mandat general o especial que preveu l'article 1712 CC

En resum, el **mandat exprés** és el concedit per als actes de rigorós domini, i el **mandat concebut en termes generals**, per als actes de mera administració. Però aquesta classificació no ha de confondre's amb la de **mandat general o especial** que preveu l'article 1712 CC, ja que un mandat concebut en termes generals pot ser especial, si comprèn només una part de l'esfera negocial del mandant, o general, si s'estén a tots els seus negocis. I, al contrari, un mandat exprés, atorgat en el sentit de l'article 1713 CC per realitzar actes de rigorós domini, pot ser especial, per a actes determinats, o general, si comprèn tots els interessos del mandant. Aquest últim és el típic poder general que autoritzem els notaris.

La **Sentència del Tribunal Suprem de 15 de març de 1996** (RJ 1996/7951) diu que «*convé diferenciar el concepte i abast de l'apoderament o mandat concebut en termes generals d'aquell altre que comprèn una generalitat de negocis perfectament determinats [...], com comprar, vendre i permutar, purament o condicional [...]*». ⁽⁷⁾ En canvi,

en altres sentències, la simple enumeració de facultats dispositives, sense determinar l'objecte negocial (per exemple, l'alienació d'immobles, però sense determinar que s'incloïa la venda de l'habitatge familiar habitual), s'ha qualificat com a poder concebut en termes generals i, per tant, no apte per realitzar actes de rigorós domini, com veurem a continuació.

El cert és que una qüestió tan senzilla i purament gramatical s'ha convertit en un paradigma de problemes jurídics, tant pel desconeixement de la labor notarial com per la poca profunditat jurídica d'algunes sentències, que, amb la bona intenció d'aconseguir una solució justa al cas concret, han soscavat les bases de la figura del poder general en un moment en què la prolongació de l'esperança de vida ho fa més necessari que mai per subvenir les deficiències físiques i, de vegades, psíquiques pròpies de l'edat. Pensem en els poders preventius i en el dany que una inseguretat jurisprudencial pot fer-los, ja que, un cop atorgats, el poderdant, la capacitat del qual vagi disminuint progressivament, es veurà impossibilitat a partir d'algun moment per modificar els poders, adaptant-los als criteris jurisprudencials.

El **poder general** és el que comprèn tots els negocis del mandant i es contraposa al **poder especial**, que s'atorga per a un o més negocis determinats. Com s'ha dit, els dos poden ser concebuts en termes generals o de manera expressa. En el **poder concebut en termes generals**, el poderdant atorga facultats perquè l'apoderat tingui cura de tots els seus assumptes o d'un o diversos negocis, però sense que el faculti particularment per a actes que excedeixin de l'administració ordinària. Perquè se'ns entengui, allò que els notaris anomenem «poders del dia a dia».

En canvi, els **poders concebuts en forma expressa** són aquells que, juntament amb la determinació del seu àmbit d'actuació (tots o una part dels assumptes del poderdant), contemplen facultats que excedeixen l'administració ordinària, és a dir, els actes de rigorós domini. Si l'àmbit d'actuació d'aquests poders expressos s'estén a tots els àmbits delegables del poderdant, estarem davant del típic poder general notarial, el poder «per arruïnar» o «de confiança total». Si l'àmbit de rigorós domini es limita a un o diversos negocis determinats del mandant,

ens trobarem davant d'un poder específic, que no és altra cosa que un poder especial i exprés, segons la terminologia del Codi. En resum, el **poder notarial general típic** (de ruïna) no és res més que un poder exprés per a tots els actes que s'hi enumeren, i que comprèn gairebé tots els assumptes patrimonials del poderdant. Això és el que diu el Codi amb una claredat meridiana i així ha d'interpretar-se.

L'article 1710 CC contraposa poder exprés i tàcit perquè, de conformitat amb el que s'ha exposat abans, el poder per realitzar actes de disposició no pot ser tàcit, ni presumpte, sinó que ha de ser exprés, la qual cosa no vol dir per document públic o privat, ja que també pot donar-se de paraula.

El poder exprés no s'equipara, doncs, al poder especial per a un o més negocis determinats, ja que pot comprendre tots els negocis del mandant i, com veurem, això serà el gran error jurisprudencial a la sentència que examinarem.

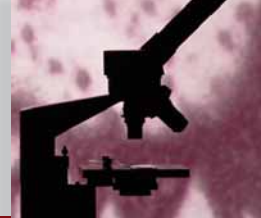
Una altra cosa és el mal ús que l'apoderat pugui fer del poder general, cas en el qual el Codi Civil posa a disposició del poderdant un gran nombre de remeis, des de les normes sobre la interpretació dels contractes i, per tant, del mandat que hi ha darrere del poder, fins al principi de la bona fe que ha de presidir tota actuació jurídica.

El que no pot admetre's és que la jurisprudència interpreti els articles 1710, 1712 i 1713 CC fent-los dir coses que no diuen i que van en contra de l'esperit de la institució, basant-se en un temor infundat al poder general a conseqüència d'una pobre labor hermenèutica dels textos legals i una constatació i prova deficients dels antecedents de fet, tot això encara que es faci per trobar una solució justa al cas concret plantejat.

VI. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE 6 DE NOVEMBRE DE 2013 (RJ 2013/7261)

A) Fets

De l'anàlisi de la **Sentència del Tribunal Suprem de 6 de novembre de 2013** (RJ 2013/7261) i de la sentència de la qual porta causa, la dictada per l'**Audiència Provincial de Barcelona el 31 de gener de 2011** (RJ 2011/29), podem endevinar el conflicte familiar següent: Ginés, abans



d'ingressar en una residència el març de 1998, va atorgar poder general a favor del seu fill Adrián «perquè li gestionés el dia a dia, ja que el seu pare es trobava en una situació difícil» (declaració del propi Adrián). Aquest poder contenia una enumeració de facultats molt àmplia i detallada, entre les quals es trobava la de «fer i acceptar donacions pures, condicionals o oneroses». L'octubre de 1999, Adrián, fent ús d'aquest poder (de fet, queda provat que només va utilitzar el poder per a aquest acte), va fer donació d'una finca a la seva parella, Esperanza, la qual va reconèixer durant el procediment d'instància que Ginés va continuar pagant des de llavors els impostos i les despeses generats per aquesta finca. L'octubre de 2001, Ginés va sortir de la residència, va revocar el poder i va atorgar testament a favor de la seva altra filla, Rosa, la demandant en la sentència que estem comentant. Ginés va morir el 2006 sense haver impugnat la donació, la qual es va inscriure al Registre de la Propietat tres mesos després de la mort, posant-se de manifest que ni Rosa ni el seu pare van tenir coneixement de la donació en vida d'aquest.

Com ha reiterat en moltes ocasions el Tribunal Suprem, els fets provats no poden ser impugnats en cassació, llevat error patent i a través del recurs extraordinari per infracció processal (cfr. article 469 LEC).

Per regla general, la interpretació de l'abast del mandat subjacent al poder correspon als tribunals d'instància «de conformitat amb els criteris hermenèutics previstos al mateix Codi Civil i, entre ells, el que per jutjar la intenció dels contractants atén als seus actes posteriors al contracte»

Per regla general, la interpretació de l'abast del mandat subjacent al poder correspon als tribunals d'instància «de conformitat amb els criteris hermenèutics previstos al mateix Codi Civil i, entre ells, el que per jutjar la intenció dels contractants atén als seus actes posteriors al contracte» [STS, Sala 1a, 4 d'abril de 2006 (RJ 2006/1918)]. I a ells els correspon també esbrinar i fer complir les instruccions que el mandant ha donat al mandatari sense traspasar els seus límits (articles 1714



i 1719 CC), llevat que aquelles s'hagin complert d'una manera més avantatjosa per al mandant (cfr. article 1715 CC). En el poder atorgat per Ginés, aquest havia autoritzat el seu fill Adrián a realitzar tota mena d'actes de disposició, fins i tot a fer i acceptar donacions. Però es va demostrar que, en el mandat subjacent, la idea era que l'apoderat s'encarregués del dia a dia, com va reconèixer el propi Adrián en la seva declaració.

En el cas que examinem, el poder ha d'interpretar-se de conformitat amb les més que evidents limitacions que es dedueixen dels fets provats. En el mandat verbal, exprés o tàcit, que domina aquest supòsit, prevaldran les instruccions del mandant a la redacció del poder. Aquestes instruccions podran ser modificades en el temps (fins i tot amb una simple actuació indirecta) pel mandant, com si hi hagués hagut un mandat posterior que modifiqués l'anterior, encara que aquest estigués documentat. El mandant haurà de posar en coneixement directe del mandatari aquestes modificacions perquè no s'extrapoli en la seva actuació, malgrat —repeteix— allò contingut al poder notarial. En qualsevol cas, la modificació de les instruccions haurà de realitzar-se mitjançant una conducta inequívoca, com diu la **Sentència del Tribunal Suprem de 10 de maig de 2007** (RJ 2007/4000): «Per donar carta de naturalesa a un mandat tàcit, s'ha de derivar d'actes que impliquin necessàriament [...] l'existència d'una declaració de voluntat

determinada». I tot això salvant, lògicament, els interessos dels tercers de bona fe. Tingueu en compte que, en aquest cas, la persona amb qui havia contractat l'apoderat —Esperanza, «la seva parella en matrimoni de fet»⁽⁸⁾ no era un tercer de bona fe als efectes de l'article 34 LH (que, evidentment, no era aplicable), ni tampoc des d'un punt de vista estrictament civil, ja que la donatària no havia adquirit a títol oneros ni de bona fe, i ni tan sols tenia la consideració de tercer.

D'altra banda, en la relació interna entre mandant i mandatari no va existir la necessària fidelitat de l'apoderat. L'article 33 LH proclama que «la inscripció no convalida els actes o contractes que siguin nuls de conformitat amb les lleis», i en aquest supòsit cal reconèixer que l'actuació de l'apoderat no va ser exemplar, en donar la finca a la seva parella —literalment, segons la sentència, «parella en matrimoni de fet [...]», unió de la qual havia nascut un fill [...]— sense coneixement del poderdant, el qual en continuava pagant tots els impostos i les despeses, i que acabaria essent acollit per la seva filla en sortir de la residència perquè probablement el fill no se n'hauria cuidat.

Tampoc es podria recórrer a la ratificació de l'article 1259 CC, ja que el pare no va arribar a conèixer la donació que el fill havia fet a la seva parella. En realitat, ho van ocultar fins a després de la seva mort, inscrivint la donació tres mesos després. Certament, la ratificació hauria pogut ser,



fins i tot, tàcita o presumpta, però no procediria en el cas, tenint en compte que el pare mai va arribar a conèixer el fet de la donació. Com diu la Sentència del Tribunal Suprem de 19 de setembre de 2013 (RJ 2013/7427), resumint la jurisprudència anterior: «*La ratificació tàcita té lloc quan [...] el mandant accepta en benefici seu els efectes d'allò executat sense la seva autorització*». En el nostre cas, ni hi va haver coneixement ni profit del mandant.

Certament, la donació efectuada en aquestes circumstàncies no mereix la protecció jurídica que tindria si la transmissió hagués estat a títol onerós, encara que fos per una quantitat a pagar a terminis que hagués servit per pagar la residència i les despeses ordinàries del poderdant i de la finca.

L'abús de l'apoderat, la seva mala fe i l'absència de bona fe per part de la donatària fan que aquest cas es pugui incardinar en un supòsit d'exercici extralimitat del poder, que comporta la ineficàcia de la donació, sense que la donatària pugui al·legar, ni hipotecàriament (adquireix a títol gratuït) ni civil, la seva bona fe. I, per a això, **no cal recórrer a interpretacions que tergiversin les normes del mandat, ni crear noves disposicions legals a cop de sentència. N'hi ha prou d'acudir a la bona fe ex article 1258 CC i als principis de la bona fe i de l'abús del Dret de l'article 7 CC**, el resum del qual és que tota activitat jurídica ha de ser conforme a la bona fe, a l'ús i a la llei, i sense excedir-se dels seus límits d'exercici normals.

Tot poder és, en el moment d'atorgar-se, un acte unilateral que, en el moment en què és executat per l'apoderat, consuma el contracte de mandat subjacent. Si no existeix prèviament, el fa néixer a partir del primer acte que executi l'apoderat, i farà que a la seva relació amb el poderdant li siguin aplicables, a més de les regles acordades per les parts, si n'hi ha, les establertes al Codi Civil per a aquest contracte i les que regulen els contractes en general

Com ja he defensat abans, **tot poder és, en el moment d'atorgar-se, un acte unilateral que, en el moment en què**

és executat per l'apoderat, consuma el contracte de mandat subjacent. Si no existeix prèviament, el farà néixer a partir del primer acte que executi l'apoderat, i farà que a la seva relació amb el poderdant li siguin aplicables, a més de les regles acordades per les parts, si n'hi ha, les establertes al Codi Civil per a aquest contracte i les que regulen els contractes en general (articles 1254 a 1314 CC, especialment, 1256, 1258, 1259, 1261, 1274, 1276, 1281 a 1289, 1300, 1303, 1306, 1307, 1309, 1311, 1313 i 1314). Tenim prou normes per completar la regulació del mandat i els pactes o les instruccions del mandant que han de considerar-se condicions en l'exercici del càrrec pel mandatari.

És en aquesta direcció per on hauria d'haver-se atacat la donació, complementant l'argumentació jurisprudencial amb el principi general d'exercici dels drets segons les exigències de la bona fe i la prohibició de l'abús del Dret. L'article 7 CC eleva al rang de norma legal positiva aquests dos principis generals, que són la base i el fonament de qualsevol Estat de Dret. Aquests principis també s'integren a l'article 1 CC, que, en l'apartat 4t, estableix que «els principis generals del Dret s'aplicaran en defecte de la llei o el costum [...]». La diferència radica en el fet que l'exercici dels drets de bona fe i la prohibició de l'abús del Dret són directament invocables per les parts i directament aplicables com a norma positiva (*iura novit curia*), a diferència d'altres principis no plasmats en la llei i que, segons reiteradíssima jurisprudència, només poden ser invocats en cassació si han estat al·legats i admesos, citant a aquests efectes les sentències del Tribunal Suprem que els hagin sancionat i declarat aplicables com a normes de Dret.

No és el cas del principi de bona fe i la prohibició de l'abús del Dret, que les parts poden invocar, però que també poden ser apreciats directament pels nostres tribunals encara que no hagin estat al·legats expressament per les parts. Així ocorre a la **Sentència del Tribunal Suprem de 30 de juny de 2009** (RJ 2009/4764), de la qual va ser Ponent l'Excm. Sr. Antonio SALAS CARCELLER. El supòsit de fet és molt semblant al de la sentència analitzada, ja que els pares van atorgar poders generals al fill, incloent fer i acceptar donacions, i salvant la figura de l'autocontracte. En virtut d'aquests

poders, el fill apoderat va constituir una societat limitada aportant tot el patrimoni immobiliari dels pares i adjudicant totes les participacions socials als progenitors. No obstant això, un temps després, va utilitzar aquests mateixos poders per donar-se aquestes participacions a favor de si mateix i de la seva filla. El Jutjat de Primera Instància va declarar la validesa de la donació per haver-se consentit als poders l'autocontractació. L'Audiència Provincial va declarar la nul·litat de la donació per «[...] haver-se efectuat amb extralimitació en l'exercici del mandat conferit i generant un innegable perjudici als donants [...], contravenint el que estableixen els arts. 634 i 636 CC». A cassació es va al·legar, juntament amb aquests articles en matèria de donació, la vulneració dels articles 1709 i 1727 CC. **El Tribunal Suprem va negar l'aplicació de les normes al·legades com a infringides i va fonamentar la nul·litat de la donació en la bona fe, l'ús i la llei, citant expressament els articles 7 i 1258 CC, encara que no haguessin estat invocats.** Després de citar una sentència anterior, de 27 de gener de 2000, va dir que «[...] el mandat, singularment quan és de caràcter general com a comprensiu d'un catàleg amplíssim de negocis jurídics per a la realització dels quals es faculta el mandatari en nom i representació del mandant, resulta freqüent en l'àmbit de les relacions familiars, i encara més quan s'atorga de pares a fills basant-se en la relació màxima de confiança existent entre les parts, en virtut de la qual no només es pressuposa la normal comunicació al mandant dels actes realitzats a l'empara de l'autorització concedida, sinó a més la seguretat, que s'insereix en la intenció comuna dels contractants, que no s'ha d'actuar conscientment en perjudici dels interessos d'aquell. D'això que, en l'àmbit assenyalat, adquireix **especial rellevància no només la necessitat que el mandatari actuï en general respectant el principi de la bona fe (article 7 del Codi Civil) en l'exercici dels drets que el mandat li confereix, sinó a més que s'observi l'obligació general establerta a l'article 1258 del Codi Civil, segons la qual el contractant ha de subjectar-se en la seva actuació a la pròpia naturalesa del contracte en relació amb les exigències d'acomodació als postulats de la bona fe, l'ús i la llei.** L'incompliment d'aquesta manera normal de procedir pot plantejar problemes quan s'implica pel mandatari en la contractació a tercers de bona fe que poguessin intervenir en negocis de caràcter onerós, realitzant per part seva una prestació de caràcter patrimonial emparada en l'existència del mandat;



situació que no es dóna en casos com el present, en el qual les disposicions es fan a títol gratuït dins del cercle familiar del mandatari i amb la conseqüència de despatrimonialitzar absolutament el mandant aprofitant la confiança que aquest va dipositar en el mandatari, supòsits en què l'extralimitació apareix clara i s'imposa la conseqüència de la nul·litat dels actes perjudicials realitzats» (FD 4t).

Conclou aquesta sentència dient que «[...] l'extralimitació o no ha de determinar-se atenent no de manera automàtica i submissa a la literalitat del poder, sinó principalment a la intenció i voluntat de l'atorgant pel que fa a la finalitat per a la qual el va dispensar i en relació amb les circumstàncies concurrents», extrems que s'han de completar amb la consideració de les relacions existents entre mandant i mandatari, així com la naturalesa dels actes efectuats, en particular la seva transcendència pel que fa a possibles tercers de bona fe. Els arguments exposats han estat reiterats per la **Sentència del Tribunal Suprem de 20 de maig de 2016** (RJ 2016/2295), que examinarem al final.

Aquesta és la jurisprudència que cal seguir, la que resol el cas concret de conformitat amb criteris basats en la interpretació i l'aplicació de normes destinades a completar les normes específiques per acomodar-les al cas concret, i no, com veurem a continuació, com fa la sentència que examinem, els fonaments de Dret de la qual són un veritable exemple a no seguir d'arbitrarietat jurisprudencial.

B) Fonaments de Dret

És inqüestionable que el Ponent pretenia donar una solució justa al cas concret que es plantejava,⁽⁹⁾ tot i que es va equivocar en els mitjans, potser influït per la Sentència de l'Audiència recorreguda en cassació i, també, per l'anterior del Jutjat de Primera Instància.

Però el cert és que, d'una sentència a una altra, es produeix un augment gradual de les incorreccions jurídiques a l'hora d'interpretar el que és un mandat i un mandat concebut en termes generals, i el que defineix i diferencia un poder general d'un poder especial. Així queda patent en el fragment següent de la sentència que ens ocupa: «La Sentència del Jutjat de 1a Instància [...] va estimar la demanda perquè la donació es va realitzar a través d'un poder general en el qual es van relacionar

tota una sèrie de facultats genèriques, entre les quals, malgrat incloure's la facultat per fer donacions, no pot entendre's que aquesta facultat posada de tal manera equivalgui al mandat exprés exigint legalment».

La Sentència de l'Audiència Provincial va confirmar l'anterior, argumentant que «[...] l'article 1713 del Codi Civil exigeix, per transigir, alienar, hipotecar o executar qualsevol altre acte de rigorós domini, l'existència de mandat exprés. La Sentència del TSJC de 30 juliol de 1998,⁽¹⁰⁾ interpretant aquesta norma, exigeix mandat exprés per a l'acte concret de disposició dominical que sigui i sense que n'hi hagi prou amb el mer apoderament general, encara que s'hi comprenguin els negocis jurídics que serveixen de base per a la realització d'aquells actes».

«Per tant, la qüestió que es planteja [...] és si el poder de representació que implica un mandat amb representació s'estén a disposar d'una finca concreta com a donació a una persona concreta (la seva parella de fet). Si s'admetés, hauria de desestimar-se la demanda. Si no s'acceptés, es produiria el cas que el mandatari, representant, està mancat del consentiment per contractar perquè no té el poder per fer-ho i el mandant representat no ha donat el seu consentiment en el poder (que no inclou aquesta disposició concreta), ni l'ha ratificat, és a dir, afegit l'element que faltava (el consentiment) al contracte de donació, per la qual cosa aquesta està mancada d'elements del contracte (article 1261.1r del Codi Civil), fet que provoca la inexistència o nul·litat radical [...]» (FD 2n).

El mandat exprés és el que es contraposa al tàcit, a l'article 1710 CC, i al concebut en termes generals, a l'article 1713 CC, tot i que tant l'un com l'altre puguin ser generals o especials, per a tots o un o més negocis del mandant, com expressa l'article 1712 CC

El Tribunal Suprem centra el problema en el cas concret que es jutja, que és una donació. Però, a partir d'aquí, fa un salt quantitatiu i qualitatiu enorme, ja que, citant la Sentència de 26 de novembre de 2010 (RJ 2011/1315), que veurem després, **no només resol el cas plantejat de la donació, sinó que intenta assen-**

tar jurisprudència, basant-se en aquesta sentència i en la pròpia, per a tota classe d'actes de disposició.

La sentència del 2013 que analitzem diu que «[...] l'art. 1713, paràgraf segon, exigeix mandat exprés (o específic) per a actes de disposició (acte de domini rigorós...)» (FD 6è). Ja he comentat com de clar és el Codi Civil en la terminologia emprada. Per això, no pot arribar a entendre's a què es refereix el Ponent quan, després de l'expressió «mandat exprés», afegeix entre parèntesi «o específic». **Heus ací un primer gran error, ja que el mandat exprés és el que es contraposa al tàcit, a l'article 1710 CC, i al concebut en termes generals, a l'article 1713 CC, tot i que tant l'un com l'altre puguin ser generals o especials, per a tots o un o més negocis del mandant, com expressa l'article 1712 CC.**

És a dir, per realitzar actes de disposició, el mandat no pot ser tàcit, ha de ser almenys verbal, i d'altra banda no pot estar concebut en termes generals, com seria l'expressió «ocupar-se de la gestió patrimonial», sinó que ha d'expressar les facultats dominicals que es confereixen a l'apoderat, com comprar, vendre, permutar, fer i acceptar donacions.

Intentar assimilar *mandat exprés* i *mandat específic* és contrari a la pròpia dicció del Codi Civil, que no contempla en cap cas aquesta expressió. Per «específic», entenem detallat, concretant persona i objecte, la qual cosa converteix l'apoderat en un mer *nuntius*, com ocorre en el cas del poder per contreure matrimoni (article 55 CC: «En el poder es determinarà la persona amb qui ha de celebrar-se el matrimoni, amb expressió de les circumstàncies personals necessàries per establir la seva identitat»). Noteu que, si acceptéssim la tesi que tracta d'imposar la sentència, seria com si el Tribunal Suprem afegís a l'article 1713 CC, amb caràcter general, un paràgraf semblant al transcrit per al matrimoni, exigint que per als actes de rigorós domini es determini el subjecte i l'objecte de l'acte dispositiu.

La sentència també diu que «conforme a la doctrina jurisprudencial que ara es reitera, el mandat representatiu [...] només arriba a un acte concret, quan aquest ha estat especificat en el subjecte i l'objecte, en forma determinada» (FD 6è). **Aquesta altra doctrina jurisprudencial a la qual es fa referència per justificar-ne la rei-**

teració és la ja citada Sentència del Tribunal Suprem de 26 de novembre de 2010 (RJ 2011/1315), de la qual transcriu el següent: «El grau de concreció necessari en la designació de l'objecte del mandat depèn del caràcter general i de les circumstàncies d'aquell» (FD 4t). Aquesta sentència mereix diverses consideracions.

C) La Sentència del Tribunal Suprem de 26 de novembre de 2010

En primer lloc, tingueu en compte que la sentència del 2010 plantejava el problema de si un poder general per a plets, en el qual es contemplava la facultat de transigir, era suficient per a la transacció extrajudicial operada pel procurador. El poder general per a plets, realitzat a favor de procuradors dels tribunals, no serveix per transigir, perquè l'article 25.2.1r LEC exigeix per a això un poder especial, que no significa altra cosa que indicar en el poder el plet concret per al qual es facultava a transigir. Si el poder no concreta el procés judicial per al qual es confereix, encara que contempli la facultat de transigir, el poderdant haurà de ratificar la transacció. Explicat aquest extrem, s'entén el paràgraf transcrit com a relatiu al poder general per a plets, i així continua dient la sentència de 2010: «En el cas del mandat per a transigir, cal que s'especifiqui amb precisió el conflicte al qual es refereix la transacció en termes objectius i subjectius, diferenciant-lo de qualsevol altre, i els aspectes jurídics o de fet sobre els quals s'autoritza a transigir. No cal que s'estableixin, però, els termes en els quals s'ha de produir la negociació o la transacció, ni que s'especifiquin límits màxims o mínims per portar-la a terme, atès que aquesta exigència faria ineficaç en molts casos el mandat o posaria el mandant en una situació desfavorable davant de la part amb la qual manté un litigi, ja que la transacció comporta en si mateixa una negociació entre les parts partint d'una situació d'incertesa que faci possible obtenir avantatges mitjançant la realització de concessions recíproques» (FD 4t).

En segon lloc, la sentència del 2010 revoca la decisió de l'Audiència, en el sentit que «el caràcter del poder com a poder general per a plets no és determinant de la qualificació de la totalitat del seu contingut, sinó que s'hi inclou una clàusula especial per transigir» (FD 4t).

Recordem que, segons l'article 25 LEC: «1. **El poder general per a plets** facultarà el procurador per realitzar vàlidament en nom del seu poderdant tots els actes processals compresos d'ordinari en la tramitació d'aquells [...]. 2. **Caldrà poder especial** [...] per a la renúncia, la transacció, el desistiment, l'assentiment, el sotmetiment a arbitratge i les manifestacions que puguin comportar sobreseïment del procés per satisfacció extraprocessal [...]».

En efecte, d'acord amb el que preveu l'article 25.2.1r LEC, hi havia una clàusula en la qual s'autoritzava per transigir les indemnitzacions derivades d'un accident de treball patit pel poderdant, objecte del litigi.

Per tant, **no és veritat, com diu la sentència de 2013, que la jurisprudència «es reitera»**, ja que no hi ha identitat de raó ni de solució amb la sentència del 2010, en la qual s'admet que l'article 25 LEC queda prou complert amb la referència a l'accident laboral transigit, i també queda complert l'article 1713 CC quan diu que «per transigir [...] es necessita mandat exprés».

Llegint els dos preceptes, l'article 1713 CC i l'article 25 LEC, m'atreveixo a dir que he trobat la causa de la confusió jurisprudencial. L'article 1713 CC parla de *mandat exprés* com a oposat a *mandat tàcit*, i l'article 25 LEC, de *poder especial* per a un litigi concret com a oposat a *poder general* per a qualsevol plet del poderdant.

El poder per a plets que tots coneixem, i que s'utilitza habitualment als jutjats, seria un poder especial, segons la terminologia del Codi Civil, per als assumptes judicials del poderdant, però també seria un poder exprés, ja que contempla, normalment, la facultat de transigir, assentir o desistir. Queda clar, però, com abans indicava, que el terme «*exprés*» del Codi Civil no ha de confondre's amb el terme «*especial*» de la LEC. Per això, quan sorgeix una transacció i el poder no ha estat atorgat per a un litigi concret, el poderdant (o sigui, la part processal) ha de ratificar la transacció operada. En canvi, quan el poder es dona per a un plet determinat, concretant-ho en l'objecte, ja no cal la ratificació de l'interessat, atès que, com vam dir, en el poder hi figurarà la facultat de transigir.

Per als jutges acostumats a contraposar el poder general per a plets amb

l'especial que l'article 25 LEC exigeix en la transacció, és fàcil confondre's en aplicar l'article 1713 CC, que per a transigir exigeix poder exprés. **I és aquí on hi ha l'error: poder exprés igual a poder especial per al cas concret, i, evidentment, no és així.** La correcta interpretació dels dos preceptes és que, per transigir, és necessari un mandat exprés (no tàcit), com ho és sempre el poder (article 1710 CC), que contempli expressament aquesta facultat (article 1713 CC), i que, a més, per transigir en un assumpte determinat, el poder contempli el litigi en qüestió («*especial*», segons la dicció de l'article 1712 CC i del propi article 25 LEC). Tot això podrà incloure's en un poder general per a plets i atorgar-se tant per via notarial (article 1280 CC) com judicial *apud acta*.

La LEC no contradiu el Codi Civil, simplement afegeix que, per transigir, a més de ser un poder exprés per a aquest fi, haurà de ser també especial per al litigi del qual es tracti. S'hauria de reconèixer la incorrecció de l'assimilació (poder exprés igual a poder especial, o el que és pitjor, específic), com pretén la sentència del 2013

És a dir, la LEC no contradiu el Codi Civil, simplement afegeix que, per transigir, a més de ser un poder exprés per a aquest fi, haurà de ser també especial per al litigi del qual es tracti. Tant de bo es mediti sobre això i **es reconegui la incorrecció de l'assimilació (poder exprés igual a poder especial, o el que és pitjor, específic), com pretén la sentència del 2013.**

La confusió pot obeir al fet que, en la pràctica, visualment, un poder general típic i un poder per a plets s'assemblen bastant en la presentació externa. A tots dos es detallen de manera exhaustiva i expressa una sèrie de facultats que es confereixen a l'apoderat. Però al poder general aquestes facultats es refereixen a tot el patrimoni del poderdant i, a més, enumeren tots els actes i negocis jurídics que es poden delegar, comprenent tant actes d'administració ordinària com de disposició o de rigorós domini. En canvi, els poders per a plets en comprenen només una part, la representació processal i institucional davant d'organismes públics, i, encara que



contenen també una llarga enumeració de facultats, només unes poques són de disposició, com transigir, assentir, desistir, renunciar, sotmetre a arbitratge, etc. Com hem dit, el poder per a plets per transigir ha de ser un poder exprés (article 1713 CC) i, a més, especial per a l'assumpte controvertit (article 25 LEC). D'aquesta manera, en la pràctica judicial, si el poder per a plets faculta per transigir en un contenciós determinat, no es fa necessària la ratificació. Si el poder contempla la facultat de transigir però no fa referència al litigi concret, la transacció realitzada pel Lletrat haurà de ser ratificada pel poderdant.

D'això la deducció errònia: els poders expressos del Codi Civil han de contemplar també l'assumpte o objecte sobre el qual recauen les facultats de rigorós domini concedides. En cas contrari, haurà de ratificar el poderdant.

Però ni la terminologia ni el fonament teleològic dels poders per a plets són aplicables a la resta de poders. Els poders per a plets s'atorguen d'ordinari davant d'un litigi que s'ha plantejat o que es preveu que es planteja en un futur proper. Aquests poders s'utilitzaran, normalment, per a un únic procés judicial. En canvi, els poders generals típics, civils o mercantils, no contemplen el cas immediat, sinó que es donen amb vocació de perdurar en el temps. Al judici, el poder per transigir ha de contemplar el litigi per al qual es dona, i per això la LEC l'anomena «poder especial». En realitat, és un poder especial amb la facultat expressa per transigir. En l'àmbit civil, el poder pot haver-se atorgat per a tots els assumptes patrimonials (general) o per a una part (especial), i tant en l'un com en l'altre cas, si el poderdant vol que l'apoderat tingui facultats dispositives de rigorós domini, haurà de fer-les constar al poder (exprés).

En tercer lloc, la sentència de 2010 conté un vot particular, el del mateix Ponent de la sentència de 2013, que no va prosperar però que, en canvi, es presenta a la sentència del 2013 com si hagués estat la decisió. En aquest vot particular, l'Excm. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ planteja la seva argumentació en l'àmbit de la justícia material, tractant de cercar una solució justa «al desgraciat accident» que va patir el demandant «en caure des d'una altura de 6 o 7 metres, incident que li va causar greus lesions i seqüeles i el va deixar en una cadira de rodes, amb llibilitat

afectiva i incapacitat d'elaborar ordres complexes que li han provocat una minusvalidesa del 75 %» (apartat 1r VP). I afegeix que «es va realitzar una suposada transacció plasmada en un rebut signat pels advocats, el de la part demandant i el de l'entitat que va lliurar el taló» (apartat 2n VP). El problema sorgeix quan la víctima de l'accident laboral nega el poder de representació del Lletrat i, fins i tot, el substitueix per un altre que obté la vènia. Acaba l'exposició fent al·lusió a «la miserable quantitat» obtinguda en la transacció, en comparació amb la inicialment sol·licitada, que qualifica de «mesquina». A continuació, tracta d'explicar els conceptes *mandat general i especial, exprés i tàcit, concebut en termes generals i específic*. Vegem atentament els pronunciaments següents continguts al seu vot particular: «El mandat és general quan comprèn tota o una generalitat de l'activitat jurídica del mandant, o especial, si es refereix a actes jurídics concrets (article 1712 del Codi Civil), i, alhora, pot ser exprés, format per declaracions expressives de la voluntat de les parts, orals o escrites, i tàcit, quan la voluntat es desprèn del comportament d'aquestes (article 1710). Així mateix, i en el que més interessa aquí, pot ser en termes generals, que comprèn els actes d'administració, o específic, que l'article 1713 anomena "exprés", generant confusions [...], que comprèn els actes de disposició. [...] De tota la jurisprudència, que ara es reitera, es desprèn, en primer lloc, que per als actes de disposició cal mandat específic, anomenat normalment exprés o especial, en el sentit de detallar concretament els actes de disposició que comprèn no en termes generals, sinó específicament» (apartat 2n VP).

No pot haver-hi més errors de concepte en tan poques línies.

D) *Conclusions crítiques*

Totes aquestes males interpretacions del Codi serveixen per justificar una solució humana a un problema concret quan la via a seguir, si no es vol atemptar contra la seguretat del tràfic jurídic, és recórrer als articles 1258 CC i concordants, així com al principi de la bona fe i a la prohibició de l'abús del Dret de l'article 7 CC. Aquest és el criteri que va sustentar la sentència ja citada de 30 de juny de 2009 (RJ 2009/4427) i que **recentment ha estat reiterat en la de 20 de maig de 2016** (RJ 2016/2295), dient que «el fonament del contracte de mandat és el vincle recíproc de confiança

entre mandant i mandatari, també han de destacar-se els deures de fidelitat i lleialtat que constitueixen veritables directrius en el desenvolupament de l'activitat de gestió que realitza el mandatari [...]. Aquests deures, amb fonament **tant en el principi general de bona fe (article 7 del Codi Civil) com en la seva projecció a l'article 1258 del mateix cos legal** (conseqüències que segons la naturalesa del contracte siguin conformes a la bona fe), i també en el criteri general de la diligència específica aplicable als negocis de gestió (article 1719 del Codi Civil), impliquen que el mandatari ha de comportar-se com cap esperar d'acord amb la confiança dipositada (servare fidem), diligentment i a favor de l'interès gestionat, amb subordinació del propi interès».

Fins i tot, podem afirmar que, **a causa de les crítiques a la Sentència de 6 de novembre de 2013, el Ponent d'aquesta va prescindir de la tesi que hi sostenia només uns mesos després, a la Sentència d'1 de juliol de 2014** (RJ 2014/2831), de la qual també va ser Ponent. En aquesta última, no s'al·ludeix a la doctrina, establerta per la primera, sobre la suficiència del poder general per realitzar donacions d'immobles en un cas en el qual l'apoderada atorga escriptura pública donant-se a si mateixa. Es resol el litigi a partir d'arguments d'un altra índole: a l'Audiència, per falta d'objecte, ja que l'immoble havia estat venut prèviament pel poderdant, encara que no es va inscriure l'escriptura perquè la finca no estava immatriculada; al Tribunal Suprem, per falta de poder de disposició del mandant i falta de la protecció registral a l'apoderada i donatària que va immatricular la finca donada, per estar mancada de bona fe i adquirir a títol gratuït.

Fins i tot, podem afirmar que, a causa de les crítiques a la Sentència de 6 de novembre de 2013, el Ponent d'aquesta va prescindir de la tesi que hi sostenia només uns mesos després, a la Sentència d'1 de juliol de 2014, de la qual també va ser Ponent

Tot i que no és l'objecte d'aquest treball, per completar el panorama jurisprudencial, he de fer una breu referència a la protecció de tercers, encara que només sigui des d'un punt de vista merament

civil i, per tant, deixant expressament de banda la protecció hipotecària.

E) La protecció de tercers

En alguna sentència, referint-se a casos d'extralimitació del poder, el Tribunal Suprem ha declarat que «[...] l'extralimitació del poder per part de l'apoderat entra dins del joc de la sanció de l'art. 1259 CC, ja que en cap cas aquest contracte pot ser eficaç, atès que no hi ha hagut ratificació per part de la persona a nom de la qual s'atorga» (FD 4t) [STS, Sala 1a, 29 d'abril de 2000 (RJ 2000/3190)], i **proclama la nul·litat radical, com si no s'hagués atorgat cap poder**, llevat, és clar, de la ratificació posterior pel poderdant, que pot ser expressa o tàcita (cfr. article 1727 CC).

El mandatari que ha actuat com a tal, sense extralimitació, no és responsable davant de tercers. Això és la conseqüència lògica del mandat representatiu que ha exercit, tant si aquest mandat va ser exprés com tàcit. El mandant té la condició de part al negoci jurídic celebrat i esdevé titular de totes les accions que sorgeixen davant el tercer. Ara bé, perquè es produeixi aquesta vinculació directa del mandant i el tercer, és necessari que el negoci celebrat per aquest i el mandatari sigui vàlid [STS, Sala 1a, 19 de novembre de 1990 (RJ 1990/8957)].

Si el mandatari va donar a conèixer els seus poders al tercer, encara que s'extralimiti en l'actuació, no serà responsable davant del tercer, atès que aquest tercer que va negociar amb ell coneix l'extralimitació amb la qual actua i negocia amb ell a compte i risc propis. El mandant, en aquest cas, tampoc serà responsable davant d'aquest tercer, llevat de ratificació (cfr. article 1727 CC). L'únic que sorgirà en aquest cas és la responsabilitat del mandatari davant del mandant *ad intra*, derivada de la relació interna de mandat que els uneix.

En aquesta relació interna, el principi és que el mandant ha de ser restituït com si el mandatari no hagués celebrat el negoci. Com diu la **Sentència del Tribunal Suprem de 7 de juny de 2005 (RJ 2005/4422)**, «[...] el mandatari està obligat a retre compte de la utilització del mandat, i a tornar el valor d'allò rebut, quan s'extralimiti en l'ús del poder (art. 1720), valor que es converteix en el que correspongués a la

cosa quan es va perdre (art. 1307), que és allò que, per la transferència a un tercer hipotecari, o de bona fe, la converteix en "perduda" jurídicament, o sigui, en aquest cas, en el moment en què la sentència del plet precedent, que ordena la restitució, es converteix en inexecutable, preu que no consta i que s'ha de determinar, com és obvi, a través d'una prova pericial» (FD 4t).

En la relació externa, la protecció dels tercers davant dels supòsits de falta de poder o extralimitació de l'apoderat es basa en la bona fe del tercer i en la protecció de l'aparença creada i del tràfic jurídic.

El Codi Civil fa referències expresses a la revocació, cas en el qual entren en joc els articles 1734 i 1738 CC, la interpretació dels quals sembla consolidada en dir la **Sentència de 22 de gener de 2015 (RJ 2015/135)** que: «*Si el poder s'hagués atorgat per contractar amb certes persones, la seva revocació no podria perjudicar-les, si no se'ls hagués fet saber, com disposa l'article 1734 del Codi Civil. Ara bé, si es tracta d'un mandat general, que és el cas, la revocació sí pot perjudicar els tercers, llevat que concorri el supòsit excepcional previst a l'article 1738 del Codi Civil, que, segons doctrina de la Sala, requereix bona fe per part de mandatari i tercer. [...] Interpreta l'article 1738 del Codi Civil en el sentit d'exigir per a la seva aplicació la concurrència de dues condicions: en primer lloc, que el tercer amb el qual contracta el mandatari hagi actuat de bona fe, o sigui, que desconegués l'anterior extinció del mandat, condició que es dóna en el supòsit que jutgem, i en segon lloc, que aquest mandatari, en el moment de fer ús del poder, ignorés la mort del mandant o la concurrència de qualsevol altra de les causes que fan cessar el mandat, condició aquesta que no concorre en aquest supòsit, en el qual el mandatari va usar el poder quan se li havia notificat adequadament la revocació.*

Per això, la tesi de la sentència, en nom de l'ultraactivitat del mandat per raó exclusivament de la bona fe del tercer, resulta incomprensible amb el text de la norma i la doctrina de la Sala que l'interpreta.

En no ser aplicable aquest precepte, tot allò realitzat pel mandatari després de l'extinció del mandat (STS de 24 d'octubre de 2008) és nul (article 1259 CC) i, com a tal, no vincula el mandant (article 1727 CC) i deixa el mandatari com a responsable davant del tercer (article 1725 CC)» (FD 3r).

VII. LA RESOLUCIÓ DE LA DIRECCIÓ GENERAL DELS REGISTRES I DEL NOTARIAT DE 25 D'OCTUBRE DE 2016 (BOE A-2016-10823)

A) Fets

El març de 2010 s'atorga un poder general, dels típics, per una mare a favor de la filla, i s'hi inclou una enumeració exhaustiva de facultats, entre les quals figura la de «*fer i acceptar donacions pures o condicionals*» i en relació a béns de tota mena, mobles o immobles, salvant el conflicte d'interessos i encara que s'incideixi en la figura jurídica de l'autocontractació. El maig de 2016, l'apoderat, fent ús d'aquest poder general que li ha conferit la seva mare, s'atorga a si mateix una donació, l'escriptura pública de la qual es presenta al Registre de la Propietat i és **qualificada negativament, basant-se en la interpretació que la Sentència del Tribunal Suprem de 6 de novembre de 2013 fa de l'article 1713 CC**. La Registradora transcriu literalment als fonaments de Dret part de la sentència esmentada, recalcant que la jurisprudència exigeix per a la validesa d'un acte dispositiu concret que es concreti, en el mandat amb poder de representació, l'acte i l'objecte amb els detalls essencials, és a dir, que s'hagi especificat el subjecte i l'objecte de forma ben determinada. I acaba dient de la seva collita: «*Malgrat que el Notari autoritzant de l'escriptura que motiva la present emet judici de suficiència de les facultats representatives del compareixent, atesa la doctrina abans exposada del Tribunal Suprem, i a la vista de la ressenya de les facultats representatives, aquest judici de suficiència no pot considerar-se congruent amb el negoci realitzat, en la mesura que de la pròpia ressenya del poder en resulta que es tracta d'un poder general d'administració i disposició concedit amb caràcter genèric, en relació a béns de tota mena i sense que es designin específicament els béns dels quals pot disposar l'apoderat a títol gratuït.*

El Lletrat que va interposar recurs contra la qualificació registral al·lega que aquesta qualificació, en contrariar el criteri del Notari, que sí «*va entendre suficients les facultats representatives, contrària fins i tot el criteri del propi Registre, el qual, dos anys abans (ja després de la STS indicada), va procedir sense traves a la inscripció d'una donació idèntica per part de parts iguals, de la mare al fill [...], en virtut d'un*



poder idèntic [...]. **Com no va considerar llavors el Registre que el mateix poder no era útil, vàlid o suficient i ara sí?** La STS havia estat dictada vuit mesos abans, però entenem que això tampoc seria excusa, des del moment que el desconeixement de la llei no n'eximeix de cap manera del compliment, menys encara dels que estan obligats a conèixer-la i complir-la amb especial zel. Així, entenem que aquesta denegació vulnera de manera manifesta l'art. 6 del Codi Civil, bé en inscriure la primera escriptura, bé en denegar ara la segona ignorantia juris non excusat».

El Lletrat acaba el recurs al·legant la vulneració del principi de legalitat de la doctrina dels actes propis creant una inseguretat jurídica manifesta.

B) Fonaments de Dret

La Direcció General dels Registres i del Notariat, citant diverses sentències del Tribunal Suprem, deixa clara la diferència entre els conceptes de mandat exprés als articles 1710 i 1713 CC.

La Direcció General posa de manifest que l'article 1713 CC regula una qüestió d'extensió del mandat i no de forma del mateix, contraposant el mandat concebut en termes generals i el mandat exprés

A l'article 1710 CC, el concepte exprés es contraposa a tàcit, i així ho recull la Direcció General en els termes següents: «[...] segons la Sentència del Tribunal Suprem de 21 de febrer de 1990, la qualificació d'un mandat com a exprés no depèn del fet que el seu atorgament exigís una determinada formalitat i constància escripturària, i així es veu que l'article 1710, paràgraf segon, del Codi permet que pugui donar-se per instrument públic o privat i, fins i tot, de paraula; en aquesta mateixa línia es troba la doctrina jurisprudencial, en establir que la validesa del mandat, pel caràcter consensual, ve determinada per l'existència del consentiment sigui quina sigui la forma en què es manifesti, expressa o tàcita, per escrit o verbal».

La Direcció General posa de manifest que l'article 1713 CC regula una qüestió d'extensió del mandat i no

de forma del mateix, contraposant el mandat concebut en termes generals i el mandat exprés. Citant la Sentència del Tribunal Suprem de 15 de març de 1996 (RJ 1996/2357), declara que el mandat concebut en termes generals faculta per a la gestió i l'exprés, per a la disposició, que en la pràctica configura l'anomenat poder general pel qual es concedeixen facultats de disposició, que, a més, es detallen mitjançant una enumeració extensíssima d'actes de domini rigorós, com comprar, vendre i permutar, de manera pura o condicional, a retro amb preu confessat, al comptat o a termini, tota classe de mobles, immobles, etc.

Dins d'aquestes consideracions teòriques, distingeix entre el mandat general i l'especial al qual es refereix l'article 1712 CC, dient que en aquesta distinció «no atén el legislador als actes, sinó als negocis que comprèn el mandat, podent per això referir-se un mandat concebut en termes generals no només a un mandat general (comprensiu de tots els negocis del mandant), com quan es confia genèricament la missió de realitzar el que sigui necessari per a una determinada gestió, sinó també a un mandat especial (que comprèn només un o més negocis determinats)».

Centrant-se ja en el problema de si, per a la realització d'actes de domini rigorós, cal o no que el poder especifiqui els béns sobre els quals l'apoderat pot exercitar les facultats conferides, la Direcció General cita un gran nombre de sentències en què el Tribunal Suprem **s'ha pronunciat proclamant la no necessitat que en el poder es concretin els béns que en són objecte**, essent suficient que constin expressament les facultats de disposició que autoritzen a l'apoderat a comprar, vendre, donar, etc. (sentències de 7 de juliol de 1932 i de 20 de novembre de 1989). **Enumera també les sentències que han admès la validesa de les donacions atorgades mitjançant els denominats poders generals** (sentències de 6 de març de 2001 i de 16 de maig de 2008). Fins i tot porta a col·lació la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Navarra de 15 de juliol de 1993, que va admetre amb caràcter general la possibilitat d'atorgar donacions amb un poder general, encara que, en el cas concret, atenent a les circumstàncies concurrents, va estimar extralimitació per l'apoderat. D'aquesta sentència, destaca que el poder objecte del cas era un poder general (no

concebut en termes generals) i exprés, ja que s'autoritza actes de disposició de rigorós domini, i no era un poder especial, atès que no es limitava a un o més negocis determinats, afirmant que al nostre ordenament jurídic s'admet la donació mitjançant apoderat amb poder exprés i que no s'exigeix per a la seva validesa que el poder determini l'objecte a donar i el subjecte donatari. A més, **aquesta sentència ja va citar l'article 778 del Codi Civil italià**, que, com hem vist, després es recull a la resolució que estem analitzant i que declara la nul·litat del mandat en el qual s'atribueix a un altre la facultat de designar la persona del donatari o de determinar l'objecte de la donació.

Amb això, la Direcció General entra ja en el que veritablement és el **fons de la resolució**. Acol·lint la tesi causalista, no té inconvenient a afirmar que «[...] les vicissituds del negoci subjacent afecten l'apoderament, tot i que amb el matís fonamental que els tercers, la bona fe dels quals ha de presumir-se [...], han de subjectar-se als límits formals establerts al títol formal de l'apoderament, llevat que es tingui constància certa que el contingut de la relació bàsica resta contrariat per l'actuació específica de l'apoderat».

I, a continuació, **separa nítidament la relació interna poderdant-apoderat de la relació externa, però no només respecte dels tercers, sinó també de la comunitat jurídica en general**, dient: «[...] qüestió diferent és que [...] l'apoderat no hagi seguit les instruccions que hagués disposat el mandant o existeixi abús o extralimitació en l'ús del poder pel mandatari, quelcom que podrà ser valorat en seu judicial, però sense que aquesta possibilitat pugui portar a concloure que la validesa d'un mandat [...] depengui del fet que es designin específicament els béns sobre els quals l'apoderat pot exercir les facultats conferides».

Recolza la Direcció General els seus arguments en la recent —i ja citada— **Sentència del Tribunal Suprem de 20 de maig de 2016**, de la qual dedueix la conclusió següent: «Quan aquesta última sentència, de 20 de maig de 2016, per declarar nul un acte com el controvertit, recorre als criteris interpretatius del Codi Civil en seu de mandat i gestió de negocis, com p. ex. l'extralimitació i falta al deure de fidelitat, però sense objectar res a l'amplitud de



facultats conferides en el poder general, està marcant la pauta per resoldre la qüestió subjacent en aquest expedient, en el sentit que la valoració d'aquelles circumstàncies —que són les realment decisòries— necessàriament ha de ventilar-se en seu judicial i resta al marge de les funcions de notaris i registradors».

En efecte, la relació interna entre poderdant i apoderat queda al marge de la labor del Notari, i encara més, si cap, del Registrador; no té cap connexió amb la possible realitat de la relació entre mandant i mandatari.

El Notari autoritzant del poder potser pugui tenir-la, ja que contacta personalment almenys amb el poderdant i pot arribar a conèixer-ne les intencions o instruccions inicials. **Però aquestes instruccions, si no es plasmen al poder, no limiten i l'apoderat queda legitimat en el tràfic jurídic pel contingut formal del poder. Ni els notaris que després autoritzen els actes de disposició atorgats per l'apoderat, ni el Registrador que els inscriu, poden atener-se a cap altra cosa que no sigui el propi contingut del poder,** que —recordem— és l'instrument jurídic que externalitza la representació voluntària.

La relació interna entre poderdant i apoderat queda al marge de la labor del Notari, i encara més, si cap, del Registrador; no té cap connexió amb la possible realitat de la relació entre mandant i mandatari

Revocant la qualificació registral impugnada, bastant-se en el que s'ha exposat abans, la Direcció General destaca les conseqüències negatives que seguirien si s'admetés l'argumentació de la Registradora: «[...] quedaria retallada una via tan freqüent i útil en la pràctica com la d'atorgament de poders generals que normalment atenen a casos [...] de realització per un mateix apoderat de diversos actes o negocis de domini rigorós en una fase temporal prolongada, sense necessitat de concessió de diversos apoderaments específics ad hoc de manera successiva».

Essent això així per als poders normals, no diguem respecte dels preven-

tius, que estan destinats a deslligar-se fins i tot de la relació interna mandant-mandatari, tan bon punt el poderdant vagi perdent la capacitat de modificar-los i, fins i tot, de demanar la rendició de comptes a l'apoderat.

Els notaris, en la formalització d'apoderaments generals, a l'hora de redactar l'escriptura pública, han d'extremar el zel i fer les indagacions oportunes sobre la intenció i l'abast que l'atorgant vulgui donar a l'apoderament, ja que són evidents les necessàries dosis de prudència que han d'emprar-se quan es tracta de poders generals

Per aquesta raó, la resolució aprofita l'oportunitat per recordar als notaris «[...] la necessitat, més aviat exigència, que en la formalització d'apoderaments generals [...] el Notari, a l'hora de redactar l'escriptura pública, extremi el zel i faci les indagacions oportunes sobre la intenció i l'abast que l'atorgant vulgui donar a l'apoderament, ja que són evidents les necessàries dosis de prudència que han d'emprar-se quan es tracta de poders generals».

C) Altres resolucions recents

Per últim, voldria fer menció de dues resolucions recents de la Direcció General en les quals, malgrat tractar supòsits de donació, s'ha obviat el tema de la necessitat que el poder concreti l'objecte i el subjecte de la donació.

La primera, de 20 d'octubre de 2015 (RJ 2015/6468). El supòsit de fet és el del poder general que utilitza l'apoderat per donar-se a si mateix un immoble, però centrant-se en el problema del judici notarial de suficiència del poder sobre la facultat d'autocontractació. La Registradora va considerar insuficient l'afirmació del Notari que «[...] al meu parer, són suficients les facultats representatives acreditades per a la present escriptura de donació».

L'argument de la Registradora per suspendre la inscripció es basa en el fet que no es pot apreciar la congruència del judici de suficiència, ja que no en resulta

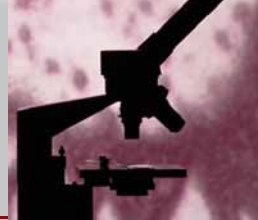
cap referència a la facultat d'autocontractació. Al seu torn, el Notari, al recurs, addueix que, si malgrat la literalitat de l'article 98 de la Llei 24/2001 s'establis- sin excepcions, com que el Notari hagués de salvar expressament el conflicte d'interessos, se'n podrien afegir d'altres com, per exemple, que el poder inclogui el supòsit d'incapacitació sobrevinguda i seguir fins que l'article no tingués cap aplicació pràctica.

La Direcció General estima que el judici notarial de suficiència no s'hagi formulat correctament, ja que per a «la revisió de la congruència del judici de suficiència amb el contingut del títol, exigeix que s'incloguin a l'escriptura els actes necessaris per fer una comparació entre la facultat que pressuposa i el contracte documentat» (FD 3r).

No apareix a la qualificació, ni després a l'informe de la Registradora, cap al·lusió a la validesa del poder; tampoc a la resolució de la Direcció General, que podia entrar-hi, perquè —no ho oblidem— el Centre Directiu no està subjecte al principi de justícia sol·licitada, que sí afecta els tribunals.

La segona resolució és de l'11 d'abril de 2016 (RJ 2016/2990), en la qual es planteja el problema de la validesa del poder atorgat per un administrador solidari facultant l'apoderat per donar actius socials, incloent també l'autocontractació. Argumentació brillant, tant la del Registrador Mercantil com la del Notari, resolent la Direcció General que, d'acord amb l'article 230 LSC, la dispensa de l'autocontractació correspon, com a regla, a la junta general, i només excepcionalment, en els casos concrets que enumera, a l'òrgan d'administració, però «[...] res permet en la normativa assenyalada concloure que l'òrgan d'administració pot atorgar una dispensa general a qualsevol situació de conflicte que es produeixi entre els interessos del principal, la societat i l'apoderat representant» (FD 5è).

En relació amb l'altre problema plantejat, el de la validesa de la facultat per donar actius socials amb caràcter general, entès com a equivalent a tot el patrimoni social, afirma que «[...] com la clàusula debatuda fa referència globalment a tots els actius socials, aquesta ha de quedar compresa entre els actes que, no podent realit-



zar lliurement l'administrador, [...] tampoc pot conferir-los a un tercer» (FD 11è).

La jurisprudència resol casos concrets, no formula regles de caràcter general aplicables a tots els casos. Els òrgans jurisdiccionals, el cim dels quals és el Tribunal Suprem, tenen la funció d'aplicar les fonts del Dret, no la de crear-les

Igual que en l'anterior, no es planteja el problema de la validesa del poder per donar que no expressi l'objecte i el sub-jecte, però indirectament ho està admetent.

Voldria acabar l'article amb unes línies del Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, publicades a *La Ley*.⁽¹¹⁾

Del recurs de cassació [...] neix la jurisprudència. [...] La jurisprudència és font del Dret? La resposta és negativa. La jurisprudència no és font del Dret: ni té poder social amb facultat normativa creadora (font material), ni és una forma externa de manifestar-se el Dret positiu (font formal). Resol casos concrets, no formula regles de caràcter general aplicables a tots els casos; en la divisió de poders que assenyalava la Constitució Espanyola, el poder judicial està separat del poder legislatiu. Els òrgans jurisdiccionals —el cim dels quals és el Tribunal Suprem— tenen la funció d'aplicar les fonts del Dret, no la de crear-les.

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

dad de opiniones, lo que parece 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, València, 2013, pàgs. 2239-2240.
- (6) En aquest sentit, María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 4a ed., Cizur Menor, 2013, pàg. 11671, per a la qual el poder per sí mateix no es pot definir com a negoci, sinó com a instrument formal de legitimació en l'execució del mandat.
- (7) Vegeu un comentari a aquesta sentència a 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», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 41, 1996, pàgs. 899-908.
- (8) És curiós com el Ponent, l'Excm. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, ressalta sempre aspectes subjectius a les sentències en què cerca la justícia material del cas concret, fent servir frases o expressions molt descriptives de la situació. Així, per exemple, en el vot particular a la Sentència del Tribunal Suprem de 26 de novembre de 2010 (RJ 2011/1315), que és antecedent de la que ens ocupa, va dir: «[...] i com aquest mandatari va acceptar una quantitat (**certament miserable**) i va signar el rebut que es presenta com a transacció».
- (9) L'Excm. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ ja havia emès un vot particular a la Sentència del Tribunal Suprem de 26

de novembre de 2010 (RJ 2011/1315), que començava dient: «Aquest vot particular dissenteix totalment del contingut de la sentència [...] i coincideix amb el de la sentència recorreguda, d'estimació de la demanda: el contrari entenc que seria una solució intrínsecament injusta i els òrgans jurisdiccionals tenen la funció de fer justícia, d'acord amb el Dret, i en el cas present, el que es manté en el vot particular és una solució justa, d'acord amb el Dret, tot i saber que tota qüestió jurídica, com tota qüestió humana, és discutible i defensable, per això insisteixo a destacar el respecte que em mereix l'opinió de la majoria».

- (10) En realitat, aquesta Sentència del Tribunal Suprem de Justícia de Catalunya no contemplava un cas de donació realitzada mitjançant un poder en el qual s'inclouia la facultat de donar, sinó que es discutia si la facultat de «disposar i acceptar adjudicacions de béns hereditaris i lliuraments de llegats [...] pagar i acceptar o renunciar a legítimes i fideïcomisos» implicava també la de fer donacions. En la relació de béns presentada a Hisenda, l'apoderada de l'hereva, d'acord amb l'establert pel testador, havia assignat al fill del causant l'usdefruit vitalici d'una finca en pagament dels seus drets legítims i, en el que l'excedís, com a mera liberalitat. Poc temps després, la mateixa apoderada, muller de l'usufructuari, va formalitzar notarialment l'acceptació de l'herència en nom de l'hereva, filla d'ambdós, en la qual es va modificar l'esmentat abans dient a l'atorgament que «la finca llegada i adjudicada en usdefruit a la relació de béns ha d'entendre's adjudicada en plena propietat i en pagament de la llegítima». En aquest cas, es produïa a més la circumstància que al text del poder figurava expressament la facultat d'acceptar donacions, però no es deia res de la possibilitat de fer-les. Per això, no considero encertada la cita d'aquesta sentència, tot i que és veritat que s'hi anuncia perillosament la confusió terminològica, en dir que «per a qualsevol acte de disposició dominical, cal mandat exprés, o el que és el mateix, poder especial per a la disposició concreta que es realitza, i no basta per a la validesa d'aquests actes el mer apoderament general, encara que s'hi comprenguin els negocis jurídics que serveixen de base per a la realització d'aquells actes [...]».
- (11) Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La jurisprudencia y los recursos extraordinarios», a *Actualidad Civil*, núm. 1, secció Doctrina, 2002, pàgs. 1-16.

El contracte de comptes en participació no és un contracte de societat

Francisco Vicent Chuliá

Professor Emèrit de Dret Mercantil de la Universitat de València

Soci d'Honor de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

SUMARI

- I. UN PROBLEMA METODOLÒGIC
- II. NATURESA I CARÀCTERS DEL CONTRACTE DE COMPTES EN PARTICIPACIÓ
- III. REGULACIÓ DEL CONTRACTE DE COMPTES EN PARTICIPACIÓ EN EL CODI DE COMERÇ I EN L'AVANTPROJECTE DE CODI MERCANTIL
- IV. DIFERÈNCIES DEL CONTRACTE DE COMPTES EN PARTICIPACIÓ AMB ALTRES CONTRACTES
- V. IMPOSSIBILITAT D'INCORPORACIÓ DE LA CONDICIÓ DE COMPTEPARTÍCIPI A UN TÍTOL VALOR
- VI. EL CONTRACTE DE COMPTES EN PARTICIPACIÓ HA DEIXAT DE SER TÍTOL JURÍDIC D'OBTENCIÓ DE FONS PROPIS
- VII. CONCLUSIONS

I. UN PROBLEMA METODOLÒGIC

Un ampli sector de la doctrina mercantilista espanyola defensa que el con-



tracte de comptes en participació regulat als art. 239 a 243 del Codi de Comerç de 1885 és un contracte de «societat interna», partint d'un concepte doctrinal ampli de *contracte de societat* en què hi caben tots els contractes amb una finalitat comuna, diferent del concepte definit als art. 1665 CC i 116 CCom. D'aquesta manera, traslladen a la interpretació de la regulació espanyola del contracte de comptes en par-

ticipació la doctrina alemanya elaborada a partir del Codi de Comerç alemany de 1897 (d'ara endavant, HGB), que encara el defineix com un contracte de societat interna (la *stille Gesellschaft*), quan el nostre Codi de Comerç de 1885 i, després, el Codi Civil italià de 1942 regulen el contracte de manera més senzilla, com un contracte bilateral de col·laboració amb finalitats de finançament o inversió⁽¹⁾.



La qüestió afecta l'enginyeria social pròpia de l'Advocacia. L'Advocat, a més de ser el defensor dels interessos del seu client (*Advocate*) i de la llei (*Lawkeeper*), és un «enginyer de costos de transacció» encarregat d'organitzar les operacions econòmiques, de manera que siguin vàlides, segures, eficients i eficaces, i d'evitar en la mesura del possible l'obscuritat i la inseguretat⁽²⁾.

Cal tenir en compte, i és una cosa fonamental, que el contracte bilateral de comptes en participació organitza una distribució de riscos diferent del contracte de societat

Avui, com demostren els nombrosos casos judicials, subscriure un «*contracte de societat (sic) de comptes en participació*» comporta perill de confusió, quan generalment les parts desitgen formalitzar una simple inversió. El contracte típic de comptes en participació regulat als art. 239 a 243 CCom. no equival exactament al contracte de «*societat oculta*» de l'art. 1669 CC (que és una verdadera societat), ni tampoc és una «*societat (mercantil) interna*» (que cap norma legal regula), sinó un contracte bilateral d'inversió del partícip en l'activitat del gestor a canvi de participar en els seus resultats, sense constitució d'un fons o patrimoni comú ni d'una organització corporativa. La superposició sobre la regulació escaïda d'aquests articles de tot el Dret de Societats comporta riscos evidents d'incomprensió. Així, per exemple, quan es pretén que el «gestor» dels comptes hagi de defensar l'interès comú, el propi i el del partícip, actuar en l'exercici del «càrrec» de gestor i introduir un ingredient pertorbador de «representació» (que pertany a les categories dels contractes de societat o de gestió⁽³⁾); o quan s'afirma que en la liquidació dels comptes el partícip té dret a la quota de liquidació, i participa en les plusvàlues de l'empresa del gestor⁽⁴⁾; o, finalment, quan es postula la possibilitat que el partícip s'introdueixi en la gestió (mitjançant drets de vot, o d'impartició d'instruccions, o inclús substituint sense més ni menys el gestor, sense perjudici que pugui acabar responnent personalment i sense límit de les obligacions contraïdes i de totes les pèrdues)⁽⁵⁾.

FITXA TÈCNICA

Resum: El contracte de comptes en participació regulat als art. 239 a 243 del Codi de Comerç espanyol de 1885 és un contracte bilateral de col·laboració, diferent del contracte de societat. L'Avantprojecte de Llei de Codi Mercantil de 30 de maig de 2014 segueix la regulació del Codi de Comerç, i es limita a aclarir-lo en alguns punts. També la normativa comptable, concursal i fiscal regula el contracte de comptes en participació com un contracte bilateral i no com un contracte de societat. El Codi de Comerç de 1885 va rectificar l'anterior Codi de Comerç de 1829, que, seguint la legislació francesa, regulava el contracte de comptes en participació com un contracte de societat, i va regular en títols successius tres categories diferents de contractes: de societat, de comptes en participació i de gestió (comissió). No obstant això, un sector de la doctrina defensa que el contracte de comptes en participació és un «*contracte de societat interna*», dins d'un concepte ampli de *societat* (diferent del que es defineix en els nostres codis de Comerç de 1885 i Civil de 1889). Amb això, s'aparta del tipus de contracte que regula el Codi de Comerç i que en la majoria dels casos les parts desitgen formalitzar com un simple contracte bilateral d'inversió. La confusió que aquesta doctrina ha creat obliga els tribunals a fer un gran esforç per resoldre els nombrosos casos que es plantegen.

Paraules clau: Dret Mercantil, contracte de comptes en participació, naturalesa jurídica.

Abstract: The participation account agreement (*contracte de comptes en participació*) regulated by sections 239 to 243 of the Spanish Commercial Code of 1885 is a bilateral collaboration agreement, different than the company agreement (*contracte de societat*). 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 («*contracte de societat 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.

Allò fonamental és que *el contracte bilateral de comptes en participació organitza una distribució de riscos diferent del contracte de societat*. L'anomenat gestor és, realment, el propietari de l'empresa, el *dominus negotii*, i en la seva explotació assumeix una responsabilitat patrimonial, directa, objectiva i d'acord amb l'art. 1911 CC. Per consegüent, actua no només en nom propi, sinó també per compte i risc propis, per la qual cosa s'ha de guiar pel seu propi criteri i no pel d'un «representant lleial» dels interessos (també) del partícip. Tot i que superés l'examen de la discrecionalitat empresarial, que l'exonera de responsabilitat com a administrador en les decisions estratègiques i de negoci (cf. art. 226 LSC⁽⁶⁾), seguiria responnent de totes les obligacions derivades d'aquesta activitat. És absolutament incompatible ser propietari i representant lleial d'un altre. El partícip pot exercir mesures de control, com altres creditors, gràcies al seu dret d'in-

formació, però amb la seva inversió posa la seva confiança completament al criteri empresarial de l'anomenat gestor.

Per descomptat, els contractants poden formalitzar lliurement un contracte de societat en totes aquestes especialitats (sigui quina sigui la denominació que li donin): el gestor, a més d'explotar la seva empresa segons el seu propi criteri, formalitza un contracte per finançar una determinada activitat o operacions, que gestiona seguint les indicacions del partícip, i reparteix amb aquest al final del contracte el patrimoni constituït amb l'aportació del partícip i fins i tot amb les seves pròpies aportacions. Però aquest no és el contracte de comptes en participació que defensa el Codi de Comerç i el que generalment es formalitza en el tràfic actual.

La Universitat espanyola consumeix recursos escassos i susceptibles d'ús alternatiu, per la qual cosa els seus esforços han



de retornar a la societat els resultats que espera dels seus sacrificis. Estem preocupats davant del descens de la matrícula a les nostres escoles d'Enginyeria (entorn del 25%), malgrat el desafiament tecnològic i la seva ingent oferta de treball, immediata i en el futur més proper (que fa que als Estats Units la demanda de feina en noves tecnologies estigui superant l'oferta, amb l'encariment dels costos laborals). L'estructura econòmica espanyola demana a crits recuperar la vocació industrial⁽⁷⁾. És preocupant que, en un país en què no som capaços ni tan sols de modificar una Constitució obsoleta (només s'ha fet dues vegades, per imposició de la Unió Europea, mentre que els alemanys han modificat la seva magistral Constitució fins a 58 vegades), es menyspreï l'arquetip d'Enginyer per decantar-nos cap a d'altres, malauradament, més arrelats en la nostra psicologia social.

Hem de vigilar la utilitat social de la investigació universitària del Dret, i evitar esforços estèrils. Aquí no es planteja el fals dilema entre ciència teòrica i ciència aplicada, ja que el progrés científic depèn a curt i a llarg termini de la primera. Però l'especulació en el camp jurídic es pren a la lleugera. En el camp de la ciència jurídica, els jutges i advocats exigeixen solucions pràctiques, clares i segures per als problemes que es plantegen, i no elucubracions confuses. Durant anys, van ser elogiades les construccions del Dret Hipotecari de Roca Sastre i altres juristes, sense sotmetre-les a l'enclusa del nou Dret dels Consumidors, que avui ens deixa en evidència davant del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en el denominat Espai de Dret Europeu.

Un altre aspecte metodològic important és el reconeixement del postulat de la unitat de l'ordenament jurídic, i en especial del Dret Privat Patrimonial. En aquest sentit, la discussió sobre la naturalesa del contracte de comptes en participació ha de preveure la seva actual regulació concursal, comptable i fiscal. La Llei 22/2003, concursal, conté un Dret Privat Patrimonial unificat en què no es reconeix cap tret societari al contracte de comptes en participació (queda molt lluny l'històric art. 926 CCom.), sinó que el tracta com un contracte bilateral de durada, que atorga al partícip en el concurs del gestor un crèdit concursal ordinari contingent (pendent de liquidació de les pèrdues i guanys). Per la seva banda, el Dret

Comptable, que també constitueix Dret Privat Patrimonial unificat (encara que es qualifiqui de Dret Mercantil Comptable), reconeix l'aportació del partícip al patrimoni del gestor com un «passiu» o deute, ja que els creditors necessiten saber que el gestor està obligat a liquidar-li i a fer-li efectiva la seva aportació més/menys els guanys i les pèrdues hagudes, i aquesta representació comptable, en virtut del principi d'hegemonia del Dret Comptable sobre el Fiscal (reconegut ja a l'art. 10.3 LIS 43/1975), marca la pauta en la liquidació del deute pels impostos directes, el de Societats i l'IRPF. No cal destacar la importància que té el Dret Comptable per al Dret Privat Patrimonial i, en especial, per al Dret Mercantil, fins al punt que he afirmat que *«la comptabilitat mercantil és una pedra angular del Dret Mercantil, perquè és el llenguatge en què s'expressa el Dret Mercantil com a Dret de l'organització i del tràfic empresarial, des dels seus orígens moderns, a partir del segle XI»*⁽⁸⁾.

El problema metodològic és un dels motius per escriure aquest article, admetent, com fem en els dictàmens, qualsevol opinió contrària fundada en Dret, i expressant el més gran respecte als col·legues discrepants.

Igual com en un treball anterior de «reivindicació de la comanditària per accions»⁽⁹⁾, el motiu de tornar a una *figura jurídica clàssica* no es deu al desig de mantenir les pròpies conviccions en polèmiques d'escola, sinó a la pràctica de l'Advocacia, que compatibilitza amb l'activitat universitària. A més, en tots dos temes, també existeix un motiu de preocupació per la legislació mercantil, tant la vigent com l'Avantprojecte de Codi Mercantil (esforç doctrinal important, tot i que políticament desafortunat, per promoure una reforma constitucional mitjançant la legislació mercantil, per ara, hibernada).

En el cas de la societat comanditària per accions, em vaig esforçar per demostrar que el legislador espanyol la va inutilitzar el 1989 com a eina d'enginyeria empresarial per l'error doble de: 1) escollir el model legislatiu suís-italià, en comptes del francès-alemany (que és el que ha tingut èxit, perquè respecta el dualisme necessari, essencial en aquesta figura; igual que el dualisme gestor/partícip en el contracte de comptes en participació), i 2) prohibir l'exercici del vot a l'accionis-

ta/administrador/amb responsabilitat il·limitada («soci col·lectiu») en les votacions sobre la seva separació mitjançant modificació d'estatuts (art. 252.4 LSC; RDLeg. 1/2010, de 2 de juliol), greu disbarat, probablement inconstitucional per ser contrari al dret de propietat protegit per l'art. 33 CE (incomprensible avui, després de la correcta regulació dels conflictes d'interessos soci/societat a l'art. 190 LSC); un error que es perpetua en l'Avantprojecte de Llei de Codi Mercantil.

El contracte de comptes en participació disposa d'una regulació legal correcta, tot i que escaïda, continguda als art. 239 a 243 CCom. 1885, que, a més, l'Avantprojecte de Codi Mercantil de 30 de maig de 2014 manté i perfecciona

En el cas del contracte de comptes en participació, per contra, comptem amb una regulació legal correcta, tot i que escaïda, continguda als art. 239 a 243 del Codi de Comerç vigent, de 1885, que, a més, l'Avantprojecte de Codi Mercantil de 30 de maig de 2014 manté i perfecciona. En aquest cas, el nostre legislador segueix el model legislatiu correcte, l'italià, i no l'alemany. Però la figura del contracte de comptes en participació, que porta causa, com la societat comanditària, del mateix tronc comú medieval de la *commenda* (els autors es remunten fins i tot al Codi d'Hammurabi), s'ha anat enfosquint per la doctrina de la «societat interna», amb l'afirmació (en la meua opinió, errònia), que el contracte de comptes en participació és un contracte de societat que té el seu equivalent en la «societat oculta» de l'art. 1669 CC, amb la consegüent aplicació de «les disposicions relatives a la comunitat de béns»⁽¹⁰⁾. D'aquesta manera, en el contracte hi colen sense avisar la complexitat de la doctrina alemanya sobre la *stille Gesellschaft* (no menys complexa que la del dret de societats per accions, el dret dels grups de societats o el dret de la competència deslleial, amb la seva hiperjuridificació i problematització). I sorgeix el risc que les solucions a tots els problemes siguin opinables, el que s'adverteix de vegades en els mateixos manuals de Dret Mercantil, i no diguem en els plets que aquesta obscuritat propicia.



De nou, són les exigències de la pràctica de l'Advocacia els que motiven la meua reflexió. L'estudi de la societat comanditària per accions es va deure a l'encàrrec d'un important grup familiar català d'indagar si aquella figura els podia servir per ampliar el seu capital sense risc de pèrdua del control, tal com fan grups competidors seus alemanys i francesos. Vaig arribar a la conclusió que no servia, malgrat que l'extensa doctrina espanyola no va arribar a descobrir-ho. En l'estudi sobre els comptes en participació he tornat a comprovar, en un afer del despatx, el risc que comporta l'afirmació que aquest contracte és un contracte de societat, sobretot quan es plasma en formularis per a l'ús de la pràctica que preveuen que «se li aplicaran els art. 239 a 243 CCom. i —també— els art. 1665 i seg. CC».

II. NATURALESA I CARÀCTERS DEL CONTRACTE DE COMPTES EN PARTICIPACIÓ

1. Concepte i regulació positiva

Podem definir el contracte de comptes en participació, de manera descriptiva, com un *contracte bilateral de col·laboració*⁽¹¹⁾, en virtut del qual un subjecte («compteparticip» o «particip») fa una aportació patrimonial a un empresari o professional («gestor»), i se l'obliga a aplicar aquesta aportació a una determinada operació o activitat *de forma independent i en nom propi*, i a informar, retre comptes i donar participació al particip en els guanys i pèrdues que resultin, tot limitant les pèrdues d'aquest a l'import de l'aportació.

El contracte sempre és bilateral, commutatiu o sinal·lagmàtic, encara que siguin diverses les persones que ocupin la posició de participants (sempre davant d'un gestor). Hi ha d'haver dues parts contractuals⁽¹²⁾. La resolució per incompliment (art. 1124 CC), la incapacitat, la defunció, etc., d'una de les dues parts en produeix l'extinció. No és possible estipular-lo com un contracte plurilateral, com és el de societat, l'estructura i el funcionament del qual va teoritzar amb claredat i senzillesa el Prof. Tullio ASCARELLI⁽¹³⁾. Sembla clar que el contracte de comptes en participació és un contracte bilateral, commutatiu i sinal·lagmàtic, en què si una part no compleix, l'altre pot resoldre el contracte i exigir la reparació dels perjudicis soferts, basant-se en l'art. 1124 CC. Així ho van explicar els autors que van

comentar amb gran claredat la regulació vigent de l'*associazione in partecipazione* al Codi Civil italià de 1942 (GHIDINI, COTTINO, MESSINEO, etc.)⁽¹⁴⁾.

Si la distribució de riscos és diferent en el contracte de comptes en participació i en el contracte de societat, tal com hem exposat abans, no menys visible és la diferència entre aquests en el seu funcionament i en la solució de les seves situacions patològiques, pel fet de ser un contracte bilateral i no un contracte plurilateral o societari. Com veurem, el Tribunal Suprem, en nombroses ocasions, ha hagut de dilucidar si el cas que ocupava era un contracte o l'altre, per resoldre la *litis* tot separant: 1) d'una banda, els supòsits de societat amb posada en comú, que, en no haver-se constituït regularment, qualifica com a «societat irregular» (millor seria dir *societat oculta*, de l'art. 1669 CC), i li aplica les normes de la comunitat de béns, 2) dels supòsits, d'altra banda, de verdader contracte bilateral de comptes en participació, en què s'aplicaran les regles dels art. 239 i seg. CCom., fins i tot en el cas que no fos intenció de les parts acudir a aquesta modalitat contractual típica.

Així ho destaca Antonio F. GALACHO BOLAFIO comentant la STS de 29 de maig de 2014⁽¹⁵⁾, i afegint, amb gran claredat, que «les repercussions jurídiques són diametralment oposades [...]. L'aportació del compteparticip no ho és en concepte d'aportació societària, ni aportació de capital (v. SAP Madrid de 7 maig 2004, AC/2004/1719), en contrapartida de la qual es converteixi en soci i sigui investit, per tant, d'una sèrie de drets mínims recollits a la LSC (sic), raó per la qual el

termini per reclamar les quantitats resultants no és el de 5 anys, tal com es desprèn de l'art. 947 CCom., sinó de 15 anys, en virtut de l'art. 1964 CC, al qual s'hi arriba, al seu torn, per remissió de l'art. 50 CCom. (v. SAP Tarragona d'1 abril 2000, AC/2000/2327)»⁽¹⁶⁾. La STS comentada, afegeix, es va basar en la falta d'informació i en la desastrosa comptabilitat del gestor per considerar incomplert el contracte, la resolució del qual es va produir a instància del compteparticip, amb les conseqüències de l'extinció de les obligacions (art. 1156 a 1213 CC). No obstant això, el Tribunal Suprem, en lloc d'aplicar l'art. 1124 CC per a la resolució del contracte, remet a l'art. 243 CCom., en què s'estableix l'obligació de liquidar els comptes un cop complert el contracte en concloure's l'activitat empresarial. Això, observa el comentarista, hauria estat correcte en cas d'extinció del contracte per desistiment mutu, transkurs del termini o impossibilitat sobrevinguda, però no en cas d'incompliment i resolució del contracte per la part complidora que exigia la indemnització dels danys i perjudicis soferts (SAP Barcelona de 13 de maig de 2014, AC/2014/1016); en aquest cas no té sentit sol·licitar al mateix temps les liquidacions parcials dels períodes en què el contracte va estar en vigor (SAP Madrid de 31 de març de 2011, JUR 2011, 188332)⁽¹⁷⁾. Com a contracte de col·laboració, anàleg en aquest aspecte al de societat (encara que no sigui un contracte de societat), la doctrina ha proposat estendre-li, però només per analogia, i només quan hi hagi «identitat de raó» (art. 4.2 CC), algunes normes del règim del contracte de societat. Per contra, es corre el risc d'incórrer en incongruències més grans.





*Un bon exemple d'aquests riscos va ser la STS de 3 de maig de 1960, R. 1711, cas Cerámica Arenales Ángel V. (ponent: Francisco Bonet Ramón). No cal dir-ho, els fets del cas són indispensables per entendre la doctrina de qualsevol sentència. De les fosques referències als fets en els considerants de la sentència sembla que: 1) les parts tenien concertat un contracte denominat per elles mateixes de *comptes en participació* de data 23 de març de 1944, en què es pactava la participació per meitat en els beneficis i en les pèrdues; la indústria de ceràmica objecte del contracte estava instal·lada en una finca de la qual totes dues eren arrendatàries; 2) l'empresari gestor va adquirir en nom propi aquesta finca i va fer que fos de la seva propietat privativa; 3) resolt el contracte, el partícip demanda judicialment que se li liquidi part del valor de la finca (potser la meitat), per considerar que entre tots dos existeix un contracte de societat mercantil irregular o inclús, subsidiàriament, un contracte de comptes en participació, basant-se en la bona fe i en la prohibició de l'autocontracte (Considerant 1r). Tant les dues instàncies com el Tribunal Suprem donen la raó al demandat, basant-se en què «es tracta realment d'un contracte de comptes en participació, diferent del contracte de societat» (la participació en guanys i pèrdues no comportava la participació en la propietat), i és «aventurat i perillós el criteri d'analogia entre totes dues institucions» (Considerant 8è), però tot seguit afegeix, de manera sorpresiva: «[...] havent-se, per tant, de suplir les deficiències del Codi de Comerç pels preceptes del Codi Civil sobre comunitat de béns, situació jurídica la més anàloga possible a la dels comptes, tenint present el que es disposa als articles segon i cinquanta del Codi Mercantil». Clar obiter dictum, absolutament marginal i incongruent amb la decisió de la sentència, que va confirmar el rebuig de la demanda⁽¹⁸⁾.*

Naturalment, l'analogia només serà procedent quan el contracte de comptes en participació no doni solució expressa a aquests problemes o conflictes d'interessos. Així, quan l'art. 241 CCom. prohibeix en el contracte de comptes en participació (pròpiament dit) adoptar una raó comuna al gestor i al partícip i que el gestor utilitzi el crèdit del partícip en les negociacions amb els tercers, sense establir la sanció, és pacífic aplicar per analogia la dels art. 126, apt. 2n i 3r, i 147 CCom., que fan respondre al soci comanditari en aquestes circumstàncies

com a soci col·lectiu; igual que si el partícip s'interfereix o participa en la gestió⁽¹⁹⁾. També se li aplica la prohibició de les clàusules lleonines en el contracte de societat (art. 1691 CC), i el deure d'informació del gestor de comunicar el balanç dels comptes al partícip a finals d'any, com el Codi de Comerç imposa imperativament al soci col·lectiu a favor del soci comanditari (art. 150.2 CCom.), sense perjudici que, a més, puguin pactar l'accés del partícip a examinar l'estat i la situació de l'administració dels comptes en participació (com preveu l'art. 150.1 CCom. a favor del soci comanditari); el règim d'aportació i sanejament d'aportacions (art. 172 CCom.), i el règim de separació del soci, si és de durada indefinida (art. 224 CCom. i 1675 CC). En cada un d'aquests supòsits, per fer valer la «identitat de raó», no cal provar que el contracte de comptes en participació és un contracte de societat, sinó que n'hi ha prou amb admetre que es tracta d'un contracte bilateral de col·laboració (i, també, d'inversió) i que les normes aplicades per analogia no són excepcionals (cf. art. 4 CC).

És evident, però, que, per evitar conflictes i la necessitat de recórrer als tribunals o a l'arbitratge, caldrà que el contracte reguli expressament cada una d'aquestes facultats de manera precisa. En especial, si es tracta d'un contracte d'inversió, serà convenient establir un sistema de control o supervisió de la forma en què aquesta inversió és realitzada i gestionada, amb els seus propis criteris, pel gestor.

El contracte de comptes en participació no s'ha de confondre amb el contracte de societat, tal com reiteradament ha declarat el Tribunal Suprem i reconeix la doctrina respectuosa amb la seva jurisprudència

Però, insistim, *el contracte de comptes en participació no s'ha de confondre amb el contracte de societat, tal com reiteradament ha declarat el Tribunal Suprem i reconeix la doctrina respectuosa amb la seva jurisprudència*. El contracte de comptes en participació està regulat amb autonomia pròpia als art. 239 a 243 del Codi de Comerç vigent, de 1885 (vigent ja durant 131 anys, sense que hagi sorgit la necessitat de

modificar aquests articles). El Codi de Comerç vigent (a diferència de l'anterior, de 1829, de clara inspiració francesa) separa aquest contracte clarament del contracte de societat, encara que existeixin entre aquests analogies derivades de la finalitat d'obtenir beneficis repartibles, però sense que per tal d'aconseguir aquesta finalitat desenvolupin una col·laboració efectiva (no hi ha pròpiament *affectio societatis*: no hi ha «socis», ni la condició de soci en cada una de les dues parts), ni posada en comú ni una organització pròpia, ni actuació col·lectiva davant dels tercers, ni menys encara personalitat jurídica autònoma. Així ho va declarar la STS de 3 de maig de 1960, seguint el que ja es va declarar a les de 8 d'abril de 1897, 16 de desembre de 1946 i 10 d'abril de 1954 (citades en el seu Considerant 5è), i és *doctrina constant del Tribunal Suprem*.

El contracte de comptes en participació està situat sistemàticament en el Codi de Comerç entre el contracte de societat (Llibre I, Títol I) i el contracte de comissió (Llibre I, Títol III), i separa *les tres grans categories o arquetips de col·laboració en el tràfic empresarial: de societat, de participació i de gestió d'interessos aliens*, perfectament identificats en la pràctica dels comerciants des de l'Edat Mitjana. La regulació del contracte en el nostre Dret coincideix amb la del Codi Civil italià vigent, de 1942, resultat d'una llarga evolució del Dret Comparat, tant que la seva definició del contracte d'*associazione in partecipazione* correspon a la configuració d'aquest en el nostre Codi de Comerç (que no té definició legal), com «un contracte pel qual el gestor atribueix al partícip una participació en els beneficis de la seva empresa o d'un o més negocis concrets en contraprestació a la seva aportació» (art. 2549 CC italià, en la definició del qual hi cal afegir que també participa en les pèrdues i limitadament a l'aportació promesa, tal com estableix el seu art. 2553)⁽²⁰⁾.

La breu regulació del contracte als art. 239 a 243 CCom. el caracteritza com «un contracte amb autonomia pròpia, que no fa cap remissió amb caràcter supletori a la regulació del contracte de societat»; no parla de socis, sinó de «particips» i «interessats», ni de dissolució i liquidació social, malgrat el seu paral·lelisme (pel seu origen històric) amb la societat comanditària simple. Si els interessats formalitzen un contracte de comptes en participació,



és que no han volgut constituir una societat, ni manifesta o publicada ni tampoc interna, oculta o irregular, i se sotmeten (generalment, de manera expressa) als art. 239 a 243 CCom., tot afegint en el mateix contracte, si escau, pactes que no desnaturalitzin o tergiversin la seva estructura lògica i negocial.

2. Funcions del contracte en un escenari de desintermediació financera

El capítol de les funcions que ha desenvolupat i pot desenvolupar el contracte de comptes en participació és amplíssim. Des de l'organització del comerç de diamants fins als sindicats bancaris, passant per tot tipus de supòsits en què és recomanable que el capitalista o inversor no aparegui públicament, en petites i grans empreses.

Si diversos inversors s'uneixen per explotar un restaurant en comú, en poden ser copropietaris i actuar un d'ells com a empresari a efectes administratius, fiscals i laborals (contracte de societat oculta), o poden aportar fons a un d'ells, un xef de reconegut prestigi, perquè aquest munti l'establiment i l'exploti en nom propi, tot compartint beneficis i pèrdues (contracte de comptes en participació).

Si, per contra, l'activitat a la qual es dedica el gestor és reglada o exclusiva d'una determinada forma jurídica, només serà possible un contracte d'inversió sense posada en comú ni intervenció en l'activitat, com succeeix en el cas d'una Farmàcia, o de constitució d'una SOCIMI, ja que la Llei 11/2009 exigeix que la totalitat del capital social d'aquestes entitats —és a dir, les previstes per l'apartat 1.c) de l'art. 2 de la Llei 11/2009— pertanyi a altres SOCIMI o a entitats no residents en territori espanyol amb el mateix objecte social que les sotmeses a un règim quant a política d'inversions.

L'actual desintermediació en el mercat financer respon a la necessitat de crear canals d'inversió directa, ja sigui a través del capital risc o del finançament participatiu.

Com a alternativa al finançament a través del Mercat de Valors, es recorre cada cop més a la inversió de capital risc, definida com a «estratègies d'inversió que canalitzen finançament de forma directa

o indirecta a empreses, maximitzen el valor de l'empresa generant gestió i assessorament professional i desinverteixen en aquesta amb l'objectiu d'aportar plusvàlues per als inversors» —Preàmbul de l'extensa Llei 22/2014, de 12 de novembre (BOE del 13), que deroga l'anterior Llei 25/2005, de 24 de novembre (BOE del 25), que al seu torn va substituir la Llei 1/1999, de 5 de gener.

L'actual desintermediació en el mercat financer respon a la necessitat de crear canals d'inversió directa, ja sigui a través del capital risc o del finançament participatiu

La nova Llei 22/2014, de 12 de novembre (LECRI), regula les entitats de capital risc, altres entitats d'inversió col·lectiva de tipus tancat i les societats gestores d'aquestes, i, a més, modifica la Llei 35/2003, de 4 de novembre, d'institucions d'inversió col·lectiva (LIIC), tot i que la deixa vigent. Aquestes últimes són les que havien estat harmonitzades a nivell comunitari europeu, en estar adreçades a l'inversor minorista (Directiva 2009/65/CE, de 13 de juliol de 2009). Les d'inversió alternativa, en canvi, comprenen els fons d'inversió lliure, adreçats a inversors professionals (*hedge funds*); els fons immobiliaris, i els de capital risc, i han estat regulades per la Directiva 2011/61/CE, de 8 de juny de 2011, que també transposa la LECRI. El finançament de les pimes, ha estat l'objectiu dels reglaments (UE) núm. 345/2013 i núm. 346/2013, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 d'abril de 2013, sobre fons de capital risc europeus i sobre fons d'emprenedoria social europeus (que han influït en la regulació de les entitats de capital risc-pime a la LECRI).

La LECRI regula el règim del «capital risc formal», és a dir, les entitats de capital risc (fons i societats) i les seves societats gestores, sotmeses a autorització i a supervisió administrativa, a diferència del que podem anomenar *capital risc material* (que no se sotmet a aquestes institucions i autoritzacions, sinó que va per lliure). No obstant això, sembla que la llei s'ha d'interpretar en el sentit que prohibeix el capital risc lliure o no regulat, de conformitat amb la normativa de la UE. La Llei 22/2014 regula el capital risc dins

de la «inversió col·lectiva de tipus tancat» (amb desinversió simultània per a tots els inversors o participants en proporció als seus drets respectius), i són les entitats de capital risc les d'inversió col·lectiva de tipus tancat que obtenen capital d'una sèrie d'inversors mitjançant una activitat comercial per a la presa de participacions en el capital d'empreses de naturalesa no immobiliària ni financera que en aquell moment no cotitzin en un mercat regulat, a fi d'obtenir beneficis repartibles (art. 2, 3 i 9 de la Llei 22/2014).

El contracte de comptes en participació pot ser un instrument molt útil per a la inversió de capital risc, sobretot si evitem la seva conflictivitat fent-lo més clar.

També ha suscitat especial interès l'anomenat *finançament participatiu* o *crowdfunding*. La Llei 5/2015, de 27 d'abril, de foment del finançament empresarial (LFFE), en el seu Capítol V regula extensament (art. 46 a 93) les que denomina «plataformes de finançament participatiu» (d'ara endavant, PFP) com a forma de desintermediació financera basada en internet, que «posa en contacte promotors de projectes que demanen fons amb múltiples inversors», ja siguin no professionals o professionals («acreditats»), coneguda com a *crowdfunding* (finançament per multituds). Aquest Capítol V ve a ser una petita *Crowdfunding Act*, tot i que no inclosa en la LMV, com als Estats Units, sinó en la Llei de Foment del Finançament Empresarial.

L'art. 46.1 LFFE estableix que «són PFP les empreses autoritzades l'activitat de les quals consisteix a posar en contacte, de manera professional i a través de pàgines web o altres mitjans electrònics, una pluralitat de persones físiques que ofereixen finançament a canvi d'un rendiment dinerari, denominades inversors, amb persones físiques o jurídiques que sol·liciten finançament en nom propi per destinar-lo a un projecte de finançament participatiu, denominades promotors».

El seu apt. 2 exclou el finançament mitjançant donacions, venda de béns i serveis i préstecs sense interessos. Per tant, les PFP s'inclouen sistemàticament en els contractes de finançament (més que, per exemple, en el Dret de Societats Especials o en el Dret del Mercat de Valors).



Existeixen, en la pràctica universal, quatre classes de crowdfunding: el *donation crowdfunding*, o *crowdfunding* de mecenatge, per finançar projectes d'interès general; el *reward crowdfunding*, o de compra o adquisició del producte o servei per quan el promotor aconseguixi finançament per produir-lo; l'*investment crowdfunding*, o adquisició de participació de l'inversor en els drets del projecte del promotor mitjançant subscripció d'accions, participacions o *contracte de comptes en participació*, i el *lending crowdfunding*, o *préstec retribuit* que realitza l'inversor al promotor del projecte. Aquestes dues últimes figures són les que inclou la llei, perquè en totes dues l'inversor percep retribució del projecte del promotor i és el «finançament» que el legislador vol fomentar.

L'art. 47 LFFE limita la seva aplicació al territori nacional, i l'art. 48 estableix la reserva d'activitat i de denominació a aquestes «plataformes», constituïdes com a societats de capital —art. 55.c) LFFE— autoritzades per i inscrites en un registre de la CNMV.

L'art. 49 LFFE estableix els requisits que hauran de tenir els projectes de finançament participatiu: a) adreçats a una pluralitat de persones físiques o jurídiques que, invertint, de manera professional o no, esperin obtenir un rendiment dinerari; b) realitzats per promotors que sol·liciten el finançament en nom propi; c) destinant el finançament a un projecte del promotor, ja sigui empresarial, formatiu o de consum,

que no pot ser el finançament professional a tercers, ni la subscripció de valors en un mercat regulat, ni un sistema multilateral o equivalents, ni la inversió en accions i participacions d'institucions d'inversió col·lectiva, i d) finançar-se a través d'algunes de les formes previstes a l'art. 50.

L'art. 50 LFFE regula les formes jurídiques en què s'hauran d'instrumentar aquests finançaments: emissió d'obligacions i accions que no necessiti i no tinguin efectivament fullet d'emissió del Mercat de Valors; emissió o subscripció de participacions de societats de responsabilitat limitada, i préstecs, incloent-hi els participatius. Aquí no s'esmenta el *contracte de comptes en participació*, que, no obstant això, pot ser molt útil en el finançament per les PFP dels projectes dels promotors. Seran promotors les mateixes societats emissores (que actuïn en interès propi) o les persones prestatàries (amb la intermediació de les PFP).

3. La doctrina del contracte de societat de comptes en participació

Hem de «donar la raó al legislador» en la seva regulació del contracte de comptes en participació i no entestar-nos a esmenar-li la plana convertint-lo en un contracte de «societat (sic) de comptes en participació»⁽²¹⁾, com observem en el conegut *Formulario* del Prof. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA («Escritura de constitución de una sociedad de cuentas en participación», a *Revista de Derecho de Sociedades*,

núm. 10, 1998, pàg. 243-256), en què la «societat de comptes en participació» té comptabilitat pròpia i realitza transaccions amb tercers, i la societat gestora (el «gestor») «està obligada a explotar l'empresa comuna» (sic), afegint que «en tot allò no previst en aquest document seran d'aplicació les disposicions contingudes en els art. 239 i seg. del Codi de Comerç i 1665 i seg. CC», barrejant dues regulacions que són o poden arribar a ser incompatibles. Admet l'autor, fins i tot, «el cas extrem de cessió de facultats gestores, que —afirma— és aquell en què el participip es converteix en propietari únic de l'empresa (sic), i el gestor queda totalment exclòs de l'administració, sense altres funcions que les de portar a terme a nom seu i sota la seva responsabilitat les operacions decidides pel participip»⁽²²⁾.

Immediatament, amb aquesta construcció doctrinal, els papers del gestor i del participip regulats en el Codi de Comerç resulten invertits. Però, a més, la regulació com a societat comportarà la responsabilitat de soci del participip davant de tercers, i en ser mercantil l'activitat desenvolupada, serà la pròpia del règim de societat mercantil irregular, és a dir, personal, il·limitada i solidària, i a més, subsidiària a la del patrimoni de la societat, com en la societat col·lectiva, si bé aquí no hi ha patrimoni social (art. 127 i 237 CCom.).

Un ampli sector de la doctrina, com diem, concep encara el contracte de comptes en participació com una «societat interna», fins al punt d'afirmar que, en realitat, és l'única societat interna regulada legalment⁽²³⁾.

Recentment, el 2014, el Prof. Francisco LEÓN SANZ, en un treball en col·laboració (en què ell tracta els aspectes mercantils i l'Amparo NAVARRO FAURE, els fiscals)⁽²⁴⁾, defensa la tesi de la societat interna, tot i que de manera perplexa i contradictòria, perquè reconeix que: 1) la regulació del Codi de Comerç segueix el model italià i no el francès (que regula l'*association en participation* com a societat interna o no inscrita); 2) encara que es tractés d'un «contracte associatiu», diu, no dóna origen a un fons o patrimoni comú, ni origina una personalitat jurídica societària, i 3) «a diferència d'altres tipus de societats, el gestor, com a titular de l'activitat, la porta a terme en interès propi...», tot i que el contracte «l'obliga a promoure la finalitat comuna i a atendre els interessos comuns amb el compteparticipip»⁽²⁵⁾.



Per la seva banda, la Prof. Amparo NAVARRO FAURE, en l'article esmentat, observa que el sistema fiscal sembla atendre a la naturalesa econòmica del contracte en la imposició directa (art. 22 del Text Refós de la Llei de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats, aprovat pel RDLeg. 1/1993, de 24 de setembre), amb la seva «equiparació» a la societat, com a «operació societària». Mentre que, «per contra, en la imposició directa (IRPF o IS del gestor), el Dret Fiscal atén a la seva verdadera naturalesa jurídica com a «cessió de fons propis», en sentit fiscal, per la qual cosa el rendiment obtingut s'ha de qualificar com a «rendiments del capital mobiliari, deduïbles com a despesa en l'IRPF de l'empresari gestor» —art. 25.2 de la Llei 35/2006, de 28 de novembre, de l'Impost sobre la Renda de les Persones Físiques (LIRPF)⁽²⁶⁾.

4. Retorn a la doctrina clàssica del contracte de comptes en participació

El Tribunal Suprem, seguint la doctrina mercantilista clàssica i la majoria de la doctrina actual (reflectida en l'Avantprojecte de Codi Mercantil), reconeix l'estructura bilateral (commutativa, sinal·lagmàtica, de prestacions recíproques) i no societària del contracte de comptes en participació, en la seva regulació en el Codi de Comerç i a la pràctica, en un contracte de col·laboració no societari. Per això s'ha d'exposar aquest contracte separat del Dret de Societats, per raons científiques, pedagògiques i d'orientació pràctica⁽²⁷⁾.

En l'exposició clàssica de la doctrina del contracte de comptes en participació, hem de tornar al Prof. GARRIGUES, sempre respectuós positivista, que interpreta que el Codi de Comerç regula el contracte de comptes en participació «com a forma de trànsit entre la companyia mercantil, que crea una personalitat jurídica, i la relació purament contractual». Tot seguit, després de reconèixer el seu origen històric en la comenda i la seva similitud econòmica amb l'actual societat comanditària, en destaca les grans diferències: falten la posada en comú d'alguna cosa, la constitució d'un patrimoni propi de la societat i la creació d'una nova personalitat jurídica («el pacte de compte en participació dóna lloc únicament a una relació contractual entre els interessats»⁽²⁸⁾).

En no crear-se un ens col·lectiu: 1) no s'exigeixen els requisits d'escriptura pú-

blica i inscripció registral per a la constitució del contracte; 2) no es pot utilitzar una raó social en les relacions amb tercers; 3) el negoci no actua en el tràfic com un subjecte en nom propi, sinó que ho fa el gestor en el seu propi nom, i 4) no existeix un patrimoni dels comptes en participació, sinó que «es confon amb el patrimoni del comerciant gestor del compte».

El Prof. GARRIGUES, però, encara sembla referir-se aquí a una certa «entitat objectiva», una «societat», quan afirma que «totes les relacions jurídiques derivades d'aquest contracte estan dominades per la idea que es tracta d'una societat l'existència de la qual no es revela a l'exterior. Les relacions internes entre els contractants són les pròpies del contracte de societat [...] (tot i que després veiem que no del tot). Hi ha, per tant, la possibilitat d'aplicació analògica de les normes sobre el contracte de societat mercantil a la relació interna, i impossibilitat d'aplicar aquestes normes a les relacions jurídiques externes».

El gestor, afegeix GARRIGUES, exerceix l'activitat en nom propi, però «aquesta gestió no és la normal que per definició correspon a l'empresari en la seva pròpia empresa, sense necessitat de qualificar-lo com a gestor. Si es parla de gestor, és justament per expressar la idea que s'estan administrant no només els interessos propis, sinó els interessos aliens, i aquesta realitat és la que justifica el que en un altre cas no tindria justificació, i és el fet que qualificar com a gestor de la seva pròpia empresa un empresari independent». Per tant, el gestor està obligat a iniciar o a continuar l'activitat empresarial pactada, i a emprar l'aportació del partícip de manera adequada a la finalitat del negoci, sense poder transformar per la seva única voluntat l'objecte de l'empresa i sense detractar elements de la seva empresa per dur-los a una altra, encara que no siguin els aportats pel partícip⁽²⁹⁾. GARRIGUES considera que el gestor està obligat a informar el partícip, retent comptes i distribuint guanys o pèrdues de forma periòdica, i supleix, així, el silenci del Codi de Comerç en aquests punts.

Quant a les relacions jurídiques externes, que assumeix el gestor, GARRIGUES les considera un supòsit de representació d'interessos (actuant en interès propi i del partícip), com un cas de «representació mediata o indirecta». El gestor actua en nom propi, els tercers només poden adreçar les seves accions contra ell, però

ha d'actuar defensant els interessos del partícip, a més dels propis. Tampoc el partícip té acció contra tercers: «No hi ha, per tant, deutes propis del compte en participació, sinó deutes propis del gestor».

L'exposició de l'«extinció del compte en participació» revela, un cop més, que GARRIGUES tendeix a objectivar la relació contractual (tot i que sense esmentar les causes legals de dissolució del contracte de societat), quan, realment, les causes d'extinció que enumera són les pròpies dels contractes en general, i en cap cas afegeix causes de dissolució de la societat aplicades per analogia. Són: el mutu acord; el transcurs del temps fixat en el contracte; la denúncia lliure, si es va pactar per temps indefinit, i la resolució per justa causa, si és per temps limitat; la conclusió de l'empresa pactada; la mort del comerciant gestor, i la fallida del gestor (avui, mort del gestor i aplicació de l'art. 61.2 LC). La liquidació del «compte» tampoc no és una liquidació social, sinó la pròpia d'un contracte, i el partícip no es considera soci del gestor, sotmès a la preferència dels creditors no socis, i sense poder exigir el seu haver en la liquidació mentre no hagin cobrat tots (art. 235 CCom.), sinó un creditor ordinari del gestor, al nivell dels altres⁽³⁰⁾.

III. REGULACIÓ DEL CONTRACTE DE COMPTES EN PARTICIPACIÓ EN EL CODI DE COMERÇ I EN L'AVANTPROJECTE DE CODI MERCANTIL

L'art. 239 CCom. preveu que «els comerciants poden interessar-se els uns en les operacions dels altres, contribuint per a aquestes amb la part del capital que convinguin i fent-se partícips dels seus resultats pròspers o adversos en la proporció que determinin» (clara reminiscència de la finalitat social d'obtenir lucre de l'art. 116 CCom.). Segons l'art. 240, «els comptes en participació no estan sotmesos en la seva formació a cap solemnitat, i es poden contreure privadament de paraula o per escrit, i se'n pot provar l'existència per qualsevol dels mitjans reconeguts en Dret de conformitat amb el que disposa a l'art. 51» (davant de les formalitats establertes per al contracte de societat en els art. 117 a 120). Afegeix que «en les negociacions de què tracten els dos articles anteriors no es pot adoptar una raó comercial comuna a tots els partícips, ni fer ús de cap crèdit directe que no sigui el del comerciant que les



fa i les dirigeix en nom propi i sota la seva responsabilitat individual» (art. 241, que expressa el postulat essencial que, en les relacions amb tercers, el comerciant que fa les negociacions només pot actuar com a *sole proprietor*, com a comerciant individual, en el seu propi nom).

L'art. 242 CCom., corol·lari d'aquell postulat, estableix que *«els que contractin amb el comerciant que dugui el nom de la negociació només tenen acció contra ell, i no contra la resta d'interessats (els participants), que tampoc no en tenen contra el tercer que hagi contractat amb el gestor, llevat que aquest els faci una cessió formal dels seus drets»*. Per acabar, l'art. 243 afegeix que *«la liquidació l'ha de fer el gestor, el qual, un cop acabades les operacions, ha de retre comptes justificats dels resultats»*.

L'Avantprojecte de Llei del Codi Mercantil aprovat pel Govern el 30 de maig de 2014 (d'ara endavant, Codi Mercantil) constitueix una gran aportació de la doctrina mercantilista majoritària. El denominat *contracte de participació* figura entre els *contractes de col·laboració*, regulats, com a nova categoria jurídica, als art. 545-1 a 545-5 (no al Llibre II, «De les societats», sinó molt lluny d'aquest, al Llibre V, «Dels contractes mercantils en particular»). La seva regulació i el seu emplaçament sistemàtic revelen el que pensa la doctrina verdaderament majoritària actual, que coincideix amb la jurisprudència del Tribunal Suprem, totes dues respectuoses amb la regulació del Codi de Comerç.

En la regulació del contracte del projectat Codi Mercantil, observem fidelitat del model del Codi de Comerç vigent i un esforç per aclarir la seva regulació i completar petites llacunes, que la pràctica s'ha encarregat de descobrir i integrar

En la regulació del contracte del projectat Codi Mercantil, observem: 1) fidelitat al model del Codi de Comerç vigent, i 2) un esforç per aclarir la seva regulació i completar petites llacunes (que la pràctica s'ha encarregat de descobrir i integrar).

El projectat Codi Mercantil estableix que *«pel contracte de participació, una persona, denominada participant, s'obliga a*

entregar diners, béns o drets patrimonials a un operador del mercat, denominat gestor, per destinar-los a una determinada activitat econòmica en condicions convingudes», i que per aquest *«no es crea un patrimoni comú ni una personalitat diferent de les que són parts d'aquest»* (art. 545-1, apt. 1 i 2). No es preveu l'aportació d'indústria o treball, congruentment amb la idea que la gestió quedi clarament en l'esfera del gestor. El contracte *«no atorga al participant cap dret a intervenir en la gestió de l'activitat desenvolupada per l'operador del mercat»*, tot i que *«tindrà dret a ser informat del seu desenvolupament»* i *«a percebre del gestor el percentatge pactat sobre els beneficis en les dates convingudes i, a falta de pacte, al final de cada exercici»*, i *«suportarà les pèrdues conforme a allò pactat i, a falta de pacte, en la mateixa mesura en què participa en els beneficis, amb el límit del valor d'allò entregat»* (art. 545-2, apt. 1 a 4).

El gestor haurà de destinar allò rebut del participant a l'activitat econòmica determinada en el contracte i retre comptes al participant en els termes i terminis fixats al contracte o, almenys, al final de cada exercici i a l'extinció del contracte (art. 545-3). A més, *«en el desenvolupament de l'activitat participada no es podrà adoptar un nom comercial, raó o denominació social diferent de la del gestor, ni utilitzar de més crèdit directe que el seu»*; *«sense perjudici del coneixement per tercers de l'existència del contracte de participació, el gestor serà l'únic responsable davant d'ells de l'activitat desenvolupada en participació»*, i *«el participant no tindrà cap acció contra els tercers que contractin amb el gestor, tret en cas de cessió dels drets d'aquest últim davant d'aquells»* (art. 545-4).

Per acabar, *«s'extingirà, a més de per les causes comunes (a tots els contractes), pel cessament de l'activitat participada»*, i *«el participant tindrà dret a la devolució d'allò entregat o el seu equivalent econòmic, si no fos possible la devolució, incrementat, si escau, amb la participació en els beneficis pendents de pagament o disminuït en l'import de la seva participació en les pèrdues»* (art. 545-5). Així doncs, res de quota de liquidació del participant en la liquidació d'un (inexistent) fons comú. Les plusvàlues romanen en el patrimoni del gestor.

El contracte de comptes en participació (tal com sembla regulat al Codi de Comerç vigent i en el projectat Codi Mer-

cantil) enfonsa les seves arrels en el cèlebre contracte de *commenda*, del qual van sorgir, com dues branques diferents, el contracte de societat comanditària (formada per socis col·lectius i comanditaris inscrits i publicats com a tals al Registre Mercantil) i una modalitat estrictament contractual caracteritzada pel fet que (per raons socials històriques) el *commendador* o aportant de fons (de vegades un noble, o un clergue, que tenien prohibit el comerç) apareixia ocult en les negociacions que el *tractador* o comerciant gestor desenvolupava amb els seus clients. Com que aquesta característica actualment s'ha perdut, queda transformat en la necessitat de no confondre els tercers fent-los creure que contracten amb una societat, que el participant no és tal, sinó un verdader soci (que compromet en el negoci el seu «crèdit» o responsabilitat)⁽³¹⁾.

El contracte de comptes en participació és un contracte de col·laboració per la finalitat comuna de compartir els resultats econòmics, i no en el sentit de *«contracte de gestió»* (mandat, comissió, agència), perquè entre el gestor i el participant no existeix una relació de gestió d'interessos aliens, que obligaria el gestor, congruentment, a actuar com a *«representant legal»* i a seguir les instruccions del participant. El gestor comparteix els resultats del seu negoci, però el gestiona al seu bon criteri, sempre respectant la bona fe en sentit objectiu (art. 1258 CC o 57 CCom., segons els casos).

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, en la seva construcció doctrinal, reconeix, en efecte, que l'equiparació entre el «gestor» dels comptes en participació i el comissionista *«resulta insostenible»*, perquè *«el comissionista actua per compte del comitent, mentre que el gestor ho fa per compte comú»*⁽³²⁾. Només en algun cas real, com el de gestió comercial d'un supermercat que enjudicia la SAP Balears, Secc. 5a, núm. 254/2004, de 21 de juny (AC 958), pot donar-se aquesta confusió, arrossegada per la redacció del mateix contracte, que reconeixia a favor del gestor una remuneració per assessorament i gestió (però només si hi havia beneficis d'exploació) i, a més, en el contracte hi havia un préstec i la participació en el 50% dels beneficis nets anuals, per tant, era un contracte de comptes en participació (tot i que no es deia res de pèrdues, se sobreentén que el participant no hi participava).



El contracte és mercantil si el gestor és comerciant i si l'aportació del partícip es destina a una activitat mercantil (com en la seva regulació al Codi de Comerç), tot i que el partícip no sigui comerciant (SSTS de 8 de juliol de 1894 i de 24 de setembre de 1987, R. 6193, que esmenta aquest precedent llunyà). El Tribunal Suprem ha hagut de resoldre aquest problema condicionat per la idea que era necessari que les parts se sotmetessin al Codi de Comerç, com una espècie de reminiscència del poder vinculant de la *mancipatio* romana per a la vàlida transmissió de les *res Mancipi* (immobles, etc.), però, en realitat, es pot pactar un contracte de comptes en participació sense cap menció ni connexió amb els art. 239 a 243 CCom.⁽³³⁾ Com declara la SAP Balears de 15 d'abril de 2010, «no hi ha [...] dificultat perquè s'hi recorri en el tràfic civil, creant una forma anàloga, utilitzant la llibertat contractual»⁽³⁴⁾.

IV. DIFERÈNCIES DEL CONTRACTE DE COMPTES EN PARTICIPACIÓ AMB ALTRES CONTRACTES

1. El problema de la interpretació del contracte

El contracte de comptes en participació es distingeix fàcilment, almenys teòricament, d'altres contractes típics amb els quals de vegades es confon a la pràctica, i planteja una qüestió essencial per a la interpretació dels pactes incongruents amb la seva naturalesa jurídica: o bé aquests pactes desvirtuen la qualificació de comptes en participació donada al contracte, havent-la de modificar (el que les parts denominen *contracte de comptes en participació*, en realitat, és un contracte de societat; o un contracte de préstec, si escau parciar; o un contracte de comissió, o d'agència), o bé el pacte es considera no posat, per contradicció amb la denominació i l'estructura del contracte, a fi de reconèixer la verdadera intenció o voluntat comuna dels contractants (art. 1281 i seg. CC).

Per acabar, es reconeixen de vegades pactes aparentment contradictoris i es dona lloc a un contracte mixt, o alternatiu, o en garantia. Si el gestor s'obliga a retornar l'import de l'aportació o una quantitat mínima, encara que hi hagi pèrdues, es tractarà d'un contracte de préstec; si els contractants participen en igual

o diferent percentatge en la propietat o si el partícip intervé en la gestió juntament amb el gestor, es tractarà d'un contracte de societat. Tot i que els tribunals han reconegut, en alguns casos, *un contracte de préstec superposat al de comptes en participació, com a contracte mixt, o un contracte amb causa pròpia, que era el de garantia de la devolució de la quantitat aportada* — SAP Alacant, Secc. 6a, núm. 450/2012, de 3 d'octubre (JUR/2013/15600), *Euroquímica Saint, SA c. Vialca Color, SL*; SAP Sevilla, Secc. 5a, núm. 543/2012, de 7 novembre (JUR 2013/145738), *diversos compteparticipants c. Grupo Sangar, SL*)⁽³⁵⁾.

2. Diferències amb el contracte de societat

El contracte de comptes en participació es distingeix del contracte de societat perquè no origina una persona jurídica ni una comunitat de béns (SSTS de 8 d'abril de 1897, de 3 de febrer de 1963, de 7 de febrer de 1969, de 22 de maig de 1987, de 20 de juliol i de 4 de desembre de 1992, de 5 de febrer de 1998, R. 407, de 15 de juliol de 2005, R. 5279, i de 30 de maig de 2007, R. 3192). Només la STS de 3 de maig de 1960 va declarar aplicables les normes sobre comunitat de béns i va incórrer en una clara contradicció⁽³⁶⁾.

Per contra, l'objecte de l'aportació del partícip (ja sigui la propietat, el dret de crèdit, els diners o el dret d'ús d'un bé patrimonial) ingressa en el patrimoni del gestor (SSTS de 19 de desembre de 1946 i de 8 de març de 1957), i augmenta els fons propis d'aquest, el seu patrimoni (tot i que, com veurem, en la seva comptabilitat el seu import s'ha de registrar com un passiu, per l'import de l'aportació, que és el que com a mínim haurà de retornar al partícip).

L'aportació també passa en propietat al prestatari en el contracte de préstec, però el prestatador rep a canvi el dret a la restitució d'allò prestat i a una remuneració, sense participar en els beneficis i les pèrdues del prestatari (en el préstec amb clàusula parciària, té dret a participar només en els guanys). Així ho explica la més recent STS núm. 464/2008, de 30 de maig (R. 3192) (ponent: Vicente L. Montés), amb independència d'haver estat presa, a més, com a suport a la tesi del contracte de comptes en participació com a «*societat interna*» basant-se en els seus *obiter dicta* (com veurem).

La distinció entre contracte de societat i de comptes en participació ha estat una tasca laboriosa del Tribunal Suprem, la doctrina del qual entenem que és bastant clara, almenys des de l'esmentada STS de 3 de maig de 1960, que va negar l'obligació de restitució del gestor perquè, en ser comptes en participació, no s'havia dut a terme el contracte, amb la realització de les promocions immobiliàries pactades, ni la liquidació d'aquest. Recordem tan sols alguns casos recents més significatius⁽³⁷⁾.

3. Sentències que reconeixen en el cas enjudiciat un contracte de societat

La STS, Sala 1a, Civil, núm. 737/1992, de 20 de juliol (R. 6442), *Ediciones Nórdica*, declara que el contracte per a l'explotació del llibre *Camino práctico de las artes marciales* és una societat mercantil irregular, perquè s'hi donen els elements integrants del contracte de societat, excepte la forma, segons l'art. 116 CCom. No és un contracte de comptes en participació, perquè és característica essencial d'aquesta figura que el gestor faci seves les aportacions del compteparticipat, com ha establert amb reiteració aquesta Sala a les STS de 30 d'abril de 1964 (R. 2166), de 23 de novembre de 1961 (R. 4113), de 8 de febrer de 1963 (R. 783), de 24 d'octubre de 1975 (R. 3741) i de 6 d'octubre de 1986 (R. 5240), element que no concorre en aquest cas, en què l'aportació del recurrent (compteparticipat) va passar a formar part del fons comú amb la del recorregut, i es va acordar l'obertura d'un compte corrent mancomunat en tots els ingressos i pagaments que generés l'edició, la distribució i la venda del llibre. La voluntat de constituir una comunitat de béns mitjançant aquest compte bancari era reveladora del fet que s'havia formalitzat un contracte de societat.

La STS de 4 de desembre de 1992 (R. 10393), *gasolinera de Campsa*, reconeix que «el contracte del cas és una efectiva societat irregular, de naturalesa més aviat mercantil» (*sic*), tot i que sota l'aparença de la titularitat fiduciària del recurrent, per tant, no és un contracte de comptes en participació.

La STS núm. 63/1998, de 5 de febrer (R. 407), *restaurant La Montaraza*, declara que aquest «es va constituir com a patrimoni en comú proindivís amb quotes ideals de 30% i 70%», per tant, és un contracte de societat irregular i no un contracte de comptes en participació, encara que així ho haguessin denominat



les parts, perquè, per a això, calia que el negoci continués pertanyent privativament al gestor-propietari i que aquest fes seves les aportacions efectuades pel participant (*sic*), que no tindrà en el negoci cap intervenció —i cita la STS de 24 d'octubre de 1975 (R. 3741)—, tret de la percepció (per part del partícip), si escau, dels guanys obtinguts (i cita l'anterior STS de 4 de desembre de 1992).

La STS de 15 de juliol de 2005 (R. 5279) declara que el contracte que van formalitzar les parts per a l'explotació d'un restaurant, que van anomenar *de comptes en participació*, en realitat, era una societat irregular —igual que en el supòsit de la STS de 5 de febrer de 1998 (R. 407), abans esmentada.

Igualment, la SAP Àlaba, Secc. 1a, núm. 241/1999, de 7 de juliol (AC 7037), *Daol SL c. Dusit SC*, confirma la condemna a la dissolució i liquidació de societat irregular, i nega que es tracti d'un contracte de comptes en participació —amb esment de les SSTS de 24 d'octubre de 1975 (R. 3741), de 4 de desembre de 1992 (R. 10393) i l'anteriorment esmentada de 5 de febrer de 1998 (R. 407). Així mateix, la STSJ Galícia de 23 d'abril de 1999 (JT 1999/867).

4. Sentències que declaren en el cas enjudiciat l'existència de contracte de comptes en participació

Les SSTS de 21 de març i de 3 de maig de 1960 es van ocupar de supòsits de verdader contracte de comptes en participació. La segona destaca que «*el que és característic d'aquest contracte [és] no allò limitat i momentani o accidental de les operacions sobre les quals versa —com s'ha cregut algunes vegades—, sinó l'existència secreta i purament interna de la relació que per aquest es constitueix, relació interna de comptes que forma un contracte, no una persona, no té vistes a l'exterior, ningú la veu ni l'ha de veure...*»⁽³⁸⁾.

La STS de 3 de març de 1981 (R. 1040), *Muebles Berme*, declara que el fet que «*el compte partícip hagi obtingut una classificació bancària del Banco Popular Español de Getafe fins al límit de 400.000 pessetes no suposa una intervenció en el negoci de venda de mobles del gestor, sinó que es tracta d'una garantia bancària que, com a part del capital, va ser aportada per l'actor com a associat partícip (sic) en el resultat pròsper o advers del negoci, i es va reflectir en un compte corrent del qual eren titulars aquest*

i l'esposa del recurrent [...] [i que] els quatre locals comercials, propietat de l'actor, van ser aportats al negoci de D. Teodoro B. com a part del capital necessari per a la seva explotació [...], de tot això se n'infereix l'existència del contracte de comptes en participació entre les parts litigants, atès que l'actor, amb les aportacions de capital esmentades, es va interessar en les operacions mercantils que realitza el recurrent, amb el seu exclusiu nom i responsabilitat, i en va portar a terme la gestió sense la intervenció del partícip (sic), pel que s'ha vist hi concorren tots els requisits que exigeix l'esmentat art. 239 del CCom., el qual ha estat degudament aplicat pel Tribunal d'Instància».

La STS de 22 de maig de 1987 (R. 3555) reitera la idea que «*el partícip [...] roman en l'anonimat pel que fa a la relació exterior*», i reconeix l'existència del contracte de comptes en participació.

La STS de 24 de setembre de 1987 (R. 6193) va examinar el contracte d'aportació d'un particular a la Delegació d'Apostes Mútues Esportives Benèfiques, que, malgrat la seva denominació, era una entitat lucrativa i habitual, i si bé el contracte es denominava «*contracte de societat (sic) de comptes en participació*», va declarar que això era intranscendent i que l'essencial era que el comptepartícip no quedava sotmès als resultats pròspers o adversos del negoci, i era *contracte de comptes en participació* en fixar-se el seu benefici en el 20% dels ingressos líquids, és a dir que tampoc no era un contracte de préstec.

La STS de 4 de desembre de 1992 (R. 10393) declara que, en el supòsit, no s'havia constituït un patrimoni comú, és a dir que era un contracte de comptes en participació.

En el mateix sentit, las SSTS de 12 de novembre de 1985 (R. 407), de 22 de maig de 1987 (R. 3555), de 20 de juliol de 1992 (AC 11/92) i de 5 de febrer de 1998 (R. 407)⁽³⁹⁾.

La STS de 10 de novembre de 1995 s'ocupa d'un contracte de comptes en participació en què s'havien inclòs clàusules atípiques⁽⁴⁰⁾.

La interessant STS 253/2014, de 29 de maig (R. 3042), *Inmo Otxango, SL* (ponent: Sebastián Sastre Papiol), confirma la SAP Biscaia, Secc. 4a, núm. 40/2012, de 26 de gener (AC 2014/702). Es refereix a l'«ús freqüent del contracte de comptes en participació per a inversions en promocions

immobiliàries», en períodes d'auge immobiliari, sense necessitat d'haver de constituir noves societats per a cada promoció. Recorda de nou les diferències essencials del contracte de comptes en participació amb el contracte de societat, declara la inexistència en el cas de societat civil irregular per absència d'*affectio societatis*, i condemna la societat immobiliària *Inmo Otxango, SL* a la devolució de l'aportació de 450.759 pessetes que va fer el comptepartícip, el qual va resoldre el contracte per l'incompliment per part del gestor del deure d'informació i comptabilitat clara i separada de costos i ingressos del projecte urbanístic a San Mamés-Sur, a Zierbena, objecte del contracte (i es refereix a la SAP de la mateixa sala de 8 de març de 1999, en un supòsit idèntic al present, i a la SAP Madrid de 31 de març de 2011)⁽⁴¹⁾.

5. La introducció com a obiter dicta del caràcter de societat interna del contracte de comptes en participació

A) El concepte de societat i la reforma de les mútues i mutualitats d'assegurances

El corrent doctrinal encapçalat pels professors GIRÓN TENA, PAZ-ARES i FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, i integrat en general pels nombrosos deixebles de l'escola de Girón, afirma la naturalesa societària del contracte de comptes en participació com a *societat interna* que es reflecteix al *Formulario* redactat per FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA a la *Revista de Derecho de Sociedades*, al qual ens hem referit abans.

La regulació dels contractes bàsics del nostre ordenament, establerta el segle XIX pels nostres codis, no impedeix reconèixer que actualment el legislador admet figures o terminologies especials mitjançant el concepte de societat

En aquesta doctrina influeix la seva defensa d'un *concepte ampli (germànic) de contracte de societat*⁽⁴²⁾ (aliè a la definició de *societat* present a l'art. 1665 CC), en què l'essencial és l'existència d'un fi comú, i no la finalitat de lucre o obtenció de guanys repartibles, ni les aportacions



socials per constituir un fons comú (requisits exigits per l'art. 1665 CC a la definició de *societat* en Dret espanyol), ni l'existència de personalitat jurídica com a organització corporativa pròpia. Conseqüentment, en el contracte de comptes en participació, hi reconeixen un contracte de societat, encara que no posseeixi un fons comú ni personalitat jurídica. Aquesta doctrina sembla haver influït en sentències recents, si bé només per reconèixer en el contracte de comptes en participació «una forma associativa», sense cap conseqüència pràctica quant a l'aplicació del contracte de societat.

Els esquemes normatius dels contractes bàsics del nostre ordenament, establerts el segle XIX pels nostres dos codis, no impedeixen reconèixer que actualment el legislador ha admès figures especials, o terminologies especials per regular institucions molt antigues, mitjançant el concepte de *societat*.

Així per exemple, quan la Llei 20/2015, de 14 de juliol (BOE del 15), d'ordenació, supervisió i solvència de les entitats asseguradores i reasseguradores (LOSAR), extensa i complexa, verdader compendi de tot l'ordenament jurídic en la seva projecció sobre l'assegurança, defineix la «mútua d'assegurances» i la regula, igual que la mutualitat de previsió social, com una societat sense ànim de lucre, mutualística i amb un patrimoni social només parcialment repartible.

Les societats mútues d'assegurances —segons «defineix» (i, per tant, regula) l'art. 41.1 LOSAR— «són societats mercantils sense ànim de lucre, que tenen per objecte la cobertura dels socis, ja siguin persones físiques o jurídiques, dels riscos assegurats mitjançant una prima fixa pagadora al començament del període del risc». Aquesta norma: 1) posa fi al problema de la seva mercantilitat (que, d'acord amb la legislació previgent, sempre vam posar en dubte, a partir de l'històric art. 124 CCom., mai derogat); 2) admet com a compatible el règim de prima fixa amb l'absència d'ànim de lucre (quan, a l'art. 124 CCom., operar a prima fixa era obtenir beneficis a costa dels mutualistes assegurats, i convertir-se en «societat» i «mercantil», però això només pel que fa al fet que, a la nova LOSAR, 3) el benefici social no serà distribuït als mutualistes en proporció a les seves participacions socials, sinó que serà objecte de «derrames



actives» per restituir-los, almenys en part, l'excés de primes cobrades per cobrir les prestacions, o bé serà objecte de liquidació en els supòsits limitats que estableix (en la dissolució, en efectiu, i en les modificacions estructurals, rebent el seu valor en accions de la societat resultant).

En efecte, l'art. 41.3 LOSAR afegeix una norma clara i salomònica sobre la «propietat» del patrimoni social de la mútua: en els casos de dissolució de la mútua i de la seva transformació, fusió i escissió, en què la societat resultant o beneficiària sigui una societat anònima, i en els de cessió global d'actiu i passiu, els mutualistes actuals i els que ho hagin estat els darrers cinc anys (o fins i tot anteriorment, si així ho preveuen els estatuts) «han de percebre, almenys, la meitat del valor del patrimoni de la mútua».

D'aquesta manera, la norma acull l'absència d'ànim de lucre de la mútua, perquè, sense aquesta correcció, el patrimoni acumulat pels mutualistes al llarg de la vida de la mútua acabaria sent distribuït exclusivament entre els que ho fossin en el moment de la dissolució o que rebessin les accions de la societat resultant o beneficiària, atès que l'entitat no pot funcionar financerament distribuïnt en forma de derrames, exercici rere exercici, l'excedent d'exercici o diferència entre les primes i les indemnitzacions pagades.

La norma és salomònica perquè opera amb grans simplificacions: 1) no perceben res els mutualistes que hagin cessat

fa més de cinc anys (acreixent, per tant, els altres socis, que d'aquesta manera obtenen un «lucre»), si els estatuts no amplien el termini; 2) però els estatuts poden reforçar el caràcter mutualístic establint que els mutualistes tinguin aquest dret sigui quin sigui el moment del seu ingrés; 3) en canvi, sempre s'han de conformar amb la meitat del valor patrimonial de la mútua (que percebran en efectiu, en cas de liquidació, o en forma d'accions de l'entitat resultant en la modificació estructural).

Els art. 43 a 45 LOSAR regulen amb minuciositat el règim de les *mutualitats de previsió social*, les quals «exerceixen una modalitat asseguradora de caràcter voluntari complementària al sistema de la Seguretat Social obligatòria, mitjançant aportacions dels mutualistes, persones físiques o jurídiques, o d'altres entitats o persones protectores». Algunes constitueixen una alternativa al Règim Especial de la Seguretat Social dels Treballadors per Compte Propi o Autònoms. Dels nombrosos requisits que han de respectar, establerts a l'art. 43.2, cal destacar: a) «el que es disposa per a les mútues d'assegurances a l'art. 41», que sembla que també estén a aquestes la definició com a «societat mercantil sense ànim de lucre» i que almenys els aplica el règim quant a la «propietat», que hem descrit abans; b) inseparabilitat de la doble condició soci mutualista/prenedor o assegurat; c) igualtat d'obligacions i drets per a tots els mutualistes, i d) realitzar només les operacions asseguradores i ator-



gar les prestacions socials de l'art. 44, sense perjudici de les autoritzades per operar per rams (lletra g). Els altres requisits són més circumstancials.

La definició com a *societats sense ànim de lucre* de les mútues i mutualitats de previsió social no permet afirmar que la *societat* definida al Codi Civil i al Codi de Comerç es pugui constituir sense ànim de lucre, ja que aquestes continuen sent tan «societàries» com eren abans, i molt menys permet qualificar com a *contracte societari* el de comptes en participació, ja que en aquest hi manca tot substrat societari.

B) La STS de 30 de maig de 2008, Primera Línia, SA

Ara bé, la important STS 464/2008, de 30 de maig (R. 3192), *Gregorio y Ángela Renom c. Primera Línia, SA* (ponent: Vicente L. Montés), davant de la SAP Barcelona, Secc. 15a, de 3 de maig de 2000, que havia qualificat tots els contractes existents entre aquests com a *contractes de comptes en participació*, reconeixent que van generar un crèdit de 5.475.704 pessetes, *distingeix entre tres contractes que són prèstecs i dos que són comptes en participació*, tots aquests amb aportacions per realitzar operacions immobiliàries que dos anys després ni tan sols havien començat, tot i que en el contracte no s'havia establert cap termini per al desenvolupament de la gestió. Formalitzat el contracte el 1990, el 1993 el participi va demandar la devolució d'allò aportat per incompliment del contracte. El Tribunal Suprem entén que

no s'ha demostrat una causa d'extinció del contracte i revoca la condemna a la devolució amb el pagament d'interessos moratoris, perquè, per la naturalesa del negoci convingut, no hi ha un crèdit amb venciment determinat l'incompliment del qual doni lloc a una situació de mora.

El Tribunal Suprem afronta de nou la identificació conceptual de *contracte de comptes en participació* i declara que «han estat descrits en la doctrina com una fórmula associativa entre empresaris individuals o socials que fa possible el concurs d'un (participi) en el negoci o empresa d'un altre (gestor), i tots dos queden a les resultes de l'èxit o el fracàs de l'últim». Com es veu, no existeix en aquesta declaració cap reconeixement que aquesta «fórmula associativa» constitueixi un contracte de societat i, per contra, reconeix la seva estructura bilateral. És més, afegeix que «no es crea, a diferència del que passa en la societat irregular, un patrimoni comú entre els participants (sic) i allò aportat passa al domini del gestor (STS 20 juliol i 4 desembre 1992, R. 10393; 5 febrer 1998, R. 407, etc.)». És a dir, la sentència rebutja que els comptes en participació es puguin confondre amb el contracte de societat, per tant, l'expressió fórmula associativa és purament literària, obiter dictum. I el més important per a la resolució de la sentència (la *ratio decidendi*) és que afegeix que «el participi, per això, no conserva un crèdit de restitució del capital aportat, sinó que se li atribueix el dret als guanys en la proporció que s'estableixi (STS 6 octubre 1986, R. 5240; 20 juliol 1992, i les que allí s'esmenten)». Això és

aplicable als dos contractes que no eren préstec, sinó comptes en participació.

Per acabar, la sentència reconeix que és possible la «*resolució del contracte*» (sic), com en el contracte de societat, la regulació del qual seria aplicable *per analogia* (art. 1700 CC, que parla de «causes d'extinció» i no esmenta la resolució), atès que en el fons es tracta d'una de les anomenades *societats internes*, tot i que en el cas no s'havia provat cap dels supòsits o causes d'extinció de l'art. 1700 CC, sinó que el participi va estar esperant dos anys a que el gestor portés a terme les negociacions. De nou, aquí la frase *societat interna* apareix com a *obiter dictum*, que no condiciona la solució de la decisió, ja que no es planteja un supòsit de dissolució, liquidació i eventual divisió de l'haver líquid⁽⁴³⁾.

A partir de la STS de 30 de maig de 2008, algunes sentències d'audiències provincials han recollit la idea de *societat interna*, transcrivint la frase esmentada, tot i que sigui irrellevant per a la resolució del problema plantejat en cada cas. Els partidaris de la consideració del contracte de comptes en participació com a societat citen aquestes sentències per donar suport a la seva tesi⁽⁴⁴⁾.

La SAP Balears, Secc. 5a, núm. 254/2004, de 21 de juny (AC 958), ja va declarar que «els comptes en participació (art. 239 i seg. CCom.) són l'únic tipus de societat interna que coneix el Dret Mercantil» (frase agafada potser del Prof. PAZ-ARES, o a la inversa), tot i que aquesta afirmació no l'ajuda per res a resoldre el problema de qualificar un complex contracte de gestió comercial de supermercat, amb nombroses retribucions a favor del gestor, que finalment és qualificat com a *contracte de comptes en participació* perquè estan totes condicionades a que existeixin beneficis.

La SAP Màlaga, Secc. 7a, núm. 55/2013, de 27 de setembre (JUR 364832), s'ocupa d'un contracte d'entrega d'una aportació de Promociones Sureric, SL per convertir en urbanitzables uns terrenys a Alhaurín de la Torre (Màlaga), a canvi del 50% dels beneficis que s'obtinguessin en aquella societat pels seus dos socis, i si no hi haguessin beneficis, l'aportació seria retornada en proporció a la quota de resultats. Però la SAP declara que el participi (demandant) no disposa d'un crèdit de restitució del capital aportat, sinó per obtenir una part dels guanys prèvia liquidació i rendició de comptes, però no havent-se produït guanys, sinó pèrdues,





«necessàriament implica que el partícip les hagi de suportar fins al límit de la quantitat que va aportar» (FD 2n), imposant la naturalesa del contracte.

La SAP Alacant núm. 450/2012, de 3 d'octubre (JUR 2013, 15600), *Euroquímica Saint, SA c. Vialca Color, SL*, citant la STS de 30 de maig de 2008 (ponent: Vicente L. Montés), declara que el simple fet que se subministri material i s'endossin efectes no és suficient per entendre que hi ha un contracte de comptes en participació.

En el cas de la SAP Girona, Secc. 1a, núm. 175/2011, de 28 d'abril (JUR 260087), el demandant va entregar una quantitat de 20.000 euros a Invertia PGI2006, SL per fer una promoció immobiliària denominada Muga a Figueres, per tal de, un cop venuda, fer partícip l'aportant del resultat, «entenen que l'aportant ho és a risc del negoci. Però si abans l'aportant opta per la rescissió unilateral, aquesta s'obliga a reintegrar-li la quantitat aportada més un interès del 5% anual pel temps transcorregut». El seu FD 2n recull la frase que «els comptes en participació (art. 239 i seg. CCom.) són l'únic tipus de societat interna que coneix el Dret Mercantil [...], la seva condició de societat no ofereix dubtes: el fi comú perseguit és l'obtenció de guanys mitjançant l'explotació del negoci del gestor i totes dues parts contribueixen a la seva execució». I, com que no estan previstes al Codi de Comerç les causes d'extinció del contracte, seran d'aplicació les regles sobre dissolució de societats (art. 1700 CC i concordants). Després d'aquesta elucubració es planteja si la promotora immobiliària està obligada o no a la restitució de la quantitat entregada més el 5%. I afirma que «aquest pacte podria formar part del contracte d'acord amb l'art. 1255 CC, tot i que suposadament pogués desvirtuar la seva naturalesa de comptes en participació, la qual cosa només tindria la conseqüència de convertir-lo en un negoci atípic (sic), com tants altres que va fent sorgir la realitat canviant, sense que s'adaptin als tipus clàssics previstos a les lleis».

Sembla que el contracte només es podria admetre com a vàlid si es pactaven dos contractes alternatius, de comptes en participació i de préstec (principal més el 5%), deixant a l'aportant l'opció entre l'un i l'altre fins al moment determinat (el de la venda de la promoció). Altrament, seria contrari a la naturalesa del contracte de comptes en participació garantir (amb aquella obligació de restitució) una

obligació inexistent (essent negatiu el resultat de la liquidació dels comptes per al partícip).

La SAP Madrid núm. 164/2011, de 31 de març (JUR 188332), *Comunitat de Béns Parque000 c. Construcciones y Naves Sifecam, SL*, declara que aquesta ha incomplert l'obligació d'informació i rendició de comptes imposada en el contracte de comptes en participació signat i l'extinció d'aquest, i condemna a abonar a l'actora 644.580 euros més l'interès de demora, i torna a citar la STS de 30 de maig de 2008, amb la seva transcripció de la frase que és una «fórmula associativa entre empresaris individuals i socials», etc., i que «el particular no conserva un crèdit per a la restitució d'allò aportat, sinó per a l'obtenció de la seva part en els guanys prèvia liquidació i rendició de comptes que sigui procedent». Independentment de la liquidació final, la demandada estava obligada a retenir comptes al final de cada exercici, i el seu incompliment justifica la resolució del contracte amb liquidació, deduint les pèrdues, i entén que no totes il·limitadament, sinó la part assumida pels partícips, que és un 60%, i preval la intenció sobre el tenor literal de la clàusula, que no estableix límits (art. 1281 CC), perquè «fer-li assumir totes les pèrdues seria desproporcionat».

La SAP Sevilla, Secc. 5a, núm. 543/2012, de 7 de novembre (JUR 2013, 145738), *acció resolutòria c. Grupo Sangar, SL*, torna a citar el text de la STS de 30 de maig de 2008, però fa una anàlisi molt completa de les característiques del presumpte contracte de comptes en participació, de notable complexitat. Així per exemple, quan diu que «el contracte [...] implica un encàrrec [...] però això no pot suposar una confusió amb el mandat, perquè estem davant d'una fórmula associativa entre comerciants que crea una societat interna» (i descriu el contracte).

En el seu FD 3r afronta el problema del cas, que és que es van subscriure dos contractes simultàniament, un de comptes en participació i un altre de préstec, formant part d'un mateix fi, i van pactar que als demandants se'ls retornaria el capital aportat articulant una garantia de devolució mitjançant la formalització d'un contracte de préstec sense interès, contracte que, en realitat, encobria una garantia de devolució de les quantitats.

La constància en la comptabilitat de la demandada sobre el fet que les quan-

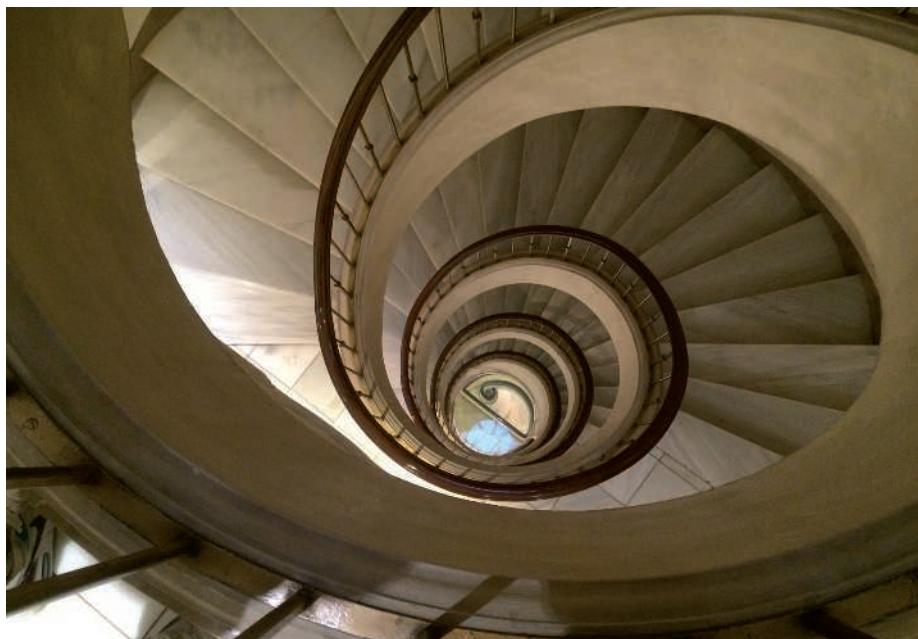
titats rebudes de les actores provenien d'un préstec; els requeriments notariais per al compliment del préstec, sense que la demandada contestés ni en negués l'existència; la data coincident de tots dos contractes, i el fet que es declarés expressament en el de comptes en participació que el benefici net seria la quantitat que quedés després de retornar a les entitats actores la quantitat de 2.220.270 euros (import del préstec), entre altres despeses, demostra que existeixen dos contractes.

Aquesta clàusula, «fins i tot quan és contrària a la pròpia naturalesa del contracte (sic), resulta absolutament vàlida des del principi d'autonomia de la voluntat (sic) que reconeix per a aquest tipus de contracte la doctrina jurisprudencial (SSTS 21 i 28 febrer, 9 març i 6 octubre 1986)». I acaba dient que «el denominat contracte de préstec sí que té causa, ja que, encara que sigui un contracte simulat, es tracta d'una simulació relativa, ja que encobreix en realitat un contracte de garantia de devolució de la quantitat entregada pels comptepartícips [...], el negoci dissimulat reuneix tots els requisits legals i, entre aquests, el de tenir una causa veritable i lícita, que, en aquest cas, és la de garantir la devolució de l'aportació dinerària». I confirma la SPI. En definitiva, es va fer una aportació, es va pactar que part d'aquesta seria restituïda amb interessos (el préstec) i que només per sobre d'aquesta quantitat, si es produïen beneficis suficients, es repartirien entre el gestor i el partícip (deduint-li a aquest, en la liquidació, l'import del préstec). Reiterem la dificultat d'admetre un contracte de garantia d'una obligació de «devolució de l'aportació» (si s'havia pactat un contracte de comptes en participació), perquè, si es tractava d'un préstec, no hi havia res a garantir, sinó complir l'obligació essencial de restitució pròpia del préstec.

La SAP Cadis, Secc. 5a, núm. 558/2012, de 21 de novembre (AC 2013/585), D. Miguel c. Marina del Puerto de Santa María, SA, assenyalava també les diferències que separen el contracte de comptes en participació del contracte de societat en sentit estricte.

C) Inaplicabilitat per analogia de les causes d'extinció del contracte de societat de l'art. 1700 CC

Arribats a aquest punt, podem preguntar per la utilitat pràctica de qualificar el contracte com a societat interna, segons aquesta recent jurisprudència. Pel que sembla,



és la de trobar una regulació supletòria a les llacunes de la regulació dels art. 239 a 243 CCom. Però, naturalment, només quan existeixi la identitat de raó que permeti l'aplicació de les normes de la societat per analogia, sobre la base de l'art. 4.1 CC.

Així, l'esmentada STS de 30 de maig de 2008 (R. 3192) (ponent: Vicente L. Montés) diu que, «atès que en el fons es tracta d'una de les societats internes», és aplicable per analogia l'art. 1700 CC quant a les «causes de resolució» (no diu «causes d'extinció» de la societat com a organització), tot i que en el cas enjudiciat no se n'havia intentat demostrar cap.

No obstant això, convé precisar. L'art. 1700 CC estableix que «la societat s'extingeix: 1r Quan expira el terme pel qual va ser constituïda» (igual que tots els contractes). «2n Quan es perd la cosa o finalitza el negoci que li serveix d'objecte» (igual que en tots els contractes). «3r Per la mort o insolvència de qualsevol dels socis i en el cas previst a l'art. 1699» («els creditors particulars de cada soci poden demanar l'embargament i rematada de la part d'aquest en el fons social»). La causa d'extinció per mort no és aplicable al contracte de comptes en participació formalitzat entre societats.

Quant a la «insolvència (sic) de qualsevol dels socis», podria tenir sentit en el cas del gestor, sobre el qual recau el *intuitus personae*, però no en el del participip. Ara bé, la insolvència ara està definida a

l'art. 2.2 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal (d'ara endavant, LC), quan estableix que «es troba en estat d'insolvència el deutor que no pot complir regularment les seves obligacions exigibles», en el qual el deutor, segons l'art. 5.1 LC, «haurà de sol·licitar la declaració de concurs dins dels mesos següents a la data en què hagués conegut o hagut de conèixer el seu estat d'insolvència».

No és admissible que el contracte sigui resolt per qualsevol de les parts en el període anterior a la declaració del concurs, sense procedir a sol·licitar-ne la declaració, basant-se en la insolvència, perquè constituïria un supòsit de frau de llei

Ara bé, actualment no és admissible que el contracte sigui resolt per qualsevol de les parts en el període anterior a la declaració del concurs, sense procedir a sol·licitar-ne la declaració, basant-se en la insolvència, perquè constituïria un supòsit de frau de llei a l'art. 2.1 LC, que disposa que «la declaració de concurs procedirà en cas d'insolvència del deutor comú»; en conseqüència, s'aplicarà al frau de llei la solució de l'art. 6.4 CC, que estableix que «els actes realitzats a l'empara del text d'una norma que persegueixin un resultat prohibit per l'ordenament jurídic, o contrari a aquest, es

consideraran executats en frau de llei i no impediran la deguda aplicació de la norma que s'hagués mirat d'eludir». Aquí, la que obliga a la declaració del concurs. En el cas que s'hagués restituït l'aportació al participip, l'administració concursal podria reintegrar-la a la massa activa mitjançant l'acció rescissòria de l'art. 71 LC.

A més, en cas de declaració de concurs de qualsevol dels dos, gestor i participip, s'aplica el principi de conservació dels contractes establert a l'art. 61.1 LC: «En els contractes formalitzats pel deutor, quan en el moment de la declaració del concurs una de les parts hagués complert íntegrament les seves obligacions i l'altra tingués pendent el compliment total o parcial de les recíproques al seu càrrec, el crèdit o el deute que correspongui al deutor s'ha d'incloure, segons escaigui, en la massa activa o en la passiva del concurs». El supòsit normal és que sigui el gestor el qui sigui declarat en concurs i qui tingui pendent l'obligació de liquidar el seu dret al participip, que s'ha d'inscriure en la massa passiva del concurs del gestor amb un crèdit concursal ordinari contingent (tret que hagués garantit el seu dret amb garanties reals).

L'art. 61.2 LC estableix que, per si sol, el concurs no afectarà la vigència dels contractes amb obligacions recíproques pendents de compliment a càrrec del concursat o de l'altra part (tot i que preveu la possibilitat de resolució a petició de l'administrador concursal o del concursat, i ho estimen convenient per a l'interès del concurs). El seu apt. 3r afegeix que es consideraran no posades les clàusules que estableixin la facultat de resolució o extinció (automàtica) del contracte per la sola causa de declaració del concurs de qualsevol de les parts. La Llei Concursal, en el règim dels contractes pendents d'execució, no ha establert cap especialitat per al de comptes en participació. Tampoc no ha inclòs un règim específic per a la reintegració mitjançant acció de rescissió de l'art. 71 LC dels actes mitjançant els quals el gestor hagués pogut afavorir el participip. I tampoc ha inclòs el participip entre els titulars de crèdit subordinats per considerar-lo «persona especialment relacionada» amb el gestor (ja sigui persona física o jurídica), en el sentit de l'art. 93 LC (els supòsits del qual no es poden ampliar per analogia). Estem lluny del règim establert per la fallida del gestor a l'art. 926 CCom., que, malgrat



la regulació no societària dels art. 243 a 293, donava dret «als socis de comptes en participació que siguin alhora creditors de la fallida [s'entén, del gestor] a figurar en el passiu només per la quantitat que resulti de la compensació amb el que estaven obligats a posar»⁽⁴⁵⁾. Per acabar, l'art. 1700 CC no es pot considerar una norma excepcional que permeti la resolució del contracte en cas de declaració de concurs a l'empara de l'art. 63.1 LC, quan disposa que «allò establert als articles anteriors no ha d'afectar l'exercici de la facultat de denúncia unilateral del contracte que escaigui conforme a la llei».

Per a la Llei Concursal, en definitiva, el contracte de comptes en participació és un contracte bilateral de finançament amb prestacions recíproques sense cap especialitat, i no un contracte de societat⁽⁴⁶⁾.

Per acabar, no és possible que els creditors embarguin i rematin la quota de cap dels dos en el «fons social», perquè en el contracte de comptes en participació no existeix fons social, de la mateixa manera que el gestor respon directament i no subsidiàriament a aquest fons social, com en el supòsit de societat de l'art. 237 CCom.⁽⁴⁷⁾

«Art. 1700 CC. La societat s'extingeix: 4t Per voluntat de qualsevol dels socis, amb subjecció al que es disposa als art. 1705 i 1707» (és a dir, en cas de contracte de societat de durada indefinida), principi que és aplicable, per analogia, a tots els contractes de durada indefinida (tot i que no és normal en un contracte de comptes en participació). La continuïtat de la relació de comptes en participació en els supòsits 3r i 4t, com en les societats mercantils, es pot aplicar si així es pacta en el contracte, però passa el mateix en els altres contractes de durada.

6. Diferències entre el contracte de comptes en participació i el contracte de préstec i altres contractes

El contracte de comptes en participació es distingeix del contracte de préstec (en el qual la propietat de les aportacions també es transmet al prestatari) perquè el gestor no s'obliga a restituir la quantitat rebuda o en què es valoren els béns aportats, sinó només a retre comptes i liquidar al compteparticipi la seva part en beneficis i pèrdues —SSTS de 6 d'octubre de 1986, de 20 de juliol de 1992 i, en especial, la tan esmentada de 30 de maig de

2008, (R. 3192). El contracte de comptes en participació ha constituït sempre un instrument d'obtenció de «fons o recursos propis» per al gestor sense generar-li endeutament financer (tot i que, com veurem, el nou Pla Comptable el conceptua com un passiu financer).

Es distingeix del contracte d'arrendament d'establiment, ja que l'arrendatari, que també ostenta la condició d'empresari, només paga una renda o quantitat periòdica fixa a l'arrendador —tot i que, de vegades, s'afegeix una clàusula de participació (només) en els beneficis, mai en les pèrdues.

Es distingeix del contracte de gestió o management empresarial perquè, en aquest, el gestor (per exemple, la Cadena Hotelera) gestiona l'empresa en nom i per compte de l'empresari/propietari, i el conjunt de clàusules del contracte ha de contribuir a donar transparència a aquesta representació davant de tercers per evitar fets d'aparença de «propietari» (que determinarien la seva responsabilitat).

A la pràctica, es produeixen dificultats d'interpretació en casos concrets, originades per la confusió dels contractants sobre el que volen pactar o el què és el contracte de comptes en participació

No obstant això, a la pràctica, es produeixen dificultats d'interpretació en casos concrets, originades per la confusió dels contractants sobre el que volen pactar o sobre el què és el contracte de comptes en participació. D'aquests casos se n'han ocupat diverses sentències del Tribunal Suprem (vegeu STS de 6 d'octubre de 1986). Es tracta, generalment, de decidir si allò pactat és un préstec o una societat (STS de 4 de desembre de 1992: societat irregular per explotar una gasolinera), o si és realment un contracte de comptes en participació, tot i que amb clàusules incongruents amb aquest, que s'han de considerar per no posades —per exemple, l'obligació de retornar en tot cas el valor de l'aportació: vegeu SSTS de 5 de febrer de 1998 (R. 407), i de 15 de juliol de 2005 (R. 5279).

Com hem vist, sentències recents han admès la compatibilitat d'un contracte de comptes en participació amb un contracte

de préstec, o bé reconeixent un supòsit de contracte mixt atípic, o bé reconeixent un contracte de garantia de devolució de l'aportació dissimulat sota un contracte de préstec, estipulat al mateix temps que el de comptes en participació i sobre la base de la mateixa aportació del participi. No obstant això, no és possible que, en relació amb una mateixa aportació, puguin coincidir vàlidament dues causes negocials simultàniament incompatibles, préstec i comptes en participació, amb l'obligació simultània de restitució i de retribució fixa i l'obligació de liquidació dels resultats de les operacions objecte del contracte. Seria necessari, almenys, preveure la seva conversió d'un a l'altre a partir d'un determinat moment, o davant d'unes determinades circumstàncies, si escau, a opció del participi o aportant. D'altra banda, en el contracte és possible garantir el compliment de les obligacions pròpies del gestor amb garanties personals i reals, però és incongruent que el gestor garanteixi la devolució originant un passiu que anul·la la partida de fons propis corresponent als comptes en participació. Vet aquí, de nou, les dues sentències:

La SAP Girona, Secc. 1a, núm. 175/2011, de 28 d'abril (JUR 260087), declara que el pacte que preveu que si abans d'acabar el projecte immobiliari l'aportant opta per la rescissió unilateral, aquella s'obliga a reintegrar-li la quantitat aportada més un interès del 5% anual pel temps transcorregut, «podria formar part del contracte d'acord amb l'art. 1255 CC, encara que suposadament pogués desvirtuar la seva naturalesa de comptes en participació, la qual cosa només tindria la conseqüència de convertir-lo en un negoci atípic, com tants altres que la realitat canviant va fent sorgir, sense que s'adaptin als tipus clàssics previstos a les lleis».

La SAP Sevilla, Secc. 5a, núm. 543/2012, de 7 de novembre (JUR 2013, 145738), Grupo Sangar, SL (vista ja en el punt de la distinció amb el contracte de societat), declara que «el denominat contracte de préstec (superposat al de comptes en participació) sí que té causa, ja que, encara que sigui un contracte simulat, es tracta d'una simulació relativa, ja que encobreix, en realitat, un contracte de garantia de devolució de la quantitat entregada pels compteparticipis». Sembla que el que es donava en el cas eren dos contractes alternatius entre els quals el participi podia optar fins a un



moment determinat, i substituir el contracte de comptes en participació pel de préstec en les condicions pactades.

Per acabar, cal advertir que, si no es redacta curosament, el contracte de comptes en participació es pot convertir en un instrument de desequilibris injustos entre les parts, com ja va advertir el Prof. Emilio LANGLE. Per exemple, en el cas de la STS de 3 de juliol de 1991, *camió cisterna Pegaso*, l'aportació del partícip va consistir en la meitat proindivisa d'un camió comprat a terminis juntament amb el gestor, les lletres de canvi del qual havia acceptat i havia de pagar el partícip (un funcionari amb recursos escassos) amb els beneficis que el gestor li anés liquidant. Però aquest no li va liquidar ni beneficis ni la part del preu del camió, quan va decidir vendre'l, cosa que podia fer legalment, ja que, en virtut del contracte (com hem explicat), era de la seva propietat exclusiva. No era una «societat interna», tal com, amb error evident, ha imaginat un sector de la nostra doctrina.

El risc que el gestor s'extralimiti s'ha de corregir mitjançant mecanismes contractuals d'informació i control del partícip o, si escau, amb garanties personals o reals.

V. IMPOSSIBILITAT D'INCORPORACIÓ DE LA CONDICIÓ DE COMPTEPARTÍCIPI A UN TÍTOL VALOR

En Dret espanyol no és possible incorporar la condició o posició jurídica de comptepartíci a un títol valor que permeti la circulació del dret com un dret autònom, liberal i abstracte (com una lletra de canvi o com una acció de societat anònima), i no la simple cessió a tercers dels drets del comptepartíci.

En primer lloc, no podria ser un «instrument financer» negociable en els mercats secundaris de valors, ja que l'art. 2 del Text Refós de la Llei del Mercat de Valors, aprovat pel RDLeg. 4/2015, de 23 d'octubre (d'ara endavant, TR de la Llei del Mercat de Valors), no inclou un «títol de comptes en participació». Inclús ha suprimit en la seva enumeració d'instruments financers les quotes participatives de les caixes d'estalvis, regulades per la disp. add. 12a de la Llei 26/1988, de 29 de juliol, de disciplina de les entitats de crèdit (en transposar la Primera Directiva sobre Entitats de Crèdit), amb el caràcter de «valors negociables», el règim dels quals

va desenvolupar el RD 664/1990, de 25 de maig (havent-se produït una sola emissió, per part de la CAM, que, a més, va ser ruïnosa per als seus 54.000 subscriptors)⁽⁴⁸⁾. La Llei 26/2013, de 27 de desembre, de caixes d'estalvis i fundacions bancàries, va derogar les normes referents a les quotes participatives (disp. derog. c), i el TR de la Llei del Mercat de Valors, en la seva disp. trans. 2a, admet que (només) les quotes participatives de les caixes d'estalvis i de la CECA emeses abans de la publicació del Text Refós seguiran tenint caràcter de valor negociable a què es refereix l'art. 2.1. d'aquesta llei, però només fins a la seva completa amortització.

És possible l'emissió de documents del contracte de comptes en participació que acreditin ser partícips, en una estructura de contracte de comptes en participació amb un sol gestor però amb una pluralitat de partícips, sense que això modifiqui l'estructura de contracte bilateral del contracte. Per exemple, els anys 70, Premsa Catalana, editora del diari *Avui*, va utilitzar el contracte per reunir fons propis per import igual al capital social, i va entregar títols numerats correlativament en talonaris (que no eren títols valors, sinó simples rebuts)⁽⁴⁹⁾.

En efecte, aquests eventuais títols no poden ser considerats títols valors (ni valors negociables), perquè la legislació espanyola sobre títols valors es regeix pel principi de *numerus clausus*, de reconeixement concret pel legislador de cada tipus de títol valor, sense que l'autonomia de la voluntat pugui dotar qualsevol dret de les característiques pròpies dels títols valors (legitimació per a l'adquisició i exercici del dret per la seva possessió i caràcter literal i autònom del dret incorporat al títol). A diferència del Codi Civil italià, la nostra legislació només reconeix els efectes dels títols valors en determinats documents, de manera que no és possible crear o emetre títols de transport no tipificats legalment (per exemple, un títol de transport combinat), ni incorporar els drets d'impositor en compte corrent bancari (la llibreta d'estalvis no és un títol valor en el nostre Dret) o els de comptepartíci, tret de la seva admissió excepcional, ja derogada, en les quotes participatives de les caixes d'estalvis⁽⁵⁰⁾.

D'altra banda, el partícip no és titular d'un dret de crèdit que pugui ser susceptible de titulització.

VI. EL CONTRACTE DE COMPTES EN PARTICIPACIÓ HA DEIXAT DE SER TÍTOL JURÍDIC D'OBTENCIÓ DE FONS PROPIS

El contracte de comptes en participació ha estat considerat històricament un instrument d'obtenció de «fons o recursos propis», d'augmentar el patrimoni net, sense cedir l'empresari gestor el control de la gestió, ni modificar l'estructura financera de la pròpia empresa (si escau, la d'una societat), en no augmentar el seu endeutament financer, ni haver de destinar obligatòriament fons per al seu pagament, ni, en cas de societat de capital, modificar l'estructura de les seves participacions. En el balanç del gestor, l'import de l'aportació realitzada pel partícip s'havia de reconèixer com una partida de capital, tal com establia la regulació de les quotes participatives de les caixes d'estalvis, abans esmentada. En la regulació de les quotes participatives de les caixes d'estalvis, l'art. 7 de la Llei 13/1985, de 25 de maig, de coeficients d'inversió, recursos propis i obligacions d'informació dels intermediaris financers, les va reconèixer com a recursos propis bàsics (equiparats al capital social). L'art. 25.2 LIRPF, per la seva banda, estableix que l'aportació del comptepartíci constitueix una «cessió de fons propis» al gestor, per la qual cosa els rendiments que produeix al comptepartíci han de ser qualificats com a rendiments del capital mobiliari, que constitueixen una despesa deducible per al gestor. Així doncs, des del punt de vista fiscal, l'aportació en comptes en participació constitueix fons propis per al gestor.

No obstant això, la vigent normativa fiscal i comptable, sense perjudici de l'evident naturalesa econòmica híbrida del contracte de comptes en participació (en el sentit que es barregen, econòmicament, elements dels fons propis i del deute), ha inclinat la balança cap al tractament com a element de deute, i no com a fons propis.

Això és especialment clar en l'àmbit de la tributació directa.

En efecte, malgrat que la norma reguladora de l'IRPF (la Llei 35/2006, de 28 de novembre) no preveu expressament la qualificació fiscal, per al comptepartíci, de la rendibilitat procedent d'un contracte de comptes en participació, és constant la doctrina administrativa⁽⁵¹⁾ i dels tribunals⁽⁵²⁾ que emmarca el rendiment



procedent d'un compte en participació per al compteparticip com un rendiment de capital mobiliari dels regulats a l'art. 25.2 de la llei esmentada, és a dir, un rendiment procedent de la «cessió a tercers de capitals propis». En altres paraules, tracta de la rendibilitat del compte per al compteparticip d'igual manera que l'interès d'un préstec, en total contraposició als dividends (és a dir, a la retribució típica de la inversió en capital o fons propis), regulats a l'apt. 1r d'aquest mateix article. Per tant, des del punt de vista de l'IRPF, es distingeix clarament entre la retribució d'un compte en participació per al compteparticip i la retribució d'una inversió en el capital social d'una societat, o en general, en el patrimoni net d'aquesta.

A falta de regulació expressa, la Llei de l'Impost sobre Societats remet, en el seu art. 10.3, a la normativa comptable per dilucidar l'impacte fiscal que s'hagi de donar al contracte de comptes en participació, fet que implica la subordinació del Dret Fiscal al Comptable

D'altra banda, i seguint en l'àmbit de la tributació directa, tampoc la normativa de l'Impost sobre Societats (Llei 27/2014, de 27 de novembre) preveu expressament el tractament aplicable al contracte de comptes en participació, ni per al gestor ni per al compteparticip. A falta de regulació expressa, la mateixa Llei de l'Impost sobre Societats remet, en el seu art. 10.3, a la normativa comptable per dilucidar l'impacte fiscal que s'hagi de donar a la figura (que coincidirà, essencialment, amb el comptable). És el que va ser reconegut com a «principi d'hegemonia» per la doctrina alemanya (*Massgeblichkeitsprinzip*), que va determinar el gir històric de la definitiva subordinació del Dret Fiscal al Dret Comptable.

En aquest sentit, el Pla General Comptable (PGC), aprovat pel RD 1514/2007, de 16 de novembre, en la seva Primera Part, «Marc conceptual de la comptabilitat», art. 4, defensa els passius com a «obligacions actuals sorgides com a conseqüència de successos passats, per a l'extinció de les quals l'empresa espera desprendre's de recursos



que puguin produir beneficis o rendiments econòmics en el futur», i configura el patrimoni net com «la part residual dels actius de l'empresa, un cop deduïts tots els seus passius. Inclou les aportacions realitzades, ja sigui en el moment de la seva constitució o en altres de posteriors, pels seus socis o propietaris, que no tinguin la consideració de passius, com també els resultats acumulats o altres variacions que l'afectin».

Qualificar comptablement la retribució d'un contracte de comptes en participació com un instrument de patrimoni hauria aprofitat, sens dubte, els comptes en participació a la figura del contracte de societat, però no ha estat el cas en el PGC de 2007. En efecte, la norma de registre i valoració 9a del PGC regula, a l'apt. 2.1 («Préstecs i partides a cobrar»), com ha de comptabilitzar el compteparticip un contracte de comptes en participació: «Les aportacions realitzades com a conseqüència d'un contracte de comptes en participació i similars es valoraran al cost, incrementat o disminuït pel benefici o la pèrdua respectivament, que corresponguin a l'empresa com a particip no gestor, i menys, si escau, l'import acumulat de les correccions valoratives per deteriorament».

La mateixa norma de registre i valoració 9a regula la mecànica de comptabilització de l'empresari gestor quant a les obligacions incorregudes per aquest davant del compteparticip, i inclou la regulació de l'obligació davant del compteparticip com a passiu financer, a l'apt. 3.1 («Débits i partides a pagar»).

En aquesta línia, el quadre de comptes assigna els comptes de balanç 419 («Creditors per operacions en comú») dins de l'epígraf «Creditors diversos», i 449 («Deutors per operacions en comú») dins de l'epígraf «Deutors diversos», per comptabilitzar els crèdits i debits recíprocs derivats de la relació de comptes en participació. Així mateix, quant al compte de pèrdues i guanys, el quadre de comptes assigna els comptes 651 («Resultats d'operacions en comú») dins de l'epígraf «Altres despeses de gestió», i 751 («Resultats d'operacions en comú») dins de l'epígraf «Altres ingressos de gestió».

En conclusió, el règim comptable situa els comptes en participació en el marc dels actius i passius financers, clarament diferents dels instruments de patrimoni. I és lògic, si es té en compte que l'empresari gestor queda obligat (és a dir, sense possibilitat discrecional de no fer-ho), pel contracte de comptes en participació, a entregar al compteparticip, almenys en el moment de la liquidació del compte, l'import de la rendibilitat del negoci més, si escau, la devolució de l'import inicial del compte (excepte, per descomptat, en cas de pèrdua). Queda lluny, per tant, del concepte de *reducció de capital* o *distribució d'un dividend*, en què, amb caràcter general, és facultat discrecional de la junta de socis o accionistes procedir a la seva distribució, i és aquesta facultat discrecional el què, de fet, inclou aquestes operacions en termes generals, com a



pròpies de la remuneració d'instruments de patrimoni net.

Aquest règim comptable es trasllada automàticament al tractament en l'àmbit de l'Impost sobre Societats per virtut de l'art. 10.3 LIS anteriorment referit, i, en conseqüència, els ingressos i les despeses derivades de la mecànica comptable dels comptes en participació no queden afectats ni per les exempcions o deduccions per evitar la doble imposició prevista a la LIS per als dividendes, ni per les limitacions a la deduïbilitat fiscal de la retribució d'instruments de patrimoni net⁽⁵³⁾.

En suma, particularment en l'àmbit de la tributació directa i en l'actual règim comptable, trobem que els comptes en participació apareixen configurats com un instrument clarament diferent dels instruments de patrimoni, *la qual cosa no fa més que reforçar el fet que, també fiscalment i comptablement, els comptes en participació apareixen clarament diferenciats de la figura del contracte de societat, i es configuren com un contracte bilateral de finançament o inversió*⁽⁵⁴⁾.

VII. CONCLUSIONS

Primera. El contracte de comptes en participació, tant en la seva regulació als art. 239 a 243 CCom. com en la lògica dels negocis, té unes característiques pròpies que no permeten confondre'l amb el contracte de societat. És un contracte bi-

lateral de col·laboració, sense posada en comú de béns ni col·laboració en la gestió, i sense personalitat jurídica ni cap raó social pròpia en les relacions amb tercers, i sobretot, sense cap organització social pròpia, ni tan sols interna. Convé no regular-lo (al marge i en contra d'aquest esquema legal) com una «societat interna» o no manifestada, que en el cas seria una societat mercantil irregular que imposaria al compteparticipat responsabilitat personal i solidària per l'actuació del gestor, i que, en cas de dissolució, es regiria per les normes de la comunitat de béns (o com una verdadera societat).

En el contracte de comptes en participació, el partícip realitza una aportació patrimonial al gestor perquè aquest desenvolupi operacions concretes o una activitat duradora, en nom propi i sota la seva responsabilitat, seguint els seus propis criteris

Segona. La característica essencial del contracte de comptes en participació és que el partícip realitza una aportació patrimonial al gestor perquè aquest desenvolupi operacions concretes o una activitat duradora, en nom propi i sota la seva responsabilitat, i, per tant, seguint els seus propis criteris, d'un empresari ordenat, a canvi de donar participació al compteparticipat en

els beneficis i les pèrdues, però sense estar sotmès a les instruccions d'aquest ni al deure d'un «representant lleial».

Tercera. El PGC, en la seva norma de valoració 9a, conceptua l'aportació del partícip no com un títol de fons propis, sinó com un *passiu financer del gestor (i no com a patrimoni net)*, en atenció al fet que el gestor (a diferència de la societat amb la distribució de dividendes) no és lliure de decidir si abona o no les liquidacions que ha de fer al partícip segons el contracte. En congruència amb el principi d'hegemonia del Dret Comptable sobre el Dret Fiscal (establert a l'art. 10.3 LIS), a efectes fiscals, *el rendiment procedent d'un compte en participació, per al compteparticipat, és considerat com un rendiment de capital mobiliari dels regulats a l'art. 25.2 de la llei esmentada, és a dir, un rendiment procedent de la «cessió a tercers de capitals propis»*. Així, per exemple, com l'interès d'un préstec, en total contraposició als dividendes (és a dir, a la retribució típica de la inversió en capital o fons propis), regulats a l'apt. 1r d'aquest mateix article.

Quarta. Les garanties del contracte, per al compteparticipat, han de ser la solvència i reputació del gestor i la transparència del negoci, amb la informació comptable i la liquidació periòdica i final dels resultats del negoci. El compliment de les obligacions pròpies del gestor es pot garantir amb les garanties reals i personals habituals en els contractes mercantils. També mitjançant un sistema de control o verificació de l'activitat del gestor, a fi que el partícip no s'immesceixi en la gestió. En cas d'incompliment de les obligacions del gestor, si el partícip opta per la resolució del contracte i indemnització de danys i perjudicis soferts (art. 1124 CC), no serà procedent la condemna a que compleixi amb l'obligació de liquidació, ja que el contracte ha estat resolt amb efectes extrajudicials pel contractant complidor.

Cinquena. La mateixa aportació objecte del contracte de comptes en participació es pot considerar, en contracte alternatiu, com un objecte d'un préstec que hagi de ser restituït amb els seus interessos, a opció del partícip, que haurà d'exercitar abans d'un determinat moment. Però no sembla possible concebre un contracte de préstec en garantia per al cas que el gestor no quedés obligat a pagar res al partícip com a conseqüència de la liquidació dels



comptes, ja que es garantiria (obligació accessòria) una obligació principal inexistent, i seria nul i inexigible el contracte de garantia. També s'ha de regular un dret de resolució del contracte davant de circumstàncies clarament definides perquè el compteparticip no hagi de suportar una llarga espera i incertesa sobre l'execució del contracte per part del gestor. Alternativament, a fi de corregir l'eventual retard de l'empresari gestor en la posada en pràctica dels projectes pactats, el que és lògic és que s'estipulin dos contractes successius: 1) el primer a aplicar-se en el temps, un contracte de préstec, amb un interès raonable però progressiu que serveixi d'esperó a la diligència del gestor en la posada en execució del negoci compartit, i 2) a partir d'un determinat moment, fixat per anticipat, o bé quan s'iniciïn aquelles gestions, o sota condició que efectivament s'iniciïn, el contracte de comptes en participació. També es pot pensar que, com a alternativa a un contracte de comptes en participació, pot ser convenient pactar un préstec parciari amb clàusula de participació en beneficis (no en pèrdues), que inclús es pugui modular, i augmentar-lo, si escau, segons la informació que es tingui de la marxa del negoci.

Sisena. El dret del compteparticip no es pot incorporar a un títol valor; la cessió del contracte exigirà el consentiment de la contrapart (en aplicació de l'art. 1205, quan inclou obligacions), i no n'hi haurà prou amb complir el requisit de notificació de la cessió del deutor, encara que el contractant cedent sigui el particip, ja que no es tracta d'un simple crèdit. Comptablement, l'aportació del particip constitueix un passiu financer per al gestor pel valor de l'aportació.

Setena. En cas d'insolvència del gestor, l'art. 2.1 exigeix la declaració de concurs (per tant, no és possible la resolució ni «extinció» del contracte per insolvència de qualsevol de les parts a què es refereix l'art. 1700 CC). Un cop declarat el concurs, l'art. 61 LC, al seu apt. 1r, estableix el principi de continuació dels contractes quan una de les parts hagués complert íntegrament les seves obligacions i l'altra tingui pendent el compliment total o parcial de les seves, i el crèdit o el deute que correspongui al deutor s'inclourà en la massa activa o passiva del concurs. El seu apt. 2n disposa que l'administrador concursal o el concursat poden resoldre el contrac-

te, si ho estimessin convenient a l'interès del concurs (és a dir, el millor cobrament dels creditors). En cas de concurs del gestor, el crèdit del particip contra ell és un crèdit concursal ordinari contingent, que equival a la suma de l'aportació més la possible participació en beneficis, tret que hagi estat garantit amb garanties reals (en aquest cas, serà un crèdit privilegiat singular), i en cap cas no podrà ser qualificat com a crèdit subordinat, atès que no concorre la condició de «persona especialment relacionada» amb el gestor concursat, ni com a persona física ni com a persona jurídica (cf. art. 93 LC).

(1) Representativa d'aquesta doctrina és la monografia de la Prof. A. MARTÍNEZ BALMASEDA, publicació de la seva tesi doctoral defensada el 28 de gener de 2011 davant d'un tribunal format pels Prof. Luis Fernández de la Gándara, Mario Stella Richter, Francisco León Sanz, Alberto Emparanza Sobejano i Lourdes Ferrando Villalba (*Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011). En el pròleg, el Prof. J. M. Embid, director de la tesi, explica com «la progressiva consolidació entre nosaltres del concepte ampli de societat patrocina autoritzadament pel Prof. Girón Tena, com també la seva utilitat per comprendre amb més precisió la trama institucional dels comptes en participació, han desplaçat progressivament el centre de gravetat de la figura cap al Dret de Societats, en perjudici de la seva visió purament contractualista» (pàg. XVII-XVIII). L'autora afirma que «avui en dia, la concepció societària ha anat guanyant adeptes en la nostra doctrina científica i sembla predominar la concepció societària dels comptes en participació. Tanmateix, això no implica que existeixi un acord unànime respecte d'això, ja que, entre altres (sic), el professor VICENT CHULLIÀ continua separant els comptes en participació del contracte de societat, i nega la seva qualificació com a societat interna» (pàg. 66, citant la meua *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanc, 22a ed., València, 2010, pàg. 957-958, només en aquest punt; un honor immerescut, ja que són molts i millors els defensors de la tesi «contractualista»). Afegeix que «el tema de la naturalesa jurídica [...] suposa un tema gairebé resolt en la nostra doctrina científica» (pàg. 67), i així ho creiem, però en sentit contrari a la seva tesi, cosa que ella mateixa reconeix en la nostra jurisprudència, però que es comprova igualment en la legislació concursal,

comptable i fiscal. Com exposen els Prof. F. Sánchez Calero i J. Sánchez-Calero Guilarte, «bona part de la nostra doctrina més autoritzada i de forma decidida la doctrina jurisprudencial sorgida fins ara (el valor de la qual no es pot menysprear, cf. art. 1.6 del CC) es manifesten en un sentit diferent i afirmen que aquest contracte no es pot considerar dins del nostre Ordenament com una modalitat o subespècie de societat» (*Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 35a ed., Cizur Menor, 2013, pàg. 374). Cal pensar que el Prof. Fernando Sánchez Calero va ser deixeble de Girón i de Garrigues, els grans valedors d'aquests dos corrents doctrinals, és a dir que la seva opinió segur que va ser molt madurada.

L'exposició de referència de la doctrina societària del contracte de comptes en participació és la del Prof. J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Ed. Girón Tena, Madrid, 1976, pàg. 76 i seg., i, en segon lloc, la del Prof. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», a *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pàg. 259-313. També s'inclina per la naturalesa societària del contracte la Prof. M. A. GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, tesi doctoral llegida el 13 de juliol de 1989. Destaca aspectes importants, com que el redactor de l'Exposició de Motius del Codi de Comerç de 1885 seguia convençut de la naturalesa societària del contracte, malgrat el canvi operat en la seva regulació aprovada a les Cambres (pàg. 91), tal com va passar en altres matèries. Rebutja que sigui un contracte de canvi, perquè el particip no és un simple creditor del gestor, sinó que tots dos «participen en els resultats pròspers o adversos en la proporció que determinin», segons l'art. 239 CCCom., contribueixen així a la promoció del fi comú, i existeix una «solidaritat d'interessos» o posada en comú, en el sentit de participació en el risc al qual es va referir GIRÓN (pàg. 103-104), és a dir que admet que és possible dins del concepte ampli de societat (pàg. 121 i seg.).

Exponent de la doctrina majoritària sobre el contracte de societat ajustat a la definició dels codis és F. CAPILLA RONCERO, a 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, on es manifesta contrari al concepte ampli de societat (pàg. 9).



- (2) Vegeu el simposi sobre el tema amb ponències de S. KONIAK, E. A. DAVIS i J. C. COFFEE Jr. a *Columbia Law Review*, núm. 5, juny 2003, pàg. 1236-1316, citat en la meua *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanc, 23a ed., València, 2012, pàg. 163-164.
- (3) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 199 i seg.: el gestor té el deure d'aportació de la gestió social, i exerceix aquest «càrrec» (pàg. 207-208) de forma personal (pàg. 209). Segons MARTÍNEZ SANZ, «obligació sovint oblidada per la doctrina és, precisament, la que suporta el gestor d'explotar el negoci, l'acte o l'activitat pactada (amb la diligència d'un ordenat comerciant i un representant lleial), ja que, altrament, defraudaria les expectatives del partícip, al qual privaria de la rendibilitat o guanys esperats», si bé afegeix que ho ha de fer en el seu propi nom (a M. BROSETA i F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, 21a ed., Madrid, 2014, pàg. 341). Però no només en el seu propi nom (tot i que per compte propi i del partícip), com va admetre el Prof. Garrigues, reconeixent la situació de representació indirecta, sinó en nom i per compte i risc propis, responent amb el seu patrimoni (sense perjudici de la participació en els resultats de la seva activitat amb el partícip).
- (4) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 258-260, reconeixent el dret a la quota de liquidació (de la qual no parla el Codi de Comerç) com un dret diferent i afegit al de participació en beneficis i pèrdues, que «s'estén a les plusvàlues que hagués acumulat l'empresa mentre va estar vigent el contracte» (pàg. 260, reconeixen l'opinió contrària del Prof. Garrigues, nota 134). Cal observar que els Prof. SÁNCHEZ CALERO i SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE no esmenten en va el dret a la quota de liquidació, sinó que «l'extinció del contracte implicarà la liquidació de l'associació de comptes en participació amb l'obligació de devolució de l'aportació al partícip incrementada o reduïda amb els resultats de la participació que li corresponguin» (*Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 35a ed., Cizur Menor, 2013, pàg. 378). La STS de 3 d'abril de 1971 va declarar que si l'aportació es va fer en diners, es retornarà la mateixa quantitat seguint el principi nominalista (més/menys beneficis o pèrdues), tret que se n'hagués pactat la revaloració per evitar els efectes de la depreciació monetària (vegeu A. MADRID PARRA, a G. J. Jiménez Sánchez, *Derecho Mercantil*, Ariel, 8a ed., Barcelona, 2003, pàg. 540). Però res de quota de liquidació.
- (5) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 260 i seg. («Derecho de gestión del partícipe»), i a «El derecho de gestión del partícipe en las cuentas en participación. A propósito de la STS de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 428055)», a *RDM*, núm. 275, 2010, pàg. 231 i seg. Vegeu també, de la mateixa autora, «Las nuevas funciones de las cuentas en participación», a C. D. y Com., núm. 58, 2012, pàg. 249 i seg.
- (6) Vegeu C. GUERRERO TREVIJANO, «La protección de la discrecionalidad empresarial en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», a *RDM*, núm. 298, Oct.-Dic. 2015, pàg. 147-180, amb crítiques al projectat art. 226 LSC, situant-lo correctament en l'àmbit del deure de diligència i no en el de lleialtat, i, en especial, J. ALFARO, a 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, pàg. 313 i seg.; A. RECALDE CASTELLS, «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores: la Business Judgment Rule», a S. Rojo i A. B. Campuzano (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2015, pàg. 629-663; A. RONCERO SÁNCHEZ, «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», a *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, t. II (20.º aniversario RdS), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pàg. 383 i seg.
- (7) L'Informe *Comunidades Autónomas* del Cercle d'Empresaris de Madrid destaca dades molt preocupants (*Levante-EMV*, 12 setembre 2016, pàg. 31). La indústria catalana i la valenciana han perdut 9 i 8 punts del PIB entre 1995 i 2015. Al País Valencià, ha caigut del 24,8% al 16,9%. El tèxtil ha perdut 794 empreses i la meitat dels llocs de treball des del començament de la crisi (*Levante-EMV*, 14 setembre 2016, pàg. 14), i l'agricultura, del 3,6% al 1,6%, mentre que els serveis (en especial, el turisme) han passat del 64,3% al 66,3%, un augment insignificant, si es té en compte l'agressió ecològica del turisme. Només cal observar el paradís perdut de Xàbia, en què, a més dels incendis, assistim a una massiva extinció de vida: esgotament i contaminació d'aqüífers (proliferació de xalets amb pous cecs), abandonament dels cultius (campes de fruiters i vinyes sense podar, plens de males herbes), desaparició d'espècies mil·lenàries (com formigues, grills, libèl·lules, cargols, ocells, cigales, peixos...), etc. Només la recuperació de la vocació industrial ens pot retornar la vida i la dignitat.
- (8) *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanc, 23a ed., València, 2012, 23a ed., pàg. 264. Remeto als meus treballs sobre aquest tema i en destaco, en especial, el caràcter de Dret Privat (a R. Uría, A. Menéndez i 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, pàg. 43-47, rebutjant la doctrina alemanya seguida pel Prof. José María Eizaguirre que «la normativa comptable ha de ser assignada al Dret Públic», i defensat, en canvi, la concepció anglosaxona d'un Dret Privat sorgit de la pràctica); el reconeixement d'unes fonts pròpies («En torno al concepto y fuentes del Derecho Contable», a *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pàg. 605-649), i el principi d'hegemonia del Dret Comptable (*Massgeblichkeitsprinzip* de la doctrina alemanya), recollit a l'art. 10-3 LIS («Aspectos jurídico-mercantiles de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades», a *Revista General de Derecho*, núm. 628-629, gen.-febr. 1997, pàg. 453-507).
- (9) F. VICENT CHULIÀ, «Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014», a *Estudios en homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pàg. 989-1007, i (molt ampliat, amb 42 p.) a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 36, En.-Abr. 2015, pàg. 25-67.
- (10) L. Á. SÁNCHEZ PACHÓN, «Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 2008», a *CCJC*, núm. 80, 2009, STS núm. 2113, pàg. 549-570, afirma que «el nostre ordenament no ignora i admet el que en la doctrina es coneix com a societats internes (art. 1669 CC i 239 i seg. CCom.)» (pàg. 12 ed. dig.); M. FERRÉ i F. LEÓN SANZ, «Las cuentas en participación y el concurso», a *Anuario D. Conc.*, núm. 15, 2008, pàg. 11, afirmen que «els comptes en participació tenen naturalesa societària en el Dret espanyol. Així es dedueix de l'art. 239 CCom.», citant a J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Ed. Girón Tena, Madrid, 1976, pàg. 77, i a FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, que afirma que «entre la soci-



etat civil interna i els comptes en participació no existeixen en si mateixos diferències conceptuais rellevants» (L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», a *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pàg. 272); J. L. COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de las cuentas en participación con cláusulas atípicas (STS de 10 novembre 1995, R. 1995/8116)», a RdS, núm. 7, 1996, pàg. 293 i seg., i, sobretot, C. PAZ ARES, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pàg. 1302 i seg. També el *Manual de Derecho Mercantil* dels Prof. M. BROSETA i F. MARTÍNEZ SANZ —redactat actualment pel segon, que ha incorporat el concepte ampli de societat (n'hi ha prou amb l'origen negocial i el fi comú), substituint l'opinió del Prof. Broseta—, consideren aplicable l'art. 1669 CC al contracte de comptes en participació i, amb aquest, «les disposicions relatives a la comunitat de béns», afegint que «això podria explicar pronunciaments com el contingut a la STS de 3 de maig de 1960, RJ 1711», sense fer-li la més mínima objecció, com la que al seu dia va fer, amb tota la raó, el Prof. Fernández Novoa (vegeu M. BROSETA i F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, 21a ed., Madrid, 2014, pàg. 336-343, esp. pàg. 339-340, malgrat que a la pàg. 341 recull la jurisprudència del Tribunal Suprem segons el qual, en el contracte de comptes en participació, «no es crea un patrimoni comú» —SSTS de 4 de desembre de 1992 (R. 10393) i de 5 de febrer de 1998 (R. 407)—, declarant que en tots dos casos sí que s'havia creat, és a dir que eren societats irregulars i no contractes de comptes en participació).

- (11) En aquest sentit, C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», a *RDM*, núm. 84, 1962, pàg. 429-447, un treball de Dret Mercantil troncal, «aliè a la propietat industrial», que, malgrat el seu format de comentari de sentència (STS de 3 de maig de 1960, RAJ 1960/1711, ponent: Francisco Bonet Ramón), per la seva magistral claredat i cura de les fonts, en especial, les alemanyes (Lastig, Koenigs, etc.), mereix ser recordat (vegeu J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «La herencia inmensa de Carlos Fernández-Novoa (1930-2015)», a *RDM*, núm. 299, gen.-mar. 2016, pàg. 15-30, esp. pàg. 22, nota 15). El Prof. FERNÁNDEZ NOVOA conclou: «Es cert que

els comptes en participació i la societat es distingeixen per la dada de la organització comuna (present en aquesta i absent en les altres), però no ho és menys que coincideixen en què, per un i altre contracte, les parts s'obliguen a promoure una finalitat comuna. Aquesta coincidència demostra que els comptes en participació són, igual que la societat, un contracte de col·laboració» (pàg. 446), i afegeix que si «en un terreny purament teòric tant val dir que els comptes en participació són una societat (entesa aquesta expressió en un sentit ampli), com afirmar que constitueixen un contracte de col·laboració o una forma associativa primària, la nostra preferència per aquesta segona tesi es basa tan sols en la dificultat de conciliar la concepció àmplia de la societat amb el que disposen els art. 1665 del CC i 116 del Codi de Comerç» (pàg. 446, nota 57). I, com veurem, en el perill que les parts no comprenguin bé les expectatives que els ofereix el contracte que han formalitzat, com observa l'autor més endavant i es comprova en els nombrosos (sens dubte, excessius) casos judicials.

- (12) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 156-159, admet que el contracte pugui ser multilateral. En l'anàlisi de la possible pluralitat de partícips, preveu que el gestor formalitzi contractes de comptes en participació separats amb diferents partícips, o que aquests s'uneixin en una societat que seria contrapart, o inclús formant una societat interna entre ells, i, en tercer lloc, «que el gestor i els partícips s'uneixin en un sol contracte de comptes en participació. Es tractaria d'un contracte plurilateral de comptes en participació», en què els partícips es podrien organitzar internament a través de regles d'actuació corporativa, de manera que «qualsevol modificació del contracte necessita el consentiment tant del gestor com de la resta de partícips, en particular, per a l'admissió d'un nou partípcip, com també per a la sortida d'un d'ells de la relació» (pàg. 158). Però, en els exemples de contracte plurilateral que posa (SAP Múrcia de 17 de juny de 2003, AC 2267, i SAP Alacant de 14 de maig de 2003, JUR 222874), existeixen dos contractes diferents: un de comptes en participació i un altre de societat, encara que projectats en un pacte previ.
- (13) T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, en *Studi in tema di contratti*, Ed. Giuffrè, Milà, 1952, pàg. 97 i seg., a qui segueix el Prof. BROSETA en la caracterització del contracte de societat com un verdader contracte, en què les parts posseeixen interessos

contraposats però també una comunitat de finalitats, és a dir que són inaplicables i s'ha de relativitzar gran part dels principis i remeis propis dels contractes sinal·lagmàtics; així, no existeix reciprocitat entre les diverses prestacions dels socis i no juga la *exceptio non adimpleti contractus* en cas d'incompliment per part d'algun dels socis de la seva obligació d'aportar (M. BROSETA i F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, 20a ed., Madrid, 2013, pàg. 298-299). Sembla clar que el contracte de comptes en participació és un contracte bilateral, commutatiu o sinal·lagmàtic, en què si una part no compleix, l'altra pot resoldre el contracte i exigir la reparació dels perjudicis soferts, basant-se en l'art. 1124 CC.

- (14) Vegeu A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 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», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015, pàg. 257-275 (ed. dig. Insignis, pàg. 1-11, esp. pàg. 5). Hem d'afegir que, després de publicar-se aquest comentari, la Llei 42/2015, de 5 d'octubre (BOE del 6), ha establert que el termini de prescripció de les accions personals que «no tinguin termini especial» és de cinc anys, en comptes de quinze, de manera que aquesta diferència hauria desaparegut (vegeu la seva disp. final 2a, que dóna nova redacció a l'art. 1964 CC, i la seva disp. trans. 5a, sobre l'aplicació del nou termini a les obligacions nascudes abans de l'entrada en vigor de la llei).
- (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», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015, pàg. 257-275 (ed. dig. Insignis, pàg. 1-11, esp. pàg. 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», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015, pàg. 257-275 (ed. dig. Insignis, pàg. 1-11, esp. pàg. 9-11).
- (18) FERNÁNDEZ NOVOA discrepa de la STS de 3 de maig de 1960 (R. 1711) quan aquesta declara que «tenint [el contracte de comptes en participació] naturalesa tan diferent de la societat, [...] és aventurat i perillós el criteri d'analogia entre totes dues institucions, per tant, s'han de suplir les deficiències del Codi de Comerç pels precep-



tes del Codi Civil sobre comunitat de béns, que és la situació jurídica més anàloga a la dels comptes», perquè (observa l'autor) la sentència «incorre en evident contradicció amb la seva pròpia tesi que els comptes estan desproveïts d'un fons comú», com a diferència essencial amb el contracte de societat. L'autor afegeix que «l'interpret haurà de suplir per via analògica les deficiències de la regulació legal dels comptes en participació. L'analogia s'ha de fundar primordialment en l'anàlisi dels conflictes d'interessos», i proposa, en especial, l'aplicació analògica de l'art. 150.2 CCom., que concedeix al soci comanditari la facultat de comprovar el balanç i la marxa de les operacions (millor dit, que el soci col·lectiu li ho comuniqui), un dret no reconegut en el Codi de Comerç espanyol al compteparticip i sí als art. 338 HGB i 2252 CC italià (C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», a *RDM*, núm. 84, 1962, pàg. 446-447 i nota 58).

- (19) A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 119-123.
- (20) Vegeu A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 35-51 (sobre l'evolució de la legislació comparada sobre aquesta figura). El contracte, d'aquesta manera, en la seva configuració pràctica i legal, ha perdut la naturalesa de «compagnia secreta» o «stille Gesellschaft», expressió encara vigent al HGB. Curiosament, la regulació alemanya (art. 231 HGB) i la italiana (art. 2549, 2553 i 2554 CC italià) permeten el pacte d'exclusió de les pèrdues del particip (pàg. 140-144, nota 129), i inclús la doctrina alemanya defensa que es pugui limitar la participació tant en els guanys com en les pèrdues del gestor, «en supòsits en què el particip sigui el soci capitalista i el gestor tingui una posició aproximada a un mandatari» (sic, nota 129).
- (21) L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Escritura de constitución de una sociedad de cuentas en participación», a *RdS*, núm. 10, 1998, pàg. 243-256. Això no vol dir que no existeixin precedents d'aquesta terminologia. Així, la trobem a F. HERNÁNDEZ BORONDO, *Derecho Mercantil*, Ed. Reus, Madrid, 1930, pàg. 433 i seg. (obra ajustada al Programa de 19 de juny de 1926 per a les oposicions a notaries determinades), tot i que nega la seva personalitat jurídica i l'existència d'un fons comú (pàg. 435).
- (22) L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Escritura de constitución de una sociedad de cu-

entas en participación», a *RdS*, núm. 10, 1998, pàg. 253. En el mateix sentit, FERRÉ i LEÓN SANZ admeten que «la finalitat associativa es pot difuminar en una doble direcció [...] accentuar la funció financera (per ex., amb la limitació en les pèrdues del compteparticip) o intensificar la funció decisòria del compteparticip en l'empresa, fins al punt d'arribar a assimilar-se al contracte de col·laboració (és a dir, de "gestió"), supòsits en què el poder de decisió es fa recaure en la persona que aporti el capital i el que assumeix la gestió diària ho fa com una mena de mandatari» («Las cuentas en participación y el concurso», a *Anuario D. Conc.*, núm. 15, 2008, pàg. 18).

- (23) En especial, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación. Un ensayo de caracterización dogmática y funcional», a *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Justino F. Duque*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pàg. 259-313; C. PAZ-ARES, que és qui considera aquest contracte com «l'únic tipus de "societat interna" que coneix el Dret Mercantil», a R. URÍA i A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Ed. Thomson Civitas, 2a ed., Madrid, 2006, pàg. 604-608, i afirma que és una societat perquè «n'hi ha prou amb el fet que l'associació tingui origen negocial, tots els socis contribueixin a la promoció de la finalitat comuna i aquesta es trobi establerta en benefici de tots ells».
- (24) F. LEÓN SANZ i A. NAVARRO FAURE, «Las cuentas en participación», a M. Yzquierdo Tolsada, J. M. Almuñi i 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., pàg. 13 de la versió digital.
- (26) NAVARRO FAURE, ob. cit. Anteriorment, FERRÉ i LEÓN SANZ ja havien reconegut que el règim fiscal dels comptes en participació en la tributació directa era el propi d'una inversió, que origina despeses deduïbles en la comptabilitat i la tributació del gestor (IRPF o IS), i no el d'una societat («Las cuentas en participación y el concurso», a *Anuario D. Conc.*, núm. 15, 2008, pàg. 35-36).
- (27) Com va fer el Prof. GARRIGUES (en el seu *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, vol. I, pàg. 183 i seg., i en el seu *Curso de Derecho Mercantil*) i han aconsellat altres tractadistes (C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», a *RDM*, núm. 84,

1962, pàg. 429 i seg.; I. BARBA DE VEGA, a A. Bercovitz (coord.), *Contratos mercantiles*, t. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pàg. 1505-1524, esp. pàg. 1517; F. VICENT CHULIÀ, *Compendio de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Vicent Chulià, València, 1982, pàg. 342-347, i ara a *Introducción al Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Tirant lo Blanc, 23a ed., València, 2012, pàg. 1616 i seg., mentre que el contracte de societat s'exposa al t. I, en «Derecho de Sociedades»). Especial interès tenen els treballs dedicats pel Prof. E. LANGLE al contracte de compte en participació, en què defensa igualment el seu caràcter bilateral diferent del contracte de societat: «En suma, aquest contracte no s'aproxima al de societat mercantil més que per la finalitat comuna de lucre que anima les parts» (sota l'epígraf «Instituciones afines y similares a la sociedad, que ostentan naturaleza diferente», a E. LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, pàg. 369-370). Igualment, en els seus treballs «Las cuentas en participación. Prevención contra sus peligros», a *RJL*, vol. X, Jul.-Ago. 1945, i «Problemas jurídicos de las asociaciones en participación», a *AAMN*, vol. II, 1950. En canvi, la posició de SÁNCHEZ CALERO i SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE incloent la matèria en el Dret de Societats (*Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 35a ed., Cizur Menor, 2013, pàg. 372-378) no ens sembla congruent amb el seu pensament. L'emplaçament sistemàtic de la matèria en el *Manual de Derecho Mercantil* dels Prof. M. BROSETA i F. MARTÍNEZ SANZ s'explica per la incorporació per part del segon del concepte ampli de societat (origen negocial i finalitat comuna), substituint l'opinió del Prof. Broseta (*Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, 21a ed., Madrid, 2014, pàg. 336-343, esp. pàg. 339-340, afirmant que «en realitat, probablement no es tracti de postures tan incompatibles entre si», fins al punt de considerar aplicable l'art. 1669 CC i, amb aquest, «les disposicions relatives a la comunitat de béns», afegint que «això podria explicar pronunciaments com el que conté la STS de 3 de maig de 1960, RJ 1711», sense fer-li a aquesta la més mínima objecció). És més plausible l'emplaçament donat al contracte pel Prof. A. MADRID PARRA, a G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, Ed. Ariel, 8a ed., Barcelona, 2003, cap. 31: «Uniones y agrupaciones de empresarios y cuentas en participación», pàg. 536-542, que el defineix de manera senzilla com «un con-



tracte de col·laboració pel qual una part aporta recursos a una altra que gestiona una empresa, sent compartits els resultats econòmics d'aquesta en els termes pactats» (pàg. 537), i adverteix que «no es podran traspasar els principis bàsics que inspiren la configuració legal del contracte en el Codi» (pàg. 539), i que «es tracta d'un contracte de base fiduciària en què el gestor ha de procurar no defraudar la confiança i les expectatives posades en el seu bon fer» (pàg. 540), mai millor dit.

Vegeu, en canvi, M. A. GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993; A. J. SERRA MALLOL, «El contrato de cuentas en participación», a *Estudios de Derecho Mercantil y del sistema financiero en homenaje a D. Juan Piquer Pascual*, Ed. Saetabis, València, 1984, pàg. 687 i seg.; 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, inclinat per la naturalesa societària.

- (28) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Aguirre, 6a ed., rev. per F. Sánchez Calero, Madrid, 1974, pàg. 55-64, esp. pàg. 56-57. A continuació, ressenya la reiterada doctrina en aquest sentit del Tribunal Suprem a les seves sentències de 8 d'abril de 1897, de 19 de desembre de 1946, de 20 de gener de 1865, de 3 de maig de 1960 i de 30 de setembre de 1960.
- (29) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Aguirre, 6a ed., rev. per F. Sánchez Calero, Madrid, 1974, pàg. 60-61.
- (30) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Aguirre, 6a ed., rev. per F. Sánchez Calero, Madrid, 1974, pàg. 63-64.
- (31) La legislació francesa és un bon exemple del caràcter artificiosos amb què es va voler caracteritzar els comptes en participació en el model societari (per a les legislacions francesa, belga i alemanya, vegeu A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 4-31), en el caràcter ocasional o momentani de les operacions i en el caràcter secret o ocult de la societat, que estableix encara expressament la Llei francesa de 24 de juny de 1921, juntament amb la possibilitat que existeixi un patrimoni comú entre gestor i partícip (pàg. 7 i 9-10).
- (32) L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación. Un ensayo de caracterización dogmática y funcional», a *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Justino F. Duque*, Ed. Universidad de Va-

lladolid, Valladolid, 1998, pàg. 268. En dir que actua «per compte comú» del gestor i del partícip, reafirma de nou la seva convicció que es tracta d'un contracte de societat, amb el seu corresponent «interès social» o «interès comú dels socis». Quan és més cert, segons la nostra opinió, que el gestor actua sempre per compte propi, al seu risc i ventura, i per obtenir benefici propi, el qual, no obstant això, en virtut d'un contracte bilateral d'inversió o finançament, haurà de compartir amb el partícip en la forma pactada.

- (33) Així, el Tribunal Suprem ha declarat que, encara que el partícip no sigui comerciant, el contracte serà de comptes en participació (i mercantil), si el gestor és comerciant —SSTS de 8 de juliol de 1894, de 22 de maig de 1987 (R. 3555), de 8 de juliol de 1987 (R. 5188) i de 24 de setembre de 1987 (R. 6193)—, i encara que el gestor no sigui comerciant, si el contracte es dedica a activitats mercantils —SSTS de 8 de juliol de 1894 i de 24 de setembre de 1987 (R. 6193). Però si no són comerciants cap dels dos, s'afirma que «hem de realitzar o bé una interpretació sistemàtica de l'article [239 CCom.] basant-nos en l'art. 3 CC o bé acudir a l'analogia» (A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 131). Creiem que el contracte sempre serà vàlid, sobre la base del principi d'autonomia de la voluntat (art. 1091, 1255 i altres CC), ja sigui aplicable o no el Codi de Comerç, i l'aplicació dels art. 239 a 243 es farà per resoldre els problemes que es plantegin, quan existeixi identitat de raó entre aquests i les normes generals que resultarien d'aplicació al contracte, però sense les solucions adequades per als problemes plantejats pel contracte, per virtut de l'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», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015, pàg. 257-275 (ed. dig. Insignis, pàg. 1-11, esp. pàg. 3), que es pronuncia contra el «plantejament anacrònic» que mantenen les SSAP Biscaia de 26 de gener de 2012 i Barcelona de 21 de setembre de 2012.
- (35) Vegeu A. MARTÍNEZ BALMASEDA, «La atipicidad y las cuentas en participación», a *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 44, gen.-juny 2015, en què comenta en especial la STS 253/2014, de 29 de maig (R. 3042), que examina l'abast del pacte de devolució de les aportacions entrega-

des per a promoció immobiliària en cas d'incompliment. El Tribunal Suprem declara que el pacte és vàlid i l'efecte que pugui tenir és convertir el contracte en un negoci atípic, i se li ha de donar compliment, en comptes de procedir a la liquidació de beneficis i pèrdues.

- (36) Vegeu el comentari crític de C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», a *RDM*, núm. 84, 1962, pàg. 429.
- (37) Remetem a la relació de SSTs i de SSAP publicada per A. MARTÍNEZ BALMASEDA, ob. cit., pàg. 278-279, que arriba fins al 2010.
- (38) Vegeu les observacions d'A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 117.
- (39) Citades per MARTÍNEZ BALMASEDA com a sentències que reconeixen «una figura contractual» (*Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 78).
- (40) Vegeu J. L. COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas (STS de 10 de noviembre de 1995)», a *RdS*, núm. 7, 1996, pàg. 293 i seg., el qual argumenta que, a més d'aplicar les normes dels art. 239 i seg. CCom., caldrà aplicar les normes de la comunitat de béns, tot i que ens sembla una contradicció.
- (41) Vegeu els comentaris d'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», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015, amb encertades observacions crítiques sobre la sentència (notes 15 i seg.), i d'A. MARTÍNEZ BALMASEDA, «La atipicidad y las cuentas en participación», a *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 44, gen.-juny 2015, en què es destaca l'atipicitat del pacte.
- (42) L'art. 705 BGB estableix que «pel contracte de societat, els socis s'obliguen mútuament a promoure la realització d'una finalitat comuna de la manera especificada en el contracte i, en particular, a efectuar les aportacions acordades» (vegeu J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Ed. Girón Tena, Madrid, 1976, pàg. 27, i A. MARTÍNEZ BALMASEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 24, en què s'observa que els comptes en participació encaixen perfectament en aquesta definició). Encara és més clara la definició de *societat simple* o *einfache Gesellschaft* a l'art.



530.1 CO suís com a «l'acord voluntari de dues o més persones per a l'obtenció d'un fi comú i promogut en comú» (A. MARTÍNEZ BALMAEDA, *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», a CCJC, núm. 80, 2009, pàg. 549-570, afirma que «la sentència que comentem té l'interès d'oferir-nos una aposta clara pel caràcter associatiu de la figura [...], en el nostre cas, el TS es va situar al costat d'aquest corrent doctrinal que propugna el caràcter societari o associatiu dels comptes en participació. Acceptant que es tracta d'una fórmula associativa...» (pàg. 9 i 12), i transcriu (però sense cometes) la frase de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA que «entre la societat civil interna (art. 1669 CC) i els comptes en participació no existeixen en si mateixos diferències conceptuals rellevants, totes dues es caracteritzen amb idèntics elements individualitzadors, i es diferencien únicament pel model d'operació regulat i la seva esfera funcional» (pàg. 13). Segons la nostra opinió, això no és així, perquè l'art. 1669 CC remet al règim de la societat, aplicant les normes de la liquidació de la comunitat de béns, que no existeix en els comptes en participació.
- (44) F. LEÓN SANZ i A. NAVARRO FAURE, «Las cuentas en participación», a M. Yzquierdo Tolsada, J. M. Almudí i 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, pàg. 5 i 7.
- (45) F. VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, Ed. Bosch, 2a ed., Barcelona, 1991, p. 869. Per la seva banda, M. A. GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pàg. 116, per distingir-les, juntament amb altres diferències, del préstec participatiu, argumenta que l'art. 926 CCom. donava al comptepartípic un rang inferior al dels creditors ordinaris, tot i que no explica per què.
- (46) M. FERRÉ i F. LEÓN SANZ, «Las cuentas en participación y el concurso», a *Anuario D. Conc.*, núm. 15, 2008, partint de la convicció que el contracte de comptes en participació és un contracte de societat, lamenten que «la reforma concursal no s'ha ocupat dels comptes en participació i no ha tractat els problemes específics que se susciten en cas de concurs [...]». La qüestió de la naturalesa associativa dels comptes en

participació adquireix, després de la reforma concursal, una particular transcendència, derivada de les deficiències que presenta aquesta regulació» (pàg. 3). Així, la declaració de concurs del soci gestor hauria de ser causa d'extinció dels comptes en participació, com succeeix amb la societat civil (art. 1700 CC). En canvi, diuen que «si se seguís el criteri jurisprudencial que [...] té el caràcter d'una relació jurídica bilateral de canvi amb una finalitat financera, el contracte continuaria vigent després de la declaració del concurs, mentre no es procedeixi a l'obertura de la fase de liquidació». Naturalment, això és el que passarà. Hi afegeixen el risc que, abans de la declaració del concurs del gestor, hagi realitzat actes favorables al partípic, atesa la informació que aquest posseeix, amb possible implicació inclús en la insolvència d'aquest. Però no sembla que estigués justificat un tractament concursal especial.

- (47) Continua sent innecessari que la Llei Concursal contingui un «pronunciament exprés sobre si la insolvència del gestor constitueix una causa d'extinció dels comptes en participació» (com pretén A. MARTÍNEZ BALMAEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Ed. Comares, Granada, 2011, pàg. 67). N'hi ha prou amb aplicar l'art. 61.2 LC, que estableix el règim de vigència dels contractes amb obligacions recíproques, però amb facultat de l'administració concursal o del concursat de sol·licitar la resolució, si es considera convenient a l'interès del concurs (apartat modificat per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre).
- (48) Hem expressat sempre la convicció que el règim de les quotes participatives era aplicació del contracte de comptes en participació, en especial, a partir del dictamen que vam redactar en aquest sentit per encàrrec de la Caixa de Pensions de Barcelona ("la Caixa"), que va ser un dels documents que es van haver de tenir en compte per a la redacció de la disp. add. 12a de la Llei 26/1988. Un dels punts que més preocupaven a les caixes d'estalvis era que els titulars de les quotes (els «comptepartípics») no poguessin tenir dret a interferir en la gestió, sota cap circumstància.
- (49) Sobre aquesta matèria, remetem a F. VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, 23a ed., València, 2012, pàg. 1616-1624, esp. pàg. 1619-1624.
- (50) Vegeu F. VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, 23a ed., València, 2012, pàg. 1995-2000.

- (51) Existeixen innombrables contestacions en aquest sentit emeses al llarg dels anys, amb caràcter vinculant o no, per la Direcció General de Tributs. Valgui com a mostra la contestació vinculant de data 16 d'octubre de 2007, núm. V2195-07, o la més recent de 5 de juliol de 2013, núm. V2210-13.
- (52) Vegeu, per exemple, la Sentència de la Secc. 2a de la Sala Contenciosa-Administrativa de l'Audiència Nacional de 4 de desembre de 2007.
- (53) L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación. Un ensayo de caracterización dogmática y funcional», a *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Justino F. Duque*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pàg. 313, recorda que la LIS 61/1978 va qualificar com a partida no deduïble en la societat gestora dels comptes en participació les assignacions pagades al comptepartípic i, com a conseqüència, es produïa una doble imposició del benefici: en la societat gestora, en la seva integritat, i en el partípic, en la part assignada a ell. Per resoldre aquest problema, l'art. 174 del Reglament de l'Impost va establir que, als efectes de la deducció per doble imposició, tindria la consideració de dividends (entre altres) la participació en beneficis dels partípics en compte. La Llei 14/1985, de règim fiscal de determinats actius financers, va introduir un canvi radical en qualificar la contraprestació rebuda pel comptepartípic com un rendiment satisfet pel gestor per la utilització de capital aliè, per tant, com una despesa deduïble per al gestor, i s'eliminava així la doble imposició anterior. Després d'alguns canvis legislatius, aquesta és la situació legal vigent.
- (54) Sembla que la història del contracte torna al principi. Segons G. LASTIG, el contracte de comptes en participació va rebre per primer cop en els Estatus de Bolonya de 1583 la denominació de *compagnia secreta* perquè el *particeps* figurava inscrit en els llibres comptables del comerciant com a creditor d'un deute (certament, contingent), i no com a verdader soci («Die Stille Gesellschaft», a W. ENDEMANN, *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrecht*, t. I, Ed. Fues, Leipzig, 1881, pàg. 720-722, citat per M. A. GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pàg. 87-88, notes 3 i 4). O potser perquè era necessari comptablement, en defensa de l'interès públic protegit per la comptabilitat, reconèixer-lo com a creditor i no com a soci.

Un cas d'alou el segle XXI⁽¹⁾

Carmen Tort-Martorell

Universitat Autònoma de Barcelona

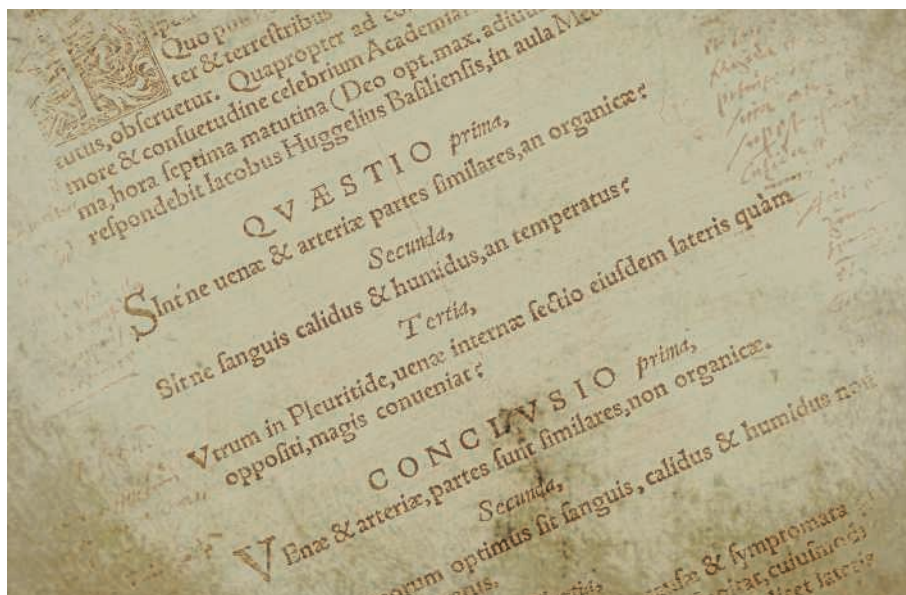
SUMARI

- I. EL CAS
- II. L'ALOU
- III. LA SENTÈNCIA
- III. EL SEGLE XXI

I. EL CAS

«Una família mallorquina guanya el judici a una Marquesa que els volia cobrar un impost del segle XIII. L'alou és un gravamen del Dret romà que es va implantar a Mallorca».

Així titula la notícia un diari digital el darrer 28 de novembre de 2013, donant compte d'una Sentència del Jutjat núm. 9 de Palma de Mallorca del 18 d'octubre sobre aquest tipus especial d'emfiteusi, o de cens emfitèutic, que a Mallorca es coneix amb el nom d'*alou*. Però no és l'únic mitjà que la recull, ja que, amb lleugeres variants però amb un to similar, apareix en la majoria de la premsa local mallorquina, en diaris d'àmbit estatal i en multitud de diaris digitals⁽²⁾. La notícia té tots els ingredients necessaris per permetre un enfocament fàcil i demagògic; mitjançant aquest breu comentari, pretenc fer una anàlisi més



reposada d'una sentència que reflecteix la tradició secular de l'alou, un tema que no és menor a Mallorca.

El cas és el següent: Xus Sastre i Beatriz són un jove matrimoni amb dos fills petits que viu a Palma de Mallorca (Espanya). Tots dos surten somrients a la fotografia que acompanya la notícia. Ell és productor musical a l'atur; ella, Secretària en un hospital. La viuda de Manuel, el pare de Xus (era la seva segona esposa), és usufructuària

d'una casa que pertanyia en nua propietat als dos fills del seu marit, Xus i el seu germà Segismundo. La casa l'havia construït Manuel el 1964 sobre uns terrenys a Es Pil·larí, a la platja de Palma, que havia adquirit a Jerónimo el 1942. Fa tres anys, Beatriz va decidir comprar la meitat indivisa corresponent al seu cunyat, per la qual va pagar 90.000 euros, més uns 12.000 euros en diferents impostos, tal com puntualitza la mateixa interessada. La compravenda es



FITXA TÈCNICA

Resum: La pretensió d'aquest treball és comentar el contingut de la Sentència del Jutjat núm. 9 de Palma de Mallorca del 18 d'octubre de 2013, que en el seu moment va tenir la seva polèmica a través de diferents diaris digitals. L'autora aprofundeix en un tipus especial d'emfiteusi o de cens emfiteutic que a Mallorca es coneix amb el nom d'*alou*.

Paraules clau: Drets reals, emfiteusi, *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*.

va formalitzar el maig de 2010 i Beatriz explica: «*El Notari, quan vam comprar la casa, ens va avisar que existia l'alou, però ens va dir que no es cobrava, que no ens preocupéssim perquè ningú ens el reclamaria*». La sorpresa va sorgir quan, dos anys més tard, van rebre una carta del bufet d'advocats en què s'exigia el pagament d'un lluïsm de **1.800 euros a nom de la seva clienta, la Marquesa de Campo Franco**⁽³⁾. Efectivament, l'escriptura de l'immoble a favor dels pares de Xus ja expressava que estava gravat per *alou* a favor de l'oncle de l'actual Marquesa, un gravamen que constava també al Registre de la Propietat.

Mitjançant aquest breu comentari, s'analitza el contingut d'una sentència que reflecteix la tradició secular de l'alou, un tema que no és menor a Mallorca

L'explicació del cas que proporcionen els diaris esmentats és bona mostra de l'enfocament que es vol donar a la notícia: s'explica en grans titulars que a aquests joves se'ls exigeix el pagament d'un *impost* feudal del segle XIII encara vigent a les Balears, que procedeix del Dret romà i que permet que els descendents de l'antiga noblesa, conquistadors de l'illa, puguin seguir reclamant el 2% de cada operació de compravenda que es faci d'aquelles terres que temps enrere eren seves. No és una explicació jurídicament molt ajustada, però aconsegueix presentar els joves protagonistes com a víctimes de la Història, dels poderosos i dels nobles.

Beatriz es va negar a pagar el lluïsm i la Marquesa li va reclamar judicialment,

actuant com a demandant una empresa familiar. Beatriz va decidir defensar-se sense assistència de Lletrat, ja que la quantitat reclamada, inferior a 2.000 euros, ho permetia. Tots dos cònjuges van estudiar i es van documentar per preparar el judici, que es va celebrar el 30 de setembre de 2013. Eren David contra el gegant Goliat, però va guanyar David, és a dir Beatriz. La Sentència del Jutjat núm. 9 de Palma de Mallorca del 18 d'octubre desestima la demanda, amb imposició de costes a l'actora, fent-li saber que no és possible recurs contra aquesta. La Marquesa, diuen els diaris, no ha volgut fer declaracions.

Final felix, doncs, en què aparentment triomfen els arguments de Beatriz: «*No enteníem com una Marquesa ens demanava diners per una casa que sempre havia estat de la nostra família*». Però la sentència no entra en el fons de l'assumpte, sinó que únicament estima l'excepció de prescripció del lluïsm, i es manté la inscripció registral de l'alou.

La sentència no entra en el fons de l'assumpte, sinó que únicament estima l'excepció de prescripció de lluïsm, i es manté la inscripció registral de l'alou

Beatriz i el seu marit tampoc no han capitulat: l'endemà, van presentar al Parlament balear 12.000 signatures a favor de l'abolició de la institució de l'alou; les van recollir en un temps rècord, a través de la plataforma *Change.org*. Novament, les fotos als mitjans de comunicació mostren el matrimoni somrient, carregats amb dues grans capses que contenen les dades de

tots aquells que els donen suport; reclamen que «*canvii la llei*», en entendre que «*aplicar normes del segle XIII significa que la nostra democràcia no ha estat capaç d'eradicar el feudalisme*». I és que, en paraules de Beatriz: «*Ens vam assabentar que la Marquesa havia inscrit el seu dret d'alou després del 2010*⁽⁴⁾ no només de la nostra propietat, sinó de moltes més que poden arribar a les 1.000».

L'alou no és un tema menor a Mallorca. Ha estat present en tots els conflictes que històricament han enfrontat els pagesos de l'illa amb els representants de l'aristocràcia local. I això fins a dates no tan llunyanes, ja que l'últim enfrontament violent per aquesta qüestió va tenir lloc al poble de Felanitx el 1958, en què «*no mancà gaire perquè la sang baixàs novament al carrer*»⁽⁵⁾. No, no és una notícia sense importància, la que recullen els diaris, sinó una nova mostra d'aquest enfrontament secular. La transformació social de l'illa i el fort desenvolupament econòmic vinculat a la construcció i al turisme han desplaçat l'àmbit dels afectats, que ja no són només els pagesos, sinó també, i principalment, una gran quantitat de petits propietaris com Xus i Beatriz i grans empresaris turístics que han construït tots sobre terres alodials.

II. L'ALOU

La conquesta de Mallorca per part del Rei Jaume I⁽⁶⁾ el 31 de desembre de 1229 comporta la implantació del Dret català. El Rei reconeix formalment l'aplicació i la vigència del Dret català a les illes conquerides, però també és important el fet que la majoria dels expedicionaris que el van acompanyar eren catalans, i entre aquests va repartir prèviament les terres en el Contracte de Conquesta, datat a Barcelona el 10 de gener de 1228⁽⁷⁾. L'emfiteusi s'adopta aleshores com un sistema d'explotació de les terres conquerides, però la institució romana ha passat ja un llarg període de transformació per influència de les estructures socials medievals. A Catalunya, l'emfiteusi es referia a la concessió de terres en arrendament perpetu i hereditari vinculades a una relació de senyoriu, però el segle XIII el feu ha perdut ja vigència i les terres s'adjudiquen als expedicionaris en plena propietat. Els primers contractes emfiteutics que es formalitzen a Mallorca arran de la conquesta s'estableixen sobre terres «alodials», és a dir, lliures, la qual cosa explica que el cens emfiteutic s'anomeni a Mallorca *cens alodial* o, simplement, *alou*⁽⁸⁾.



Aquest origen i el seu desenvolupament posterior i autònom a Mallorca justifiquen les peculiaritats de l'alou mallorquí, més proper al Dret romà que al modern Dret català i al Codi Civil espanyol. No és lloc per exposar una evolució històrica rica i complexa, però sí que cal explicar de manera succinta les característiques actuals de l'alou, ja que d'altra manera no es pot entendre el problema que comentem en aquest treball.

Els censos, l'alou i els altres drets de naturalesa anàloga estan recollits als art. 55 a 63 de la Compilació del Dret Civil de les Illes Balears⁽⁹⁾, sota l'epígraf «Dels drets reals». El Codi Civil de Catalunya regula els censos al Llibre V, dedicat als «Drets reals»⁽¹⁰⁾, a l'art. 565-1 a 33. I els censos estan recollits al Codi Civil espanyol als art. 1604 a 1660, en seu d'«Obligacions i contractes» (Llibre IV). La primera gran diferència és, doncs, de caràcter sistemàtic: el Dret mallorquí i el Dret català consideren que els censos són un dret real, per tant, es troben més propers al Dret romà; per al Codi Civil espanyol, els censos són una obligació.

Però la diferència essencial és una altra i es tracta d'una característica única del Dret mallorquí, tant davant del Dret català com davant del Codi Civil espanyol, i que l'apropa considerablement a la concepció romana de l'*emfiteusi*. En el Dret de Mallorca, el censalista, titular del domini directe, és el propietari i posseïdor civil de l'immoble, amb la qual cosa l'alou és un dret en cosa pròpia. El censatari o emfiteuta té el domini útil, que és jurídicament un *ius in re aliena*; està obligat al pagament del lliuisme i deté simplement la possessió natural.

Després de certes vacil·lacions i no poques discussions⁽¹¹⁾, l'alou es configura actualment com una institució propera però diferent al cens. Així s'interpreten la declaració inicial de l'art. 55 de la Compilació Balear, que distingeix entre «els censos, l'alou i els altres drets de naturalesa anàloga»; la distinció també de l'art. 58, o la puntualització de l'art. 60 del mateix cos legal, que en el primer paràgraf tracta de la prescripció dels censos i inicia el segon indicant que «l'alou també s'extingeix per prescripció de cinc anys».

Una característica de l'alou és que l'alodiari no deu una prestació anual, sinó



que només ha de pagar el lliuisme cada cop que la finca és objecte d'una transmissió onerosa (no es deu, per tant, en les transmissions *mortis causa*). El lliuisme es pacta en el moment de constitució de l'alou, però, si no s'ha fet, l'art. 63 de la Compilació Balear estableix una quota legal del 2% del valor de la finca⁽¹²⁾. El lliuisme no va tenir significació econòmica fins a les grans inversions generades pel turisme la segona meitat del segle XX, que van dinamitzar el mercat del sòl i van encarir de manera exponencial unes terres que amb prou feines valien res uns anys abans. La importància de l'alou va canviar al mateix ritme: de ser un gravamen residual en terrenys rústics de poc valor a adquirir una importància econòmica substancial, i de ser un dret gairebé oblidat pels mateixos senyors alodials a manifestar un actiu interès en la seva identificació i en el seu cobrament.

Una característica de l'alou és que l'alodiari no deu una prestació anual, sinó que només ha de pagar el lliuisme cada cop que la finca és objecte de transmissió onerosa. No es deu, per tant, en les transmissions *mortis causa*

Paral·lelament a aquest auge extraordinari del trànsit jurídic immobiliari, es va fer urgent regular la redempció de l'alou⁽¹³⁾. En aquest punt, el lliuisme és fo-

namental, ja que és la quantitat que es pren en consideració per calcular l'import que ha de pagar el senyor útil si vol redimir l'alou⁽¹⁴⁾. Per al senyor directe, la redempció de l'alou implica una veritable expropiació; per al senyor útil, és una manera d'adquirir la propietat⁽¹⁵⁾.

III. LA SENTÈNCIA

La Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 9 de Palma de Mallorca de 18 d'octubre de 2013, dictada en actuacions de procediment verbal núm. 369/2013⁽¹⁶⁾, és excepcional. El qui demanda no és el gravat, per sol·licitar la redempció o la prescripció de l'alou, sinó que, en aquest cas, la demandant és la senyora directa de la finca, que reclama a Beatriz⁽¹⁷⁾ la suma de 1.800 euros a què ascendeix el lliuisme exigible com a conseqüència de l'adquisició onerosa, per part seva, de la meitat indivisa del seu cunyat. Els diaris identifiquen la demandant com la Marquesa de Campo Franco, però qui actua és una empresa familiar anomenada Roten Padura, SL⁽¹⁸⁾. Es tracta d'un judici verbal en què la demandada compareix per si mateixa i sense assistència lletrada, atesa la quantia del litigi.

La Jutgessa indica que la demandada formula una extensa contestació a la demanda, en la qual al·lega quatre qüestions:

1. Com a qüestions prèvies, considera que s'ha de plantejar qüestió d'inconstitucionalitat i qüestió prejudicial da-



vant del Tribunal de Justícia Europeu, en relació amb l'adequació a l'ordenament jurídic actual del dret d'alou.

2. Al·lega falta de legitimació activa de la demandant, en considerar dubtós que realment el domini directe pertanyés en origen al Marquès i, per tant, que el pogués transmetre⁽¹⁹⁾.
3. Seguidament, Beatriz oposa la prescripció «per haver transcorregut cinc anys des de l'entrada en vigor de la Compilació Balear».
4. Finalitza amb altres arguments que la sentència no especifica, entre els quals es troba el defectuós càlcul de l'import a pagar.

La sentència és breu, ja que la Jutgessa no entra en el fons de l'assumpte: no considera pertinents les qüestions prejudicials, desestima la falta de legitimació de la demandant i ni tan sols esmenta els arguments del punt 4. Estima l'excepció de prescripció, per tant, desestima la demanda interposada per Roten Padura, SL i absol Beatriz, imposa les costes a l'actora i li fa saber que no és possible recurs.

Vegem amb més deteniment els arguments adduïts per la demandada, tal com es recullen a la sentència, com també els de la Jutjadora.

1. La qüestió de la inconstitucionalitat

La qüestió d'inconstitucionalitat la sustenta la demandada en les opinions

de certs autors⁽²⁰⁾ que sostenen que l'alou és contrari a l'art. 33 de la Constitució Espanyola, quan diu: «1. Es reconeix el dret a la propietat privada i a l'herència. 2. La funció social d'aquests drets en delimitarà el contingut, d'acord amb les lleis. 3. Ningú podrà ser privat dels seus béns i drets si no és per causa justificada d'utilitat pública o d'interès social, mitjançant la corresponent indemnització i de conformitat amb allò que les lleis disposin». Hi ha juristes que defensen que l'alou no compleix la funció social a la qual es refereix el text de la norma fonamental, per la qual cosa es podria arribar a considerar inconstitucional. És un argument dèbil, que la Jutgessa no valora, per tant, considera que es dona el supòsit de fet de l'art. 163⁽²¹⁾ de la mateixa Constitució, que justificaria elevar consulta al Tribunal Constitucional.

La Jutjadora tampoc estima que la vigència dels alous atempti contra el principi de lliure circulació de béns que inspira el Dret comunitari, ja que és un fet notori que a Mallorca es produeixen multitud de transmissions de finques gravades amb alous i censos, sense que aquests gravàmens impedeixin les alienacions. A continuació, però, la Jutgessa fa un comentari que contradiu directament la seva argumentació; ho transcriu literalment: «Cal tenir en compte que en la pràctica totalitat dels casos es tracta de drets reals l'última inscripció dels quals data —a tot estirar— de mitjans del segle passat i que no han estat reclamats pels titulars del domini directe des de temps immemorials». No és aquest el cas que ens ocupa, per tant, és un argument extemporani i que es presta a inter-

pretacions contràries al mateix argument de la Jutgessa.

2. La falta de legitimació de l'actora

Quant a la falta de legitimació de l'actora, no consten a la sentència les raons que addueix la demandada per justificar la seva al·legació⁽²²⁾, però la Jutgessa addueix com a fet incontrovertit la constància registral de l'alou en qüestió a favor de la demandant, que la Marquesa havia adquirit al seu torn per via hereditària del seu anterior titular (i suposem que havia transmès posteriorment a la mercantil Roten Padura, SL). I aquí és la mateixa Jutgessa qui recorre a la Constitució, invocant-ne l'art. 9.3⁽²³⁾ i al·legant que seria contrari a la seguretat jurídica posar en dubte la titularitat actual de la demandant per fets relatius a negocis jurídics de segles enrere realitzats pels anteriors titulars del dret, sense que li sigui exigible a l'actora l'acreditació de totes i cada una de les transmissions hagudes de l'alou.

3. L'excepció de la prescripció

La Jutgessa valora l'excepció de la prescripció a partir de l'art. 60 de la Compilació Balear, que fa constar íntegrament i literalment a la sentència. Seguem el seu exemple:

Art. 60. Els censos s'extingeixen per prescripció de cinc anys, que es computaran des del pagament de la darrera pensió. La prescripció també afecta les pensions, que només podran reclamar-se respecte dels darrers tres anys.

L'alou també s'extingeix per prescripció de cinc anys, que es comptaran des de la inscripció en el Registre de la Propietat de la darrera transmissió onerosa del domini útil de la finca i, si aquesta hi manca, des que el senyor directe n'hagi tingut coneixement, sempre que durant aquest termini no s'hagi reclamat o pagat el lluïsmo o no s'hagi efectuat cap acte de reconeixement.

La possibilitat de prescripció de censos i alous és una novetat de la Compilació de 1990, ja que fins aleshores eren imprescriptibles. Sorgeix com a compromís entre aquells que pretenien directament la supressió de censos i alous i els que en defensaven el manteniment per raons històriques, econòmiques i polítiques⁽²⁴⁾.





I pretén afavorir l'extinció, gradualment, d'aquells que es trobin inactius.

La possibilitat de prescripció de censos i alous és una novetat de la Compilació de 1990, ja que aleshores eren imprescriptibles. Sorgeix com a compromís entre aquells que pretenien directament la supressió de censos i alous i els que en defensaven el manteniment per raons històriques, econòmiques i polítiques

El problema que es va plantejar amb l'entrada en vigor d'aquesta nova disposició va ser la seva aplicació als censos i alous constituïts anteriorment a aquesta, atès que s'invocava l'art. 2.3 del Codi Civil espanyol, que estableix la irretroactivitat de les lleis. Va resoldre el tema la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (STSJB) d'11 d'octubre de 2001, al·legada explícitament per la Jutgessa per justificar la seva decisió. Aquesta sentència considera que resulta possible declarar prescrits censos i alous anteriors a l'entrada en vigor de la nova Compilació d'acord amb la disposició transitòria 4a del Codi Civil⁽²⁵⁾, que s'aplica en matèria de dret intertemporal a falta de normes específiques. La Jutgessa transcriu a la seva sentència el següent paràgraf de la STSJB:

... i així com les accions i els drets nascuts i no exercitats abans de regir la nova llei subsisteixen amb l'extensió i en els termes en què els reconeixia la legislació precedent, en recta manifestació del principi d'irretroactivitat, l'exercici i la durada d'aquests es regulen, en canvi, per la llei nova, amb la qual cosa, en aquests punts, es dota la norma nova d'una eficàcia retroactiva en grau mínim o dèbil...

Admesa, doncs, per a l'extinció per prescripció de l'alou, el termini de cinc anys s'ha de comptar des que s'inscriuï en el Registre de la Propietat l'última transmissió del domini útil, sense perjudici que el termini es pugui interrompre per algun acte de reconeixement de la càrrega.

En el cas que ens ocupa, l'última transmissió del domini útil es va produir el 9 d'abril de 1942, mitjançant compravenda atorgada per Jerónimo a favor dels pares

de Xus, Manuel i Mari Trini; la sentència indica el número de registre de la finca, però no esmenta si en aquesta transmissió es va pagar el lluïsm, dada irrellevant per al còmput de la prescripció; des d'aleshores, la finca només s'ha transmès per via hereditària entre familiars, per tant, no corresponia el pagament de lluïsm. Sí que fa constar la Jutgessa que en l'escriptura pública de compravenda del 12 de maig de 2010, causant del plet, la finca consta gravada amb alou o domini directe a favor de Casiano i que actualment pertany a l'actora per acceptació de l'herència d'aquest.

És important remarcar que aquesta compravenda es va produir un mes abans de l'aprovació de la llei que obligava la re-inscripció dels alous: la Llei 3/2010, de 7 de juny, de constatació de censos i alous⁽²⁶⁾, que obliga els seus titulars amb drets inscrits en el Registre de la Propietat a reinscriure'ls i a comunicar a aquest organisme, en el termini de cinc anys, aquells que els pertanyin. És per això que el cas s'ha de valorar únicament a partir de l'art. 60 de la Compilació, tal com fa la Jutgessa.

La sentència estima la prescripció de l'alou, per tant, no és procedent el cobrament del lluïsm, sobre la base dels arguments següents:

- Des de l'entrada en vigor de la Compilació Balear de 1990, han transcorregut més de cinc anys.
- En aquest període, no ha existit cap acte de reconeixement de l'alou.
- L'última transmissió onerosa del domini útil de la finca es va produir el 9 d'abril de 1942.

Si admetem la doctrina de la STSJB d'11 d'octubre de 2001, com fa la Jutgessa en transcriure inclús el paràgraf indicat anteriorment, no cal adduir que han transcorregut més de cinc anys des de l'entrada en vigor de la Compilació Balear. N'hi ha prou amb el fet que l'última transmissió onerosa del domini útil de la finca fos el 1942 (de manera que, evidentment, han passat més de cinc anys) i que no hi hagi hagut cap acte de reconeixement de l'alou.

La Marquesa (o la mercantil titular de l'alou) no havia pogut reinscriure l'alou, ja que la compravenda que ha generat la reclamació del lluïsm es va fer el maig de 2010 i la llei que obliga a reinscriure'l per al seu reconeixement és de juny de 2010, un mes després. Certament, quan la sen-

tència indica que no hi ha hagut cap acte de reconeixement per part de l'actora, no es pot referir a l'aplicació d'una llei que encara no s'havia promulgat.

4. El càlcul incorrecte del lluïsm

La demandada al·lega que no s'ha fet correctament el càlcul del lluïsm exigint per l'actora. Respecte d'aquest, com d'altres arguments que esmenta la sentència sense concretar-los, la Jutgessa no fa cap comentari; ha estimat ja la prescripció i, per tant, no els considera pertinents. Però el càlcul del lluïsm no és un tema fàcil si no s'ha fixat de comú acord en el moment de constitució de l'alou. Està regulat a l'art. 63 de la Compilació Balear, amb referència a la redempció de l'alou, i és un aspecte que ha generat grans discussions⁽²⁷⁾. A falta d'acord, com ha de ser en aquest cas, es calcula aplicant el 2% del valor de la finca.

Però s'ha discutit tant sobre el tipus com sobre la base a la qual s'ha d'aplicar, que també és problemàtica: quin és el valor de la finca? La discussió generada per la regulació de la Compilació de 1961⁽²⁸⁾ es va resoldre amb l'aprovació de la Llei de Modificació de l'art. 63 de la Compilació de Dret Civil Especial de Balears d'11 d'abril de 1985, que en el seu únic article va deixar clar que en la valoració no s'havia de computar el valor de les edificacions i millores que el senyor útil pogués haver fet sobre la finca, norma acollida a l'art. 63 de l'actual Compilació de 1991. No sabem com havia calculat l'actora el lluïsm, però, en aquest cas, podia exigir el 2% del valor del terreny, però no el 2% del preu de la compravenda, en el qual també es comptabilitzava la casa (la nua propietat del 50%), construïda posteriorment a la constitució de l'alou.

La sentència acaba considerant que «s'ha d'estimar l'excepció de prescripció de l'alou, per tant, no és possible el cobrament del dret de lluïsm», i la decisió desestima la demanda de l'actora, amb expressa imposició de costes i fent-li saber que contra la resolució no és possible el recurs, de manera que ja és sentència ferma.

L'alou està prescrit, però Beatriz ha manifestat que no se n'ha cancel·lat la inscripció al Registre de la Propietat. Tot indica que la Marquesa va inscriure el seu dret d'alou sobre la finca immediatament després de l'aprovació de la Llei de Cons-



tatació de Censos i Alous (juny de 2010), promulgada un mes més tard de la compravenda de Beatriz del 50% de la nua propietat (maig de 2010), però abans de la sentència (octubre de 2013).

III. EL SEGLE XXI

La realitat social és canviant, però l'evolució de Mallorca durant el segle XX ha estat especialment ràpida i radical. A principis de segle, era una illa poc i mal comunicada amb l'exterior, amb una població autòctona dedicada a feines agrícoles; les terres vàlides per a aquest treball eren les de l'interior, que es reservaven per al fill gran, i als cabalers els deixaven «les roques» de la costa, sense cap valor. En aquest context, semblant en molts aspectes al de segles enrere, l'alou i els censos mantenien la seva funció. La transformació de l'illa es va iniciar als anys cinquanta, propiciada pel turisme: obertura al món, millora de les comunicacions i un canvi radical de l'economia, en què els propietaris de «les roques» van fer grans fortunes amb negocis immobiliaris i turístics.

El procés de recopilació del Dret Civil Especial de les Illes Balears⁽²⁹⁾ ha estat paral·lel a aquesta transformació social i econòmica de les illes. Arrenca el 1880, amb la *Memòria sobre les institucions de Dret Civil de Balears* de Ripoll i Palou, que dóna peu a la primera proposta de projecte d'Apèndix de 1903, seguida d'altres; el 1930, s'aprova el Projecte d'Apèndix al Codi Civil espanyol. Ja emmarcada en el pla de compilacions, el 1961 s'aprova la Compilació del Dret Civil Especial de les Illes Balears, substituïda pel vigent Text Refós de 1990.

S'ha adoptat una via intermèdia mitjançant la prescripció de l'art. 60 de la Compilació de 1990 i la nova Llei 3/2010, de constatació de censos i alous, que ha de dur a la seva extinció gradual i progressiva i a acceptar la incongruència d'aquesta institució amb l'economia i la societat actuals

L'alou ha estat present en tots i cada un dels projectes, apèndixs i compilacions, amb règims molt diferents i un abast

divers de la seva normativa reguladora. Les posicions s'han anat radicalitzant, a favor i, sobretot, en contra, al mateix ritme que el creixement econòmic. En contra, els que la consideren una institució medieval, difícilment justificable actualment i que només provoca problemes i retards en el trànsit jurídic. A favor, els que el defensen com un tret propi del Dret històric mallorquí i els que subratllen que ha possibilitat, fins a èpoques molt recents, que gent amb pocs recursos pogués disposar d'unes terres com si fossin seves, amb l'única càrrega d'entregar al senyor directe un petit marge del benefici de cada transmissió.

El legislador balear ha optat per una via intermèdia, mitjançant la prescripció de l'art. 60 de la Compilació de 1990 i la nova Llei 3/2010, de 7 de juny, de constatació de censos i alous, que ha de dur a la seva extinció gradual i progressiva i a acceptar implícitament la incongruència d'aquesta institució amb l'economia i la societat actuals.

(1) Aquest treball forma part del llibre *Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 2014, amb motiu de la seva jubilació com a *Regius Professor* de la Universitat d'Oxford. Reprodueixo tot seguit els seus comentaris, d'indubtable interès: «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 correspon al diari digital *20minutos.es* del dia 28 de novembre de 2013, mitjà pel qual vaig conèixer la notícia, però també es recull el mateix dia a *El Pais.com*, *ElMundo.es*, *ElConfidencial.com*, *ElEspectador.com*, *ElUniversal.mx*, *Mallorcaactual.com* y *UltimaHora.es*; l'endemà, apareix a *DiariodeMallorca.es*; el dia 20 s'havia publicat a *Noticias.com* i a *Actualidadraruna.com*, i el 22 havia aparegut a *Gentedigital.es*. La majoria reproduïx el mateix text amb poques variants i inclou fotografies del matrimoni, en aquest cas diferents a cada mitjà. Probablement la relació de diaris no sigui completa, però dóna una idea de la repercussió i l'interès que ha despertat el cas. Les frases entre cometes del text, atribuïdes a Beatriz, s'han extret de *20minutos.es*.
- (3) El Marquesat de Campo Franco va ser creat per Felip V el 27 d'agost de 1718; l'actual Marquesa ho és des del 26 de juny de 2012.
- (4) La Llei 3/2010, de 7 de juny, de constatació de censos i alous, obliga els titulars de censos i alous inscrits al Registre de la Propietat a comunicar a aquest organisme, en el termini de cinc anys, aquells que els pertanyin.
- (5) M.-À. MAS COLOM i A. PLANAS DE OLEZA, *L'alou i la seva reforma*, Ed. IEB, Palma de Mallorca, 1990, pàg. 25; cita sobre aquest punt l'estudi de J. MELIÀ, *El Dret Civil de les Illes*, Ed. Ciutat de Mallorca, Palma de Mallorca 1967.
- (6) Jaume I d'Aragó va néixer a Montpeller (França) el 1208, fill de Pere II el Catòlic, Rei d'Aragó i Comte de Barcelona, i de Maria de Montpeller. Va ser Rei d'Aragó i Comte de Barcelona (1213-1276), Senyor de Montpeller (1219-1276), Rei de Mallorca (1229-1276) i Rei de València (1239-1276).
- (7) Sobre la formació del Dret de Mallorca en matèria d'emfiteusi, vid. E. LALAGUNA, *La enfiteusis en el Derecho Civil de Baleares*, Ed. Universitat de Navarra, Pamplona, 1968, pàg. 47-71.
- (8) LALAGUNA, *op. cit.*, pàg. 42-44, on explica també l'etimologia de la paraula *alou*.
- (9) Decret Legislatiu 79/1990, de 6 de setembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Compilació de Dret Civil de les Illes Balears, que modifica la Compilació de Dret Civil Especial de les Illes Balears aprovada per la Llei 5/1961, de 19 d'abril.



- (10) Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre V del Codi Civil de Catalunya, relatiu als drets reals.
- (11) MAS COLOM i PLANAS DE OLEZA, *op. cit.*, pàg. 31-32, exposen allò essencial d'aquesta discussió. S'ha de tenir en compte que el principal autor contrari a considerar l'alou com una institució autònoma, LALAGUNA, estudia la Compilació Balear de 1961.
- T. MIR DE LA FUENTE, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2000, pàg. 1017, és taxatiu comentant l'art. 55 de l'actual Compilació Balear (1990): «Se distingue el alodio de los censos. De lo que se desprende que, para el legislador, censo enfitéutico o alodial y alodio son instituciones distintas».
- (12) El tipus fixat per Justinià i aplicat a les *Partides*; així es recull al Codi Civil espanyol, que figurava a la Compilació del Dret Civil Especial de Catalunya de 1961 i es manté a l'art. 565-17 de l'actual Codi Civil de Catalunya.
- (13) MIR DE LA FUENTE, *op. cit.*, pàg. 1101-1137: interessant i extens comentari a l'art. 63 de la Compilació Balear.
- (14) L'art. 63 estableix que el senyor útil pot redimir l'alou en qualsevol moment, i oferir al senyor directe el pagament d'un lluïisme i dos terços de lluïisme. En la seva estimació, no es computarà el valor de les millores introduïdes o edificacions realitzades posteriorment a la data del títol constitutiu. La Compilació Balear de 1961 considerava que sí que s'havien de computar les millores als efectes de fixar el valor de la finca, però la seva aplicació pràctica va generar tals conflictes després del fort increment de preus del mercat immobiliari, que va haver de promulgar-se la Llei de Modificació de l'art. 63 de la Compilació de Dret Civil Especial de les Illes Balears d'11 d'abril de 1985, amb un únic article que simplement introduïa el no abans de «es computarà el valor de les millores». Com expliquen MAS COLOM i PLANAS DE OLEZA, *op. cit.*, pàg. 50, «un simple no ha provocat més literatura jurídica que tots els drets reals mallorquins junts».
- (15) LALAGUNA, *op. cit.*, pàg. 105-106; MAS COLOM i PLANAS DE OLEZA, *op. cit.*, pàg. 49.
- (16) Id. Cendoj: 07040420092013100001.
- (17) A la sentència, a Beatriz se l'anomena «Sra. Eugenia»; desconeixem el seu nom complet (Eugenia Beatriz?), que no publiquen els diaris esmentats a la nota 1.
- (18) Recull els cognoms de la Marquesa i del seu antecessor en el títol, segons publica el BOE de 26 de juny de 2012: «Títol de

Marquès de Campo Franco. Vist allò que preveu el Reial Decret de 27 de maig de 1912, escoltada la Diputació de la Grandesa d'Espanya, de conformitat amb l'informe emès per la Subsecretaria d'aquest Departament i d'acord amb el Consell d'Estat, aquest Ministeri, en nom de S. M. el Rei, ha fet el favor de disposar que, un cop pagat l'impost corresponent, s'expedeixi, sense perjudici de tercer de millor dret, Reial Carta de Successió en el títol de Marquès de Campo Franco a favor de la senyora María Almudena de Padura i España, per defunció del senyor Juan Miguel Roten i Sureda».

- (19) Al diari digital 20minutos.es, Beatriz manifesta: «Tot es basava en una nota registral de 1905 que deia que es reservava el domini directe al Marquès, si resultava que li pertanyia. I si en el passat ja no li hagués pertanyut?».
- (20) MAS COLOM i PLANAS DE OLEZA, *op. cit.*, pàg. 69.
- (21) Art. 163 de la Constitució Espanyola: «Quan en algun procés, un òrgan judicial consideri que una norma amb rang de llei, aplicable al cas, de la validesa de la qual depengui el veredict, pugui ser contrària a la Constitució, plantejarà la qüestió davant el Tribunal Constitucional en els casos, en la forma i amb els efectes que la llei estableixi, que en cap cas seran suspensius».
- (22) Les publica un dels diaris digitals esmentats, però no les podem prendre en consideració en el comentari de la sentència.
- (23) Art. 9.3 de la Constitució Espanyola: «La Constitució garanteix el principi de legalitat, la jerarquia normativa, la publicitat de les normes, la irretroactivitat de les disposicions sancionadores no favorables o restrictives de drets individuals, la seguretat jurídica, la responsabilitat i la interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics».
- (24) MIR DE LA FUENTE, *op. cit.*, pàg. 1059-1084.
- (25) Disposició Transitòria 4a del Codi Civil espanyol: «Les accions i els drets nascuts i no exercitats abans de regir el Codi subsistiran amb l'extensió i en els termes que els reconegui la legislació precedent, però estaran subjectes, quant al seu exercici, durada i procediments per fer-los valer, al que disposa el Codi. Si l'exercici del dret o de l'acció es trobés pendent de procediments oficials iniciats sota la legislació anterior, i aquests fossin diferents dels establerts pel Codi, els interessats podran optar per uns o per altres».
- (26) «Article únic: 1. Tots els titulars de censos i alous inscrits al Registre de la Propietat, si guí quina sigui la seva classe, comunicaran

a aquest òrgan aquells que els pertanyin, en el termini de cinc anys computables des de l'entrada en vigor d'aquesta llei. 2. Aquesta comunicació es realitzarà mitjançant instància adreçada al Registre de la Propietat corresponent, subscrita pel titular, en què s'identifiquin aquests drets i les finques gravades amb els censos i alous esmentats, i en què se sol·liciti la realització de la nota marginal corresponent que n'expressi la vigència. En cas que el subscriptor de la instància no sigui el titular registral del cens o alou de què es tracti, haurà de presentar els corresponents títols acreditatius del seu dret d'inscripció del cens o alou. Per tal que el Registrador realitzi la nota marginal expressiva de la vigència de l'alou o cens, caldrà que la instància assenyalada en el paràgraf anterior vagi acompanyada dels documents o elements de prova que acreditin de manera fefaent que el promotor de la comunicació de vigència d'alou o cens ha posat en coneixement dels altres titulars inscrits sobre la finca gravada amb l'esmentat alou o cens la seva intenció de declarar-ne la vigència. 3. Un cop transcorregut el termini indicat de cinc anys sense que consti la vigència dels censos o alous en els termes expressats, quedaran extingits i es podran cancel·lar a instància del censatari o titular del domini útil, de conformitat amb la legislació hipotecària. 4. Tot el que es disposa en els apartats anteriors no impedeix l'aplicació de les regles que sobre la prescripció s'estableixen en la Compilació del Dret Civil de les Illes Balears».

- (27) Vid. nota 13.
- (28) LALAGUNA, *op. cit.*, pàg. 100-102, exposa el canvi de criteri en aquest punt entre el Projecte d'Apèndix de 1930 i el text final de la Compilació de 1961, a partir de la idea diferent sobre la naturalesa de l'alou que inspira un i altre text.
- (29) El procés compilatori dels diversos drets forals i especials d'Espanya ha tingut dues fases. La primera pretenia recollir-les com a apèndixs al Codi Civil espanyol, segons estableix la Llei de Bases d'11 de maig de 1888, però va fracassar per la resistència de les regions, que ho van veure com un descrèdit de la seva especialitat. La segona fase arrenca amb el Congrés de Dret Civil de Saragossa de 1946 i proposa un pla de compilacions especials per a cada territori. Una exposició detallada dels diferents projectes, a J. HERNÁNDEZ-CANUT, «La Compilación del Derecho Civil Especial de las Islas Baleares», a *Anuario de Derecho Civil*, vol. 14, núm. 3, 1961, pàg. 659-690.

La iniciativa legislativa popular per a la regulació de la gestació per subrogació a Espanya

Un estudi des de la funció del notari al contracte de gestació per substitució

Lorena Sales Pallarés

Doctora

Professora Titular de Dret Internacional Privat a la Universitat de Castella-la Manxa

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. COM HEM ARRIBAT A AIXÒ? LA SITUACIÓ A ESPANYA: DES DEL CAS O FINS A AHIR
- III. POSICIONS OPOSADES I ENFRONTADES
- IV. EL NOTARI COM A PEÇA CENTRAL DEL NOU PARADIGMA
- V. CONCLUSIONS

I. INTRODUCCIÓ

Les lleis neixen a cop de realitat (almenys, la majoria de les vegades). El Dret sorgeix de la necessitat de regular una situació social que o bé mai s'havia hagut de regular, o bé s'havia fet d'una manera molt diferent. Potser som en el moment just, tractant de crear un punt d'inflexió jurídic i obligar el legislador a dotar de transcendència jurídica una realitat social com és la maternitat gestacional subrogada o gestació de substitució⁽¹⁾.



Ser pares en aquest segle XXI mai ha estat més fàcil i més difícil (almenys, a Espanya). Incapaç d'adaptar-se a aquesta evolució que pocs van gosar imaginar i preveure en l'amplitud i la velocitat, l'actual Dret de Família s'ha fet il·legible, i la resposta del legislador espanyol ha estat diversa i dispersa, com ha assenyalat BLANCO-MORALES LIMONES⁽²⁾.

La maternitat ha suposat, legalment parlant, una peça angular del Dret de Família. Malgrat els avenços de la ciència en el camp de la reproducció humana assistida, com així ho demostra la Llei 14/2006, de tècniques de reproducció humana assistida (en endavant, LTRHA)⁽³⁾, un principi segueix immutable al nostre Dret: *mater*



semper certa est. Tot i que això comença a qüestionar-se cada cop des de més fronts.



FITXA TÈCNICA

Resum: Segons les agències de gestació subrogada que funcionen a Espanya, unes 1.800 parelles van optar durant l'any 2015 per l'opció de la gestació per subrogació per portar els seus fills al món. La legislació i la jurisprudència estan dividides sobre aquest tema. Mentre persisteix la prohibició en vista de la interpretació i extensió extraterritorial de l'art. 10 de la Llei sobre Tècniques de Reproducció Humana Assistida i la introducció de l'ordre públic internacional, la jurisprudència es va trobar l'any 2014 amb dues sentències del TEDH (*cas Mennesson c. France* i *cas Labassée c. France*) que van en sentit contrari. Davant d'aquesta situació, es va publicar una iniciativa legislativa popular per regular la gestació per subrogació a Espanya. En aquesta iniciativa es proposa regular aquesta figura contractual a Espanya garantint els drets de totes les parts intervinents en el procés, fent recaure aquesta funció en la figura del Notari. Aquest article té com a objecte, per tant, analitzar aquesta tutela notarial del contracte de gestació per subrogació. S'estudiarà si les funcions pròpies del Notari fan possible aquesta proposta o si caldria realitzar canvis, bé en la proposta de llei, bé en les funcions notariales.

Paraules clau: Tècniques de reproducció assistida, gestació per subrogació, funcions 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.

La figura del Notari apareix com a eix principal, en el sentit que la regulació de la maternitat, a través d'un contracte de gestació per substitució, es faria per via notarial, amb la qual cosa serà el Notari qui controli el procés i les garanties davant de totes les parts

I, dins d'aquest plantejament, la figura del Notari apareix com a eix principal, en el sentit que la regulació de la maternitat, a través d'un contracte de gestació per substitució, es faria per via notarial, amb la qual cosa serà el Notari qui controli el procés i les garanties davant de totes les parts. Amb independència de si finalment la iniciativa legislativa popular (en endavant, ILP) surt endavant, ens detindrem a analitzar, des de la funció que hauria de realitzar el Notari, aquest hipotètic contracte. En relació amb això, també plantejarem la qüestió de com cal protegir les parts d'aquest contracte, i, en aquest sentit, sembla evident que cal portar a terme una reforma legislativa perquè els drets de totes les parts implicades en un contracte de gestació per substitució quedin garantits, fonamentalment els del nen, el qual, sense ser-ne part, n'és el principal efecte⁽⁴⁾.

II. COM HEM ARRIBAT A AIXÒ? LA SITUACIÓ A ESPANYA: DES DEL CAS O FINS A AHIR

Abans d'entrar en la qüestió principal, és convenient, per entendre el motiu pel qual sorgeix aquesta ILP, conèixer la realitat a la qual fan front els qui han concebut els seus fills mitjançant la maternitat subrogada.

Malgrat el que es pugui pensar, almenys des d'un punt de vista jurídic, és il·lusori pensar que la vida familiar és avui menys institucional que en el passat⁽⁵⁾. Indiferent als avenços en drets i garanties, en biologia o reproducció humana assistida, la creació d'una família segueix passant pel que és o ha de ser per al legislador⁽⁶⁾. I això implica, fins i tot, seguir discutint la noció de *família* o qui pot formar-la i com⁽⁷⁾.

En aquest sentit, el que hem denominat *cas O*⁽⁸⁾ va suposar l'inici, en propiciar la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (en endavant, DGRN) de 18 de febrer de 2009⁽⁹⁾, en la qual es va estimar el recurs interposat per un matrimoni d'homes espanyol que va tenir els seus fills bessons a través de gestació per substitució a Califòrnia, davant la negativa de l'encarregat del Registre Civil consular espanyol a Los Angeles d'inscriure els nens al Registre Civil espanyol, per considerar que la gestació per substitució, mitjà pel qual s'intuïa que havien nascut, ja que a l'acta de naixement dels menors constaven els dos com a pares, sense aportar resolució d'adopció, contrariava l'ordre públic internacional espanyol, al·ludint a l'art. 10.1 LTRHA⁽¹⁰⁾.

Estimat, doncs, el recurs i inscrits els menors com a fills del matrimoni, el Ministeri Fiscal va impugnar aquesta Resolució, que va acabar essent anul·lada per la Sentència de 15 de setembre de 2010 del Jutjat de Primera Instància núm. 15 de València⁽¹¹⁾, i confirmada per l'Audiència Provincial de València el 23 de novembre

de 2011⁽¹²⁾. La DGRN publicava l'octubre de 2010⁽¹³⁾ una altra Instrucció intentant revertir la situació així creada. Recorreguda davant del Tribunal Suprem, aquest va confirmar la no inscripció dels menors el 6 de febrer de 2014⁽¹⁴⁾, resolució que van recórrer els pares, obtenint mitjançant Interlocutòria del Tribunal Suprem de 2 de febrer de 2015⁽¹⁵⁾ una nova negativa a inscriure la filiació derivada del conveni de gestació per substitució, de manera que, per formalitzar la relació jurídica de filiació, només podran recórrer a l'acció de reclamació de la paternitat biològica (ex art. 10.3 LTRHA) o a la institució de l'adopció⁽¹⁶⁾.

Ni tan sols la doctrina del TEDH⁽¹⁷⁾, tot i que el miratge gairebé va ser real, ha fet canviar això, ja que aquesta Interlocutòria sosté que la interpretació mantinguda durant el transcurs del *cas O* no vulnera drets fonamentals en el sentit que els ha interpretat el TEDH i, per tant, la STS protegeix adequadament l'interès dels menors i la unitat familiar en la qual puguin estar integrats.

No és moment ni lloc per entrar a valorar la Interlocutòria del Tribunal Suprem⁽¹⁸⁾, sinó per posar en evidència que,



amb aquest panorama, a Espanya és del tot impossible inscriure un menor nascut per contracte de gestació subrogada.

Per si aquest panorama no era prou descoratjador per si mateix, i com molt bé assenyala DURÁN AYAGO, el Consell de Ministres aprovava el juny de 2014 un Projecte de Reforma de la Llei 20/2011, del Registre Civil⁽¹⁹⁾, que posava les coses més difícils per a aquests casos. Retirada l'esmena⁽²⁰⁾ (tot i que a conseqüència, en gran part, de la interpretació que el Tribunal Suprem va fer de les sentències del TEDH), a la Llei 19/2015, de 13 de juliol, de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia i del Registre Civil, va desaparèixer qualsevol menció a la gestació per substitució⁽²¹⁾.

És difícil saber què passarà demà, vist l'embolic judicial del tema; fins i tot, és difícil saber avui mateix en quin punt es troba el debat⁽²²⁾, raó per la qual hem preferit escenificar aquest decorat que justifica la necessitat d'una ILP curant-nos en salut i presentar la cronologia des del cas 0 fins a «ahir».

III. POSICIONS OPOSADES I ENFRONTADES

És del tot innecessari reiterar els encesos debats que la maternitat subrogada ha generat. Tots podríem trobar punts en els quals sentir-nos identificats amb els partidaris i amb els detractors, tant en un debat jurídic com en un de bioètic o mèdic⁽²³⁾. Allunyant-nos de les postures més bel·ligerants d'ambdues posicions, podem arribar a una conclusió simple: la prohibició legal vigent a Espanya no ha fet que els espanyols que necessiten recórrer a aquesta tècnica de reproducció assistida⁽²⁴⁾ deixin de fer-ho⁽²⁵⁾, per la qual

cosa caldrà cercar una solució per als menors, fills d'espanyols, que es troben en aquests llimbs jurídics.

La solució passa per donar validesa a les inscripcions realitzades a l'estranger, si són d'un Estat on aquesta pràctica està regulada, i permetre'n l'entrada al Registre Civil espanyol, o per regular aquests contractes al nostre ordenament

Si la prohibició no és la resposta (i no ho és, atesos els fets exposats als apartats precedents), la solució passa simplement per donar validesa a les inscripcions realitzades a l'estranger, si són d'un Estat on aquesta pràctica està regulada⁽²⁶⁾, i, per tant, permetre l'entrada al Registre Civil espanyol a aquests menors sense reexaminar la determinació de la seva filiació, o per regular substantivament aquests contractes al nostre ordenament jurídic.

No és escabellat donar entrada a aquesta figura, ja que, en l'àmbit europeu, tant el Regne Unit⁽²⁷⁾ com Grècia⁽²⁸⁾ la tenen contemplada⁽²⁹⁾. Hem de reconèixer, no obstant això, que a França també hi va haver intensos debats sobre la possibilitat de legalitzar-la amb motiu de la reforma de les lleis sobre bioètica⁽³⁰⁾. Si bé en un primer moment es va emetre un informe positiu i es va proposar davant el Senat un reconeixement d'aquesta realitat⁽³¹⁾, després de dos anys d'intensos debats, el Projecte de Llei va ser objecte de discussió per l'Assemblea Nacional, i es va aprovar sense aixecar la prohibició de la gestació subrogada a França. Encara que la revisió de les lleis de bioètica és obliga-

tòria cada cinc anys, per tal d'adaptar el Dret a l'evolució de la ciència i de la societat, no es preveu cap canvi substancial sobre aquesta matèria.

En aquest context, no sembla escabellat plantejar una regulació de la matèria atès que, fins i tot en el pla internacional, la pròpia Conferència de la Haia porta des de l'any 2010 recaptant informació per a l'elaboració d'un text multilateral que abordi les qüestions de la filiació i la maternitat subrogada⁽³²⁾.

IV. EL NOTARI COM A PEÇA CENTRAL DEL NOU PARADIGMA

El febrer de 2013, l'Associació per la Gestació Subrogada a Espanya prenia la iniciativa i presentava una ILP per regular a Espanya la maternitat subrogada⁽³³⁾. No obstant això, no és aquest el primer cop que es proposa una llei reguladora del conveni de gestació per substitució⁽³⁴⁾, encara que sí que és el primer cop que la proposta transcendeix la doctrina per cercar des de la societat civil una resposta legal al llimb jurídic en què es mantenen els menors concebuts d'aquesta manera.

Apuntava VELA SÁNCHEZ que, a falta de regulació positiva, «la solució legislativa provisional seria la d'introduir una esmena al Projecte de Llei de Mesures de Reforma Administrativa en l'Àmbit de l'Administració de Justícia i del Registre Civil, en el sentit de recollir expressament el reconeixement de la filiació jurídica derivada de resolució judicial estrangera, respectant-se la identitat del menor i la dels pares que consten a la partida de naixement del país on va néixer»⁽³⁵⁾.

Podria haver estat, efectivament, la solució, encara que fos transitòria, però, amb la publicació de la Llei 19/2015, de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia i del Registre Civil⁽³⁶⁾, aquesta possibilitat queda tancada, ja que, encara que modifica alguns articles de la LTRHA⁽³⁷⁾ i del Codi Civil, no s'ha fet res per resoldre el problema del reconeixement de la filiació dels fills nascuts a l'estranger mitjançant maternitat subrogada, en mantenir l'art. 10 intacte i no introduir cap excepció en cap apartat⁽³⁸⁾.

Veient, per tant, retallada aquesta possibilitat, resta girar els ulls cap a les propostes que doctrina i ciutadania ens presenten. Tenim al davant, doncs, dos



textos que tractarem d'esgranyar seguint l'empremta de la figura notarial⁽³⁹⁾, tot i que, abans, reflexionarem breument sobre l'abast i el significat d'optar per la figura del Notari en aquest context.

Supeditar el control de la redacció i signatura d'un contracte a la figura del Notari no hauria de sorprendre ningú, ja que la funció notarial es fonamenta en la seguretat jurídica que proporciona, que és el seu fonament més ferm i directe⁽⁴⁰⁾. El Notari del segle XXI no és un simple redactor de documents, sinó que som al davant de professionals qualificats que, a més de garants de la seguretat jurídica, controlen la legalitat del que passa per les seves mans i informen els atorgants, sobretot la part contractual més dèbil, del contingut del contracte del qual es tracti. És a dir, en el contracte de maternitat subrogada, controlen els requisits legalment establerts, i protegeixen la part dèbil explicant de manera clara i raonada les conseqüències i els efectes de la signatura del contracte.

Ara bé, no som al davant de qualsevol contracte, ni per l'objecte, ni pels efectes que desplegarà respecte a les parts i els tercers. Encara més, una part fonamental del contracte ni tan sols n'és part, en el sentit que l'objecte del contracte, el menor gestat per la mare subrogada, no forma part del contracte, sinó que n'és només la conseqüència i l'efecte. Potser per això no hauria d'alertar-nos la no ingerència judicial, en el sentit de la no intervenció judicial en el procediment de signatura del contracte. Si bé és cert que, en el panorama jurídic al qual estem acostumats, la presència d'un Jutge (o un Fiscal) és inherent en la mesura que hi ha un menor en presència, no ho és menys que en aquesta tipologia contractual no hi ha cap menor. Per tant, optar per un sistema judicial a l'estil de la legislació californiana no és necessari, ja que el Notari pot exercir les funcions de garant dels drets de les parts.

Centrant-nos en el que ens ocupa, és a dir, en desenvolupar breument les funcions que portarien a terme els notaris al contracte de maternitat subrogada, la proposta doctrinal s'inicia amb el concepte de *conveni de gestació per substitució* (art. 1), on es determina que «és un negoci jurídic especial de Dret de Família, onerós o gratuït, formalitzat en document públic notarial [...]»⁽⁴¹⁾.

Aquest autor considera fonamental la intervenció del Notari no només com a fedatari de la seguretat jurídica i garantia de les parts, sinó que considera que la seva intervenció, encara que sigui furtivament, obeeix a les directrius que la Instrucció de 5 d'octubre de 2010 va marcar⁽⁴²⁾, i que, recordem, mantenen la vigència, malgrat els avatars jurisprudencials⁽⁴³⁾. És cert que en cap moment la Instrucció fa cap al·lusió a aquesta circumstància⁽⁴⁴⁾, en el sentit que no entra en la valoració formal del contracte formalitzat a l'estranger. No obstant això, i partint del fet que ens trobem davant d'un contracte d'especial transcendència jurídica per l'objecte i els interessos en joc, hauria d'exigir-se a Espanya l'escriptura pública notarial⁽⁴⁵⁾. Insisteix en aquest sentit l'art. 2, sota la rúbrica «Forma del conveni de gestació per substitució i obligacions del Notari intervinent»⁽⁴⁶⁾.

Optar per un sistema judicial a l'estil de la legislació californiana no és necessari, ja que les funcions de garant dels drets de les parts les realitzaria, òbviament, el Notari

Amb això, aconseguiríem un doble objectiu: d'una banda, alleujar el col·lapse judicial, en no exigir-se la intervenció judicial en l'elaboració i signatura del contracte, i, de l'altra, garantir per a totes les parts implicades les garanties degudes.

Al seu torn, la ILP contempla, a l'art. 1.2, lletra d)⁽⁴⁷⁾, en relació amb l'art. 6⁽⁴⁸⁾, la mateixa provisió, de manera que el contracte de gestació per subrogació s'atorgarà davant de Notari. La ILP aprofita per fixar els requisits legals del contracte⁽⁴⁹⁾, així com totes les circumstàncies a les quals ha d'atendre el Notari.

Poques diferències hi ha entre les dues propostes, ja que les dues coincideixen a apostar per la intervenció del Notari i perquè sigui ell qui, d'acord amb la legislació notarial vigent, constati totes les circumstàncies i requisits exigits a les parts, garantint-ho tot amb la seva intervenció com a fedatari públic. En relació amb això, la proposta doctrinal sí explicita⁽⁵⁰⁾ l'obligatorietat de donar fe pública de l'acceptació lliure i conscient de la dona gestant al contracte gestacional celebrat, juntament amb l'obligació de requerir (i

entenem que verificar) l'aportació dels certificats mèdics legalment exigibles.

En aquest punt sí que hi ha una notable diferència, en el sentit que, mentre la proposta doctrinal exigeix al Notari intervinent la constància d'una certificació mèdica que confirmi la impossibilitat de gestació per la comitent⁽⁵¹⁾, la ILP⁽⁵²⁾ es mostra més laxa i només exigeix que s'hagin esgotat o que siguin incompatibles amb altres tècniques de reproducció humana assistida.

Matisos al marge, la dificultat per al Notari serà la mateixa, ja que, en tot cas, la comprovació que es compleix amb el pressupòsit contractual primordial d'infecunditat resta en mans de tercers (especialistes independents), amb poques possibilitats per part seva de fer una mera comprovació documental. Potser, i enllaçant amb les obligacions dels centres de reproducció assistida⁽⁵³⁾, tot i que pensant en la determinació i l'abast legal del material genètic aportat pels comitents, podria exigir-se als centres (homologats potser?) que portin a terme contractes de maternitat subrogada que també haguesin d'expedir els corresponents certificats mèdics aclaridors de la infecunditat de la comitent.

En aquest punt, la ILP preveu la creació d'un Registre de Gestació per subrogació d'àmbit nacional⁽⁵⁴⁾, de manera que, adscrit al Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat, permetés⁽⁵⁵⁾ el registre administratiu de les dones que vulguin ser gestants per subrogació. També s'encarregaria, en una secció específica, de registrar els contractes de gestació per subrogació que s'atorguessin.

La idea seria oferir la possibilitat als progenitors subrogants de poder dirigir-se al Registre perquè els facilités la identitat d'una persona idònia que vulgui ser dona gestant per subrogació, prèvia autorització expressa d'aquesta

La idea seria oferir la possibilitat als progenitors subrogants de poder dirigir-se al Registre perquè els facilités la identitat d'una persona idònia que vulgui ser dona gestant per subrogació, prèvia autorització expressa d'aquesta.



Aquest plantejament requeriria un Reglament que desenvolupés els requisits per a la inscripció en aquest Registre de les dones que volguessin ser gestants per subrogació, així com l'òrgan públic encarregat de supervisar-ne el compliment estricte.

A més, aquest Registre hauria d'estar sempre en connexió amb el Notariat⁽⁵⁶⁾, ja que a aquest cos correspon, com ja s'ha indicat anteriorment, la intervenció en la celebració del conveni gestacional i la comprovació rigorosa dels pressupòsits legalment fixats.

V. CONCLUSIONS

Poques conclusions resten per desenvolupar, ja que, des de l'inici, tot impel·leix cap a la necessitat de legislar, d'acomodar un marc normatiu a una realitat que esquitxa ja no a famosos cantants o estrelles de cinema, sinó a individus anònims i particulars que intenten fer tangible el dret a formar una família. És important, abans de començar aquest debat, girar la vista enrere, reflexionar tenint en compte que tots estem potencialment sotmesos a les mancances i contradiccions d'una regulació de la família que, malgrat haver repudi- at enèrgicament l'atziaga època de l'estigma a les mares solteres i els bastards, té al davant la ingent tasca d'instituir un dret de la filiació alhora comú i pluralista⁽⁵⁷⁾.

Vull acabar recordant que els qui impulsen la ILP ho fan per un únic motiu: perquè anhelin ser pares o mares. Qual-

sevol esforç que dediquem cadascú de nosaltres, des de les nostres modestes posicions, per contribuir a una reflexió renovada sobre les relacions entre les ciències i el Dret, no hauria de ser desatès.

La figura del Notari és una pedra angular en qualsevol de les dues propostes que hem comentat. S'erigeix en garant i defensor dels drets a debat, alhora que permet una flexibilitat i proximitat que no es fa palesa a la Judicatura. Queden, en qualsevol cas, moltes qüestions sobre les quals reflexionar en relació amb aquests contractes, dels quals esperem poder seguir parlant.

- (1) Com posa de manifest B. SOUTO GALVÁN, «Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho», a *Foro*, núm. 1/2005, pàgs. 275-292, ni tan sols existeix un consens sobre la denominació d'aquesta pràctica, i tot i que la majoria de la doctrina ha optat pel terme *maternitat subrogada*, és més correcta la de *gestació de substitució*, ja que és la que s'adequa més a la realitat que comprèn. Malgrat estar d'acord amb l'autora, en el nostre treball utilitzarem predominantment el terme *maternitat subrogada* per ser el d'ús més habitual.
- (2) P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto», a *Bitácora Millennium DIPr. Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2015, pàgs. 1-16, en concret, pàg. 4, accessible a: <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>.
- (3) Sense voler ser exhaustius sobre els debats que va suscitar aquesta llei, poden veure's: J. A. SOUTO PAZ, «El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida», a A. DÍAZ MARTÍNEZ (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pàgs. 187-196; M. J. COLLADO NUÑO, «La nueva ley de reproducción asistida humana: aspectos civiles», a *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, 2006 (exemplar dedicat a *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*), pàgs. 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», a *Bitácora Millennium DIPr. Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 2015, pàgs. 50-63, en concret, pàg. 63, accessible a: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>.
- (5) Com molt bé assenyala BLANCO-MORALES LIMONES, «Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión...», *op. cit.*, pàg. 2.
- (6) Observa críticament BLANCO-MORALES LIMONES, «Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión...», *op. cit.*, pàg. 13, que, encara que el legislador espanyol va modificar el Codi Civil l'any 2005 per permetre el matrimoni entre persones del mateix sexe, *faltava el coratge necessari per assumir els canvis socials que va introduir* (la cursiva és nostra). De fet, només un any després d'aquesta reforma del Codi Civil, l'any 2006, va veure la llum la LTRHA, on es va imposar la prohibició d'aquests contractes ex art. 10 (*vid.* Ma 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», a J. ALVENTOSA DEL RÍO i R. Ma MOLINER NAVARRO (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. 1, Ed. Universidad de Valencia, València, 2008, pàgs. 461-476, retallant indirectament la possibilitat de ser pares biològics als matrimonis formats per dos homes).
- (7) L. SALES PALLARÉS, «La adopción internacional por parejas del mismo sexo: reflexiones desde el Derecho Internacional Privado», a 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, pàgs. 580 i seg.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLES, «Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia», a A. MANGAS MARTÍN i L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Ed. Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pàgs. 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», a *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español – Europar Batasunaren oinarritzko*



eskubideen gutuna eta bere islada espainiar ordenamendu juridikoan, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pàgs. 177-192.

- (8) Ens referim al cas 0 no perquè amb anterioritat no s'hagin produït supòsits de maternitat subrogada, sinó perquè és arran d'aquest cas que la DGRN, amb una Resolució i una Instrucció, va posar el tema a la palestra. Sobre aquest cas, *vid.* L. SALES PALLARÉS, «La determinación de la filiación de los menores concebidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», a M. GISBERT POMATA i A. SERRANO MOLINA (coord.), *Retos de la Abogacía ante la sociedad global*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, pàgs. 1731-1744.
- (9) Es pot consultar a:
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, pàgs. 372 i seg.; també a RJ 2009, 1735. Sobre aquesta Resolució, poden consultar-se, entre d'altres, els següents comentaris: A. L. CALVO CARAVACA i 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», a *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2, oct. 2009, pàgs. 294-319; E. FARNÓS AMORÓS, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», a *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2010, pàgs. 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», a *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2009, pàgs. 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?», a *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pàgs. 147-174.
- (10) L'article recurrent recull la prohibició expressa pel legislador espanyol d'aquests contractes en els termes següents: «Serà nul de ple dret el contracte pel qual es convingui la gestació, amb o sense preu, a càrrec d'una dona que renuncia a la filiació materna a favor del contractant o d'un tercer» (art. 10.1).
- (11) SJPI València (RJ 2010, 25). *Vid.* J. R. de VERDA 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)», a *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010.

- (12) SAP València (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)», a *Diario La Ley*, núm. 7815, 2012.
- (13) El 7 d'octubre de 2010 es va publicar al BOE la Instrucció de 5 d'octubre de 2010, sobre el règim registral de la filiació dels nascuts mitjançant gestació per substitució, dictada després que el Jutjat de València deixés sense efecte la inscripció al Registre Civil, declarant que la maternitat subrogada està prohibida taxativament per la legislació espanyola ex art. 10.1 LTRHA. En principi, es pretenia donar seguretat jurídica perquè els menors nascuts així tinguessin accés al Registre Civil espanyol quan un dels progenitors fos de nacionalitat espanyola. Alhora, es tractava d'impedir que la inscripció registral atorgués una aparença de legalitat a supòsits de tràfic internacional de menors, a més d'evitar la vulneració del dret del menor a conèixer el seu origen biològic. Dels requisits d'aquesta Instrucció s'ocupen: M. del R. DÍAZ ROMERO, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010; VERDA BEAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución...», *op. cit.*, pàgs. 6-8. Així mateix, es refereixen a la normativa continguda en aquesta Instrucció: A. J. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», a *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011; A.-L. CALVO CARAVACA i 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», a *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pàgs. 247-262.
- (14) STS (RJ 2014, 247). Sobre aquesta Sentència, *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)», a *Diario La Ley*, núm. 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)», a *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014 (exemplar dedicat a *Las fronteras del Derecho Biosanitario*), pàgs. 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», a *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 1, 2014, pàgs. 59-67; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ i 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*, núm. 2/2014, pàgs. 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», a *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 2, 2014, pàgs. 277-279; P. BLANCO-MORALES LIMONES i A. DURÁN AYAGO, «La cara y la cruz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 sobre gestación por sustitución», a *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881, 2014, pàg. 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», a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744, 2014, pàgs. 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», a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96, 2014, pàgs. 177-214; M. A. PRESNO LINERA i P. JIMÉNEZ BLANCO, «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», a *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pàgs. 9-44.

- (15) ATS (RJ 2015, 335). Sobre aquesta Interlocutòria, *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)», a *Diario La Ley*, núm. 8600, 2015; DURÁN AYAGO, «Una encrucijada judicial...», *op. cit.*, pàgs. 50 i seg.; P. A. de MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea», publicat a <http://pedro-demiguelasensio.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)», a *Aranzadi Civil*, núm.



982, 2015; H. FULCHIRON i 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 Mennesson* de 26 de junio de 2014)», a *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 3, 2015, pàgs. 67-108.

- (16) Els recurrents van plantejar davant el Tribunal Constitucional un recurs a la sentència. Per a una visió global de tot aquest *iter* judicial, pot consultar-se el treball d'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», a *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 12, 2012, pàgs. 265-308.
- (17) Ens referim a les SSTEDH de 26 de juny de 2014 sobre els assumptes *Mennesson c. Francia* (núm. 65192/11) i *Labassée c. Francia* (núm. 65941/11). Ambdues sentències poden consultar-se a: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179> i <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180>, respectivament. Al respecte, poden consultar-se els comentaris següents: A. DURÁN AYAGO, «Nota a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson 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», a *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 2, 2014, pàgs. 280-282; A. DURÁN AYAGO, «Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson* y *Labassée*, dictadas el 26 de junio de 2014», publicat a <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», a *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 2, 2014, pàgs. 43-50; S. ROURA, «Nota de urgencia sobre las decisiones en los casos *Mennesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*, de 26 de junio de 2014», publicat a <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)», a *Diario La Ley*, núm. 8415, 2014.
- (18) Per a això, considerem imprescindible la lectura en aquest sentit de DURÁN AYAGO, «Una encrucijada judicial...», *op. cit.*, pàg. 55 i seg.
- (19) Pot consultar-se el text a:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-101-1.pdf, i el treball que comenta el text realitzat per A. DURÁN AYAGO, «Valoración del proyecto presentado por el Gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada», publicat a <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>.

- (20) Pot consultar-se una narració més completa dels fets a A. DURÁN AYAGO, «Gestación por sustitución. Y de repente el PSOE...», publicat a <http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/01/gestacion-por-sustitucion-y-de-repente-el-psoe/>.
- (21) BOE núm. 167, de 14 de juliol de 2015.
- (22) Il·lustra molt bé aquesta situació DURÁN AYAGO, «Una encrucijada judicial...», *op. cit.*, pàg. 62, nota 27.
- (23) Un bon reflex d'això pot veure's a SOUTO GALVÁN, «Aproximación al estudio de la gestación por sustitución...», *op. cit.*, pàg. 279 i, sobretot, pàgs. 283 i seg., on reflexiona sobre el debat ètic-jurídic d'aquesta figura.
- (24) *Vid.* en el mateix sentit J. FLORES RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco», a *La Ley. Derecho de Familia*, 14 jul. 2014.
- (25) Segons les agències de gestació subrogada que funcionen a Espanya, unes 1.800 parelles van optar durant l'any 2015 per l'opció de la gestació per subrogació per portar al món els seus fills: http://politica.elpais.com/politica/2015/01/24/actualidad/1422116335_391939.html.
- (26) La qual cosa és una solució a mitges, ja que raons econòmiques impulsen a realitzar aquests contractes en estats on existeix un buit legal (com l'Índia, per exemple), per la qual cosa quedarien, de nou, al marge de cap solució. En aquest sentit, *vid.* VELA SÁNCHEZ, «Soluciones prácticas para la eficacia en España...», *op. cit.*
- (27) Des del 1985, amb la *Surrogacy Arrangements Act 1985*, de 16 de juliol, modificada per la Llei d'1 de novembre de 1990, existeix regulació per a aquests contractes. L'any 2008 es va produir una modificació sobre la *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, en vigor des de l'abril de 2009, de manera que es va estendre la possibilitat d'aquesta pràctica a les parelles civils homosexuals i es va afegir l'exigència de la domiciliació d'almenys un dels pares al Regne Unit.
- (28) Grècia representa el model més restrictiu de legislació permissiva: tot i admetre la gestació per substitució, és, amb diferència, un dels països més restrictius quant a l'accés a la mateixa. La primera regulació es va fer amb l'art. 1458 del

Codi Civil grec, introduït per l'art. 8 de la Llei 3089/2002, de 19 de desembre, sobre la reproducció humana assistida, on s'establia que: «[L]a transferència d'òvuls fecundats a una altra dona i la gestació per aquesta està permesa mitjançant una autorització judicial emesa abans de la transferència, si existeix un acord escrit i sense cap benefici econòmic entre les parts implicades, és a dir, entre les persones que desitgen tenir un fill i la mare subrogada i, en el cas que aquesta estigui casada, també pel seu marit. L'autorització judicial s'emet després de la sol·licitud de la dona que vol tenir un fill, sempre que provi que és mèdicament incapaç de concebre, a més del fet que la mare subrogada es troba en bon estat de salut i és capaç de concebre». Una modificació posterior de l'art. 1464 del Codi Civil grec va consagrar el principi de prevalença de la veritat biològica per als casos de maternitat subrogada, establint que «en els casos d'inseminació artificial en els quals hi ha una gestant, sempre que es compleixin les condicions de l'art. 1458, es presumeix que la comitent que hagi obtingut l'autorització del tribunal és la mare del nen». Tres anys més tard, la Llei 3305/2005, d'aplicació de la reproducció mèdica assistida, introduïa més requisits que havien de produir-se per celebrar de manera lícita el procés, així com les sancions penals que s'establien per als casos de subrogació que no respectessin l'establert en els preceptes anteriors.

- (29) De la mateixa manera, Suècia admet la maternitat subrogada sempre que no existeixi remuneració econòmica, de manera que, per sancionar la celebració d'un conveni de maternitat subrogada onerosa, prohibeix a la mare que va pagar els serveis adoptar amb posterioritat el menor nascut, tot i que sigui genèticament d'aquesta mare (Llei 1140/1984, de 20 de desembre, en vigor des de l'1 de març de 1985).
- (30) *Loi n° 2004-800, du 6 août 2004, relative à la bioéthique*, que es pot consultar a: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000441469>.
- (31) En aquest text es considerava que la pràctica de la maternitat subrogada «podia ser legalitzada només com a instrument al servei de la lluita contra l'esterilitat, amb el mateix títol que altres tècniques d'assistència mèdica a la procreació». Pot consultar-se a: <http://www.senat.fr/leg/pp109-234.html>.
- (32) El seguiment dels treballs sobre *Les questions de Droit International Privé concernant le Statut des Enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, de la Conferència de la Haia, poden



- consultar-se a: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178.
- (33) Tota la informació sobre l'Associació pot consultar-se a: <http://gestacionsubrogadaenespaña.es>.
- (34) En aquest sentit, cal consultar A. J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012, on exposa i proposa (pàgs. 67 i seg.) un marc legal per al conveni de gestació per substitució. D'aquest mateix autor, també: «Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España», a *Diario La Ley*, núm. 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», a *Diario La Ley*, núm. 7621, 2011; «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», a *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011; «Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico», a *Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 53, 2011, pàgs. 67-86.
- (35) VELA SÁNCHEZ, «Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación...», *op. cit.*, pàg. 2.
- (36) Llei 19/2015, de 13 de juliol, de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia i del Registre Civil (BOE de 14 de juliol de 2015).
- (37) La disposició final 5a modifica els arts. 7.3, 8.2 i 9.3 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida, a partir del 15 d'octubre de 2015.
- (38) Com ja assenyalava F. Garau Juaneda, quan va comentar la publicació de la Llei a: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/07/boe-de-1472015-la-reforma-semanal-de-la.html>.
- (39) Per fer més senzilla la comparació, atendrem només al text de la ILP i a la proposta del Professor VELA SÁNCHEZ esmentada anteriorment, que citarem com a proposta doctrinal.
- (40) M. L. LARA ORTIZ, *Derecho Notarial para Registros*, Ed. RN, s. l., 2009, pàg. 5.
- (41) VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: estudio ante un...*, *op. cit.*, pàg. 127, en relació amb les pàgs. 74 i seg. La cursiva és nostra.
- (42) *Vid.* nota 13.
- (43) La DGRN va emetre un Informe l'11 de juliol de 2014 en relació amb el règim registral de la filiació dels nascuts fora d'Espanya mitjançant gestació per substitució, i després de la STS de 6 de febrer de 2014,

- que rebutjava aquesta inscripció, establint que «en l'estat legislatiu i jurisprudencial actual, la Instrucció de 5 d'octubre de 2010, sobre règim registral de la filiació dels nascuts mitjançant gestació per substitució, està plenament vigent, per la qual cosa ha de seguir essent aplicada pels registres civils espanyols per tal de determinar la inscripció del naixement i la filiació en els casos que entren en el seu àmbit d'aplicació, sense que la Sentència de la Sala Civil del Tribunal Suprem de 6 de febrer de 2014 constitueixi un obstacle legal per fer-ho».
- (44) Les úniques mencions que realitza sobre les possibles formalitats contractuals podem trobar-les a l'Exposició de Motius, on es refereix al «compliment dels requisits de perfecció» del contracte, i a la Directriu Primera, apt. 3.a), on s'exigeix l'«autenticitat formal [...] de qualsevol altres documents que s'haguessin presentat».
- (45) Estem totalment d'acord amb VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: estudio...*, *op. cit.*, pàg. 77, de qui prenem la idea.
- (46) Art. 2 proposta doctrinal, «Forma del conveni de gestació per substitució i obligacions del notari intervingent»: «1. El conveni de gestació per substitució es formalitzarà en document públic notarial, realitzat amb anterioritat a l'embaràs de la dona gestant generat mitjançant inseminació artificial. 2. El Notari intervingent haurà de constatar el compliment de tots els pressupòsits i recaptarà totes les certificacions legalment establertes».
- (47) Art. 1.2, lletra d) ILP: «[...] s'entén per: d) Contracte de gestació per subrogació. Document públic pel qual una parella —formada per persones d'igual o diferent sexe— o una persona acorden o acorda amb una dona que aquesta serà la gestant per subrogació».
- (48) Art. 6 ILP, «El contracte de gestació per subrogació»: «1. La dona gestant per subrogació i el progenitor o progenitors subrogants hauran d'atorgar davant de Notari —amb caràcter previ a qualsevol aplicació d'una tècnica de reproducció humana assistida— el contracte de gestació per subrogació, redactat amb subjecció a aquesta Llei i al qual necessàriament s'annexarà el justificant de la inscripció de la dona gestant per subrogació al Registre. També, abans de qualsevol aplicació d'una tècnica de reproducció humana assistida, el contracte haurà de ser presentat davant el Registre Nacional de Gestació per Subrogació».
- (49) Art. 6 *in fine* ILP: «El contracte de gestació per subrogació contindrà, com a mínim, les previsions següents: a) Compensació

- econòmica que percebrà la dona gestant per subrogació i forma i mode de percepció. b) Tècniques de reproducció humana assistida que s'empraran. c) Forma, mode i responsables mèdics del seguiment del procés de gestació i previsió del lloc del part. d) Designació de tutor, d'acord amb el previst a l'article 223 del Codi Civil. e) Detalls de l'assegurança a la qual fa referència l'article 3.5 d'aquesta Llei».
- (50) Art. 3 proposta doctrinal, «Consentiment i irrevocabilitat»: «1. El Notari intervingent haurà de verificar especialment que el consentiment de la dona gestant s'ha obtingut de manera lliure i voluntària, sense incórrer en error, dol, violència o intimidació».
- (51) Art. 4 proposta doctrinal, «Pressupòsits exigibles als pares o mares intervingents»: «2. Respecte de la dona o dones interessades, ha d'acreditar-se, mitjançant certificació mèdica expedida per dos especialistes independents, la impossibilitat biològica de l'embaràs o de portar-lo a terme sense perill greu per a la seva salut o la del nen».
- (52) Art. 2 ILP, «Condicions personals de l'aplicació de la tècnica»: «2. El progenitor o progenitors subrogants hauran d'haver esgotat o ser incompatibles amb altres tècniques de reproducció humana assistida».
- (53) Art. 14 proposta doctrinal, «Obligacions i responsabilitats»: «2. Si escau, hauran d'expedir certificació de l'aportació de material reproductor del comitent o comitents i traslladar-la al Notari autoritzant del conveni perquè la verifiqui i la hi incorpori».
- (54) Art. 11 ILP.
- (55) En realitat, el text de la ILP va més enllà del simple registre i planteja (art. 11.1 *in fine*) que «en qualsevol cas, per subscriure en qualitat de dona gestant per subrogació un contracte de gestació subrogada, serà condició estar inscrita al Registre».
- (56) El desenvolupament reglamentari de la ILP hauria d'anar encaminat precisament a aquest fi: determinar les funcions i relacions que haurien d'establir-se entre Registre i Notariat. Cal tenir en compte també que, juntament amb la distribució de tasques i obligacions entre aquests òrgans, hauria de garantir-se la protecció dels drets de totes les parts implicades. I, possiblement, aquesta sigui la part més difícil: trobar l'equilibri just per a tots els implicats.
- (57) BLANCO-MORALES LIMONES, «Una filiació: tres modalidades de establecimiento. La tensión...», *op. cit.*, pàg. 16. La cursiva és nostra.

La Llei 13/2015 i per què alguns tècnics ens entestem a parlar de precisió

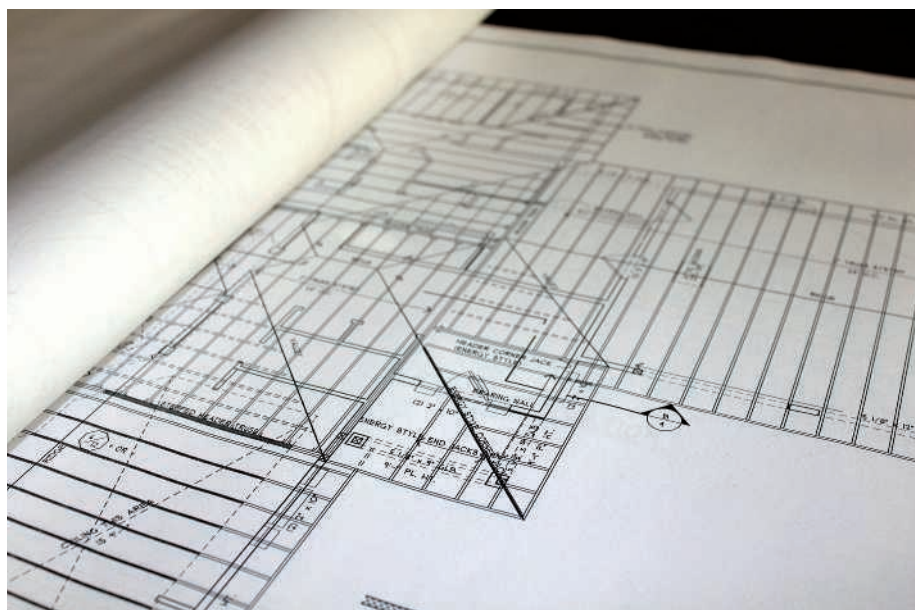
Carmen Femenia-Ribera^{(1), (2)} i Gaspar Mora-Navarro⁽¹⁾

SUMARI

- I. LA LLEI 13/2015, SOBRE COORDINACIÓ CADASTRE-REGISTRE, I LES SEVES ESPECIFICACIONS TÈCNIQUES
- II. LA PRECISIÓ I EL TÈCNIC COMPETENT
- III. L'AIXECAMENT TOPOGRÀFIC ENFRONT DE L'ORTOFOTO
- IV. LA PRECISIÓ MÈTRICA: UNA VALUOSA APORTACIÓ DEL TÈCNIC QUE AUGMENTA LA SEGURETAT
- V. CONCLUSIONS

I. LA LLEI 13/2015, SOBRE COORDINACIÓ CADASTRE-REGISTRE, I LES SEVES ESPECIFICACIONS TÈCNIQUES

La Llei 13/2015, de 24 de juny, de reforma de la Llei Hipotecària i del Text Refós de la Llei del Cadastre, que va entrar en vigor l'1 de no-



vembre de 2015 (a partir d'ara, Llei 13/2015), va donar lloc a dues resolucions conjuntes (anomenades així d'ara endavant):

- La Resolució conjunta de 29 d'octubre de 2015, de la Direcció General del Registre i del Notariat i de la Direcció General del Cadastre, per la qual es regulen els requisits tècnics per a l'intercanvi d'informació entre el Cadastre i els Registres de la Propietat.

- La Resolució conjunta de 26 d'octubre de 2015, de la Direcció General del Cadastre, per la qual es regulen els requisits tècnics per donar compliment a les obligacions de subministrament d'informació pels notaris establertes al Text Refós de la Llei del Cadastre Immobiliari.

Des de la seva entrada en vigor, s'ha parlat i s'ha escrit sobre molts aspectes

- (1) *Enginyers tècnics en Topografia. Doctors enginyers en Geodèsia i Cartografia. Professors del Departament d'Enginyeria Cartogràfica, Geodèsia i Fotogrametria de la Universitat Politècnica de València.*
- (2) *Membre de la Mesa de la Propietat del Col·legi Oficial d'Enginyeria Geomàtica i Topogràfica.*



d'aquesta llei, fonamentalment des del punt de vista jurídic i d'interpretació dels seus diferents articles. En revistes notarial, hi ha diversos articles que en parlen, com ara: a *La Notaria*, els de Víctor Esquirol (2015, núm. 3), Antonio Longo (2015, núm. 3) i César Belda (2015, núm. 2); a la revista *El Notario del Siglo XXI*, els de Pablo Puyal (2016, núm. 68), César Sanz (2016, núm. 68 i 65), Ricardo Rodríguez (2016, núm. 66), Efrén Díaz (2013, núm. 51), Antonio Jiménez (2011, núm. 39, i 2010, núm. 32), Amalia Velasco (2011, núm. 39), Carlos Marín (2011, núm. 39) i Luis María de la Higuera (2011, núm. 39), i a la *Revista Jurídica del Notariado*, els de Carlos Marín (2010, núm. 73, 74, 75 i 76) i José Javier Castiella (2001, núm. 38).

Les resolucions conjuntes han estat qualificades per molts juristes com a molt tècniques, ja que s'hi detallen molts aspectes tècnics d'intercanvi d'informació gràfica i de manera telemàtica entre notaris, registradors i Cadastre

Les resolucions conjuntes han estat qualificades per molts juristes com a molt tècniques, ja que s'hi detallen molts aspectes tècnics d'intercanvi d'informació gràfica i de manera telemàtica entre notaris, registradors i Cadastre, en què la informació geogràfica és fonamental. Per això, cal conèixer conceptes topogràfics i geomàtics associats que són de més difícil comprensió, com ara la georeferenciació, les coordenades geogràfiques o els fitxers *gml*.

A l'apartat setè de totes dues resolucions conjuntes és on es detallen els requisits tècnics que ha de complir la descripció gràfica de les finques-parcel·les a inscriure al Registre o a rectificar al Cadastre: «Setè. Requisits que han de complir la descripció tècnica i la representació gràfica alternativa de les finques que s'aporten al Registre de la Propietat» i «Setè. Especificacions tècniques que ha de complir la descripció gràfica de les parcel·les per a la incorporació d'alteracions en la cartografia cadastral per a la seva rectificació». Amb títols diferents, però amb requisits gairebé idèntics.

FITXA TÈCNICA

Resum: Coincideixen molts juristes en què la Llei 13/2015 i les seves resolucions posteriors són molt tècniques i, per això, una mica complexes per als que no acostumen a utilitzar i a emprar determinats conceptes topogràfics i geomàtics, com poden ser la georeferenciació o els fitxers *gml*. Des d'un punt de vista jurídic, se n'han escrit moltes coses, però, des d'un punt de vista més tècnic, s'ha debatut poc. Per això, volem explicar i argumentar en aquest article per què ens entestem a tractar el tema de la precisió mètrica, sobretot perquè considerem que la precisió és una valuosa aportació del tècnic que permet augmentar la seguretat en el trànsit immobiliari i pot ajudar els juristes a prendre les millors decisions.

Paraules clau: Coordinació Cadastre-Registre, representació gràfica georeferenciada, precisió, tècnics.

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.

A la Llei 13/2015 es parla de *representació gràfica georeferenciada* (RGG) quan aquesta representació coincideix amb la cartografia cadastral, sempre dins d'un marge de tolerància (10% de diferència a la superfície). En aquest cas, es pren com a vàlida la cartografia cadastral per a la coordinació, i aquí acaba bàsicament el paper del tècnic.

A la Llei 13/2015 es parla de representació gràfica georeferenciada quan aquesta representació coincideix amb la cartografia cadastral, sempre dins d'un marge de tolerància (10% de diferència a la superfície)

Però quan la RGG no coincideix amb el Cadastre, o bé quan es produeix alguna alteració del territori (segregacions, agregacions, expropiacions, delimitacions, concentració parcel·lària, reparcel·lació...), es parla de *representació gràfica georeferenciada alternativa* (RGA). Aquí és on entren en joc els aspectes més tècnics de la llei, tal com indiquen Carmen FEMENIA, Gaspar MORA i Antonio BLANCO (2015)⁽¹⁾:

- La delimitació geogràfica de les finques s'haurà de realitzar mitjançant l'expressió de les coordenades georeferenciades dels vèrtexs de tots els seus elements.
- Fitxer informàtic, en format *gml*⁽²⁾.
- Estar representada sobre la cartografia cadastral i respectar la delimitació de la finca matriu o del perímetre del conjunt de les finques aportades que resulti d'aquesta.
- Representació gràfica subscrita per un tècnic competent, o aprovada per una autoritat corresponent, o obtinguda mitjançant digitalització sobre la cartografia cadastral.

II. LA PRECISIÓ I EL TÈCNIC COMPETENT

Segons l'apartat 7.2 de les resolucions conjuntes, la RGA subscrita per un tècnic competent ha de complir un requisit tècnic específic quant a la precisió detallada:

e) **Precisió mètrica.** La representació gràfica de les parcel·les afectades que proposi modificacions o rectificacions de la delimitació de les parcel·les existents en la cartografia cadastral haurà de



garantir les precisions mètriques consegüents amb la metodologia aplicada:

— Quan la representació gràfica es derivi d'un **aixecament topogràfic**, aquest haurà de tenir tal precisió absoluta que l'error màxim sigui inferior a 25 cm i que el 85% dels punts tingui un error màxim de 20 cm, siguin quins siguin els mitjans utilitzats (topografia clàssica o tècniques de posicionament GNSS).

— Quan la representació gràfica es realitzi mitjançant **digitalització sobre la cartografia cadastral**, la precisió geomètrica serà de + 0,20 m o de + 0,40 m, segons es representi sobre cartografia cadastral urbana o rústica, respectivament.

En casos de mesuraments, cal indicar el paràmetre de precisió mètrica, o error màxim, ja que hi ha un valor real i exacte per a cada punt mesurat, però que mai no coneixerem. Tot el que podem fer és quantificar, en el pitjor dels casos, quina pot ser la diferència màxima entre el valor obtingut i l'exacte. Això és el que defineix la precisió de cada punt. És com quan es mesura la velocitat d'un cotxe amb un radar; sempre hi ha un marge d'error, que acompanya la mesura de la velocitat.

Per exemple, si diem que un mur mesura 100 metres i la seva precisió és d'1 metre, és com dir que el valor real de la mesura del mur oscil·la entre 99 i 101

metres. Podríem assegurar (tot i que mai al 100%) que el seu valor real estaria en aquest marge; per això, el mesurament, amb la seva precisió mètrica, se sol expressar d'aquesta manera: 100 + 1 metre.

Si tenim en compte que la RGA s'ha d'expressar amb les seves coordenades georeferenciades, el punt 1 que defineix, per exemple, la llinda d'una finca podria quedar de la següent manera:

UTM. ETRS89 FUS 30 en metres			
Núm. punt	X	Y	Precisió
1	700.813,42	4.322.262,51	0,05

Com es pot veure a l'exemple, s'expressen les coordenades X i Y del punt 1⁽³⁾, i s'afegeix a aquest punt la seva precisió mètrica: 0,05 metres. Això equival a dir que, si al voltant d'aquest punt realitzem un cercle de 5 centímetres de radi, la posició real exacta d'aquest punt estaria dins d'aquest cercle.

Tot i això, cal matisar i diferenciar **precisió absoluta** de **precisió relativa**. La precisió absoluta es refereix a nivell mundial, és a dir, si s'indica que un punt té 5 centímetres de precisió absoluta, significa que es pot assegurar la seva posició a nivell mundial dins d'aquest cercle de 5 centímetres, mentre que si la precisió és relativa, significa que compleix aquesta

precisió respecte a tots els punts entre si, però a nivell mundial podria ser bastant més gran.

III. L'AIXECAMENT TOPOGRÀFIC ENFRONT DE L'ORTOFOTO

Quan a l'apartat e) anterior es parla de **precisió mètrica**, se'n diferencien dos casos:

— **Aixecament topogràfic.** En aquest cas, es tracta del mesurament *in situ* directament sobre el terreny, que es realitza amb instrumental topogràfic i/o geodèsic, com una estació total (antigament s'utilitzaven teodolits, per això, la tècnica també es coneix com a *topografia clàssica*), o amb GPS (conegut de manera més genèrica com a *tècniques de posicionament GNSS*) (**figura 1**).

En aquest cas, utilitzant aquestes tècniques, la precisió absoluta es compleix molt àmpliament, s'arriba a precisions de pocs centímetres i es pot arribar a situar un punt a nivell mundial amb una precisió de fins i tot 1 centímetre o menys (amb tècniques més complexes). A Espanya, amb l'instrumental i les tècniques d'observació actuals, els treballs de topografia realitzats pels professionals tenen precisions absolutes de 3-5 centímetres (en condicions normals), amb uns costos molt inferiors als que hi havia fa només deu anys.

— Mitjançant **digitalització sobre la cartografia cadastral**. En aquest cas, es pressuposa que, per realitzar la RGA, no s'utilitza l'aixecament topogràfic, en què es mesuren els punts sobre el terreny (també conegut com a *en camp*), sinó que es dibuixa a l'oficina (conegut com a *en gabinet*) sobre la mateixa cartografia cadastral. Per això, s'utilitzen bàsicament ortofotos⁽⁴⁾ (tot i que la legislació no en parla explícitament).

Espanya disposa d'ortofotos de tot el seu territori a través del Pla Nacional d'Ortofotografia Aèria (PNOA), gestionat per l'Institut Geogràfic Nacional (IGN)⁽⁵⁾, i cada dos o tres anys es fan



noves ortofotos de tot el territori nacional (**figura 2**).

Espanya disposa d'ortofotos de tot el seu territori a través del Pla Nacional d'Ortofotografia Aèria, gestionat per l'Institut Geogràfic Nacional, i cada dos o tres anys es fan noves ortofotos de tot el territori nacional

Però, igual que en un aixecament topogràfic, quan es dibuixa sobre una ortofoto, es fa amb una determinada precisió i, com és lògic, aquesta sempre és menor que el mesurament fet directament sobre el terreny. Per això, a part de l'error a l'hora de dibuixar, s'ha de tenir en compte la precisió de la mateixa ortofoto, que depèn de molts factors, tal com destaquen Luis Ignacio VIRGÓS i Francisco GARCÍA (2015)⁽⁶⁾.

En línies generals, es té en compte la resolució del píxel⁽⁷⁾. En general, en el cas d'Espanya, les últimes ortofotos s'han realitzat amb una resolució de 50 o 25 centímetres (**figura 2**). En cas de zones amb 25 centímetres, la precisió (RMSE-exactitud planimètrica de l'ortofoto) és de 50 centímetres. Per exemple, equivaldria a dir que si dibuixem sobre la cartografia cadastral amb una ortofoto a la zona de València, la línia que s'aprecia es pot desviar del seu valor real en un marge de + 50 cm.

Per exemple, a la fotografia de la **figura 1**, el punt mesurat es pren com una precisió de 5 centímetres (mesurats amb GPS), mentre que si es mesurés sobre l'ortofoto (**figura 2**), la precisió seria, en el millor dels casos, d'uns 50 centímetres. I aquest és un dels supòsits més favorables, ja que la resolució de l'ortofoto és de 25 centímetres i, a més, la llinda és un gran mur molt visible i definit (i, en la majoria dels casos, no està tan clar).

Ningú no posa en dubte la diferència de precisió depenent de la tècnica utilitzada, i es destaca sobre manera els avantatges de l'aixecament topogràfic

respecte de la digitalització sobre una ortofoto. I, sobretot, en un aixecament es veu i es trepitja directament el terreny, i es distingeixen les marques i les fites que els veïns solen col·locar a les llindes. Per contra, el que frena en molts casos aquest tema és el preu. Mentre que amb una ortofoto descarregada de forma gratuïta i dibuixant el mesurament en gabinet és bastant ràpid i econòmic (tot i que no tan precís ni fiable), l'aixecament topogràfic és més car, ja que, tot i que ara els aixecaments topogràfics tenen un cost molt menor gràcies als avenços en la tecnologia GPS, mai no ho serà tant com una digitalització. Això és així perquè s'ha de considerar el desplaçament a la zona, l'amortització d'instrumental tècnic específic i la gestió en gabinet.

IV. LA PRECISIÓ MÈTRICA: UNA VALUOSA APORTACIÓ DEL TÈCNIC QUE AUGMENTA LA SEGURETAT

Fins ara, la cartografia cadastral s'ha realitzat de maneres molt diverses i amb tècniques molt diferents, en què hi poden haver llindes amb 3 centímetres de precisió i, en zones amb desplaçaments sistemàtics, els errors de posició absoluts poden ser de diversos metres. Actualment, es desconeix la precisió o l'error de cada una de les llindes de manera individual. Això no era un problema, atès la finalitat principalment tributària que ha estat tenint el Cadastre, però ara, amb la nova Llei 13/2015, adquireix un paper rellevant, i la precisió absoluta de la representació gràfica de les parcel·les cadastrals és determinant quan es tracta de delimitar la propietat.

Tot això porta a pensar en la gran diferència de precisions absolutes en funció de la tècnica utilitzada. Si es realitza un aixecament topogràfic, es poden aconseguir precisions de 3 centímetres, però si es dibuixa sobre una ortofoto, la precisió, en el millor dels casos, pot ser de 50 centímetres. El tècnic, en qualsevol dels casos, pot quantificar exactament la precisió del mesurament complet de la finca, de la superfície final mesurada, de

cada llinda o de cada punt de manera independent.

La legislació específica que s'ha de complir una sèrie de requisits tècnics quant a la precisió, en què cada tècnic, segons cada cas concret i sota la seva responsabilitat, podrà determinar si els compleix o no, tenint en compte la tècnica de mesurament utilitzada, la zona concreta, les característiques de l'ortofoto, les peculiaritats del terreny i de cada llinda, etc.

Als informes de validació gràfica de la representació alternativa (IVGA)⁽⁸⁾, el Cadastre demana al tècnic que inclogui aquest paràmetre de precisió de la parcel·la cadastral mesurada. Aquest paràmetre es refereix a la precisió en el mesurament complet de la finca-parcel·la. Però el tècnic competent també és capaç de diferenciar la precisió en cada llinda, cada punt, a la superfície... Com en aquest exemple, en què es pot especificar:

- Llinda 1: precisió + 5 cm.
- Llinda 2: precisió + 5 cm.
- Llinda 3: precisió + 50 cm.
- Llinda 4: precisió + 2 m.

Amb aquestes dades, es pot intuir que les llindes 1 i 2 s'han realitzat amb un aixecament topogràfic i les 3 i 4, amb un mesurament sobre ortofoto. Es poden utilitzar tècniques diferents en la delimitació d'una mateixa finca.

L'error màxim comès en el càlcul de l'àrea d'una finca-parcel·la depèn de la precisió dels punts amb els quals s'ha mesurat el seu perímetre. Com és lògic, com menys precisió es tingui en els punts del perímetre, més gran serà l'error en el càlcul de l'àrea. Sabent la precisió dels punts del perímetre, es pot indicar, per exemple: 245 m² + 15 m². Això significa que la superfície real estaria entre 230 m² i 260 m², i s'aportaria més seguretat a les transaccions que involucrin aquesta finca.

Si es realitzés un aixecament topogràfic i, per tant, s'obtingués una precisió

absoluta de 5 centímetres en cada punt, això implicaria que:

- Si es mesurés diverses vegades la mateixa finca, situant-se en el terreny en els mateixos punts (per a això cal que els vèrtexs de la parcel·la estiguin perfectament identificables sobre el terreny), i s'utilitzés la mateixa tècnica de mesurament, tots els mesuraments donarien les mateixes coordenades, amb diferències menors de 5 centímetres.
- Si s'aconsegueix la coordinació, el ciutadà que inscriu la seva finca d'aquesta manera, un cop hagin passat vint anys i n'hagin desaparegut totes les llinde, tan sols anotant les dades tècniques de les coordenades podrà tornar a marcar en el terreny⁽⁹⁾ la seva propietat amb un marge d'error de 5 centímetres en cada un dels seus punts, i així podrà tornar a recuperar-la davant de qualsevol possible invasió.

En aquests moments, amb l'aplicació de la Llei 13/2015, unint els aspectes tècnics i jurídics, es pot obtenir la més alta seguretat en la delimitació de la propietat per a aquells que vulguin utilitzar aquest procediment

Aquest procediment i aquesta metodologia no existien fins ara a Espanya, i en aquests moments, amb l'aplicació de la Llei 13/2015, unint els aspectes tècnics i jurídics, es pot obtenir la més alta seguretat en la delimitació de la propietat per a aquells que vulguin utilitzar-lo. I tal com indica César BELDA⁽¹⁰⁾: «Amb aquesta reforma, el sistema espanyol de transmissió hipotecària és el més segur del món».

V. CONCLUSIONS

- Realitzar un aixecament topogràfic davant d'una ortofoto és un sistema més car, però augmenta considerablement la seguretat amb la qual es delimiten els drets del titular sobre la superfície terrestre.

- Utilitzar una tècnica o una altra és un dels problemes amb què ens trobem. Han de ser els mateixos interessats, que estiguin ben informats, els qui han de decidir sobre com delimitar la seva propietat, coneixent el nivell de seguretat i el cost de cada mètode.

La informació prèvia al ciutadà és fonamental perquè aquest prengui les decisions correctes i pugui decidir el temps i els diners que hi vol invertir, respecte de la seguretat jurídica preventiva que vol aconseguir. Per això, el **paper de la informació prèvia a les notaries és fonamental**.

- Amb l'aplicació de la nova Llei 13/2015, la seguretat jurídica pot ser completa, però, per completar el cercle, també cal una seguretat geogràfica preventiva en què el paper de la precisió és fonamental.
- Amb el mateix procediment jurídic es pot adquirir més o menys seguretat geogràfica, depenent de la tècnica de mesurament utilitzada en cada cas.
- **Conèixer la precisió absoluta d'un punt, una llinde o una superfície pot**

ajudar un Jurista a interpretar, qualificar i jutjar, i ajudar-lo a **prendre les millors decisions**.

- De la mateixa manera, **conèixer la precisió amb què estan definides les llinde d'una finca, amb tota probabilitat, farà que un comprador es decideixi per una finca o per una altra**.



Figura 1. Aixecament topogràfic, mesurament d'un mur amb GPS. Font: pròpia.



Figura 2. Especificacions tècniques del projecte PNOA. Anys de vol i resolucions de les ortofotos segons les zones. Font: IGN.



Figura 3. Llindes cadastrals (en negre) sobre una ortofoto PNOA. Punt blau: fotografia de la figura 1. Font: pròpia.

- (1) C. FEMENIA-RIBERA, G. MORA-NAVARRO i A. BLANCO SÁNCHEZ, «La informació geogràfica en la aplicació de la Ley 13/2015: representació gràfica georreferenciada», a *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 24, des. 2015, pàg. 1043-1055.
- (2) Els fitxers *gml* són fitxers de text que s'utilitzen per intercanviar dades geogràfiques entre sistemes d'informació ge-

ogràfica (SIG) d'una forma estandaritzada. Tenen la qualitat d'incloure, a més de la informació geogràfica, informació descriptiva, és a dir, valors de camps de la base de dades del SIG que descriuen l'element geogràfic: referència cadastral, precisió, tipus de cultiu, etc. INSPIRE utilitza aquest format en el que denomina *GML application schemas*.

- (3) En projecció UTM, sistema de referència ETRS89 (a la península) i fus, tal com s'indica a les resolucions conjuntes, apartat 7.2.b).
- (4) *Ortofoto*: fotografia amb validesa mètrica; es pot mesurar sobre ella mateixa com si fos un plànol.
- (5) Pla Nacional d'Ortofotografia Aèria (PNOA), gestionat per l'Institut Geogràfic Nacional (IGN): <http://pnoa.ign.es>.
- (6) L. I. VIRGÓS SORIANO i F. GARCÍA CEPEDA, «La ortofotografia y la cartografía catastral», a *Revista de la Dirección General del Catastro*, núm. 83, abr. 2015, pàg. 7-30.
- (7) *Resolució del píxel*: mida a la qual podem veure el píxel; és a dir, si la resolució és de 50 centímetres (quadrat de 50 x 50 cm), mai no podrem arribar a apreciar els dos costats d'un mur que, per exemple, faci 40 centímetres d'amplada.
- (8) Validació d'una representació gràfica alternativa de la Direcció General de Cadastre (DGC): http://www.catastro.minhap.es/ayuda/vga/ayuda_vga.htm.
- (9) Tècnicament es denomina *replantar*.
- (10) César Belda Casanova, Degà del Col·legi Notarial de València, va fer aquesta afirmació parlant del Registre de la Propietat i de la Llei 13/2015 al programa *Colegiados* de COPE València (92.6 FM), el 29 de juny de 2016.

Protecció de les persones vulnerables

Pedro Carrión García de Parada
Notari de Reus

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. PAPER DELS NOTARIS EN LA PROTECCIÓ DE LES PERSONES VULNERABLES
- III. DRET COMPARAT
- IV. SISTEMES DE PROTECCIÓ I POSSIBLES DUBTES
- V. DRET INTERNACIONAL PRIVAT: SITUACIONS AMB ELEMENTS TRANSFRONTERERS
- VI. CONCLUSIONS

I. INTRODUCCIÓ

No és fàcil fer una definició del que entenem per *persones vulnerables*. En realitat, el concepte comprèn múltiples i molt diverses situacions.

En efecte, una persona és vulnerable perquè:

- No té els «**aliments**» necessaris (o sigui, allotjament, alimentació, atenció mèdica, roba... en definitiva, quan les necessitats bàsiques no estan ateses).
- Té reduïdes totes o alguna de les seves **facultats físiques o sensorials** (pateix problemes de visió, oïda, parla o mobilitat física).



- O simplement **no sap llegir ni escriure**.
- Pateix algun tipus de **violència o maltractament** (pot ser físic o psicològic, pot afectar el sexe femení, menors o gent gran) o **exclusió social** (pel fet de pertànyer a determinats sectors socialment marginats, ja sigui per la seva raça —gitanos—, religió, sexe —homosexuals, dones—, etc.).
- No té o té disminuïdes les seves facultats mentals o intel·lectuals, ja sigui

perquè pateix una discapacitat, per ser menor d'edat o per ser una persona «ja gran».

El que és cert és que la protecció no ha estat, ni és, ni serà la mateixa en tots els temps ni en tots els països. Les condicions culturals de cada país hi juguen un paper decisiu. D'aquí que entre les primeres mesures que s'hagin d'adoptar hi hagi les de conscienciació i pedagogia social, acompanyades de mesures jurídiques que evitin



aquestes situacions i, si no poden, que en mitiguin almenys els efectes. Lamentablement, en alguns casos, també es necessiten respostes coercitives, policials i judicials.

II. PAPER DELS NOTARIS EN LA PROTECCIÓ DE LES PERSONES VULNERABLES

Els notaris juguem un paper importantíssim en la protecció de les persones vulnerables; de fet, constitueix per a nosaltres un deure inexcusable garantir la protecció de tota persona vulnerable.

1. Preparació

Estem legalment preparats per fer-ho per la nostra condició de funcionaris públics⁽¹⁾ que exercim per delegació de l'Estat, que ens nomena, i en el marc d'una professió jurídica: la funció pública de dotar d'autenticitat els actes i negocis que autoritzem i rebem.

Els notaris juguem un paper importantíssim en la protecció de les persones vulnerables; de fet, constitueix per a nosaltres un deure inexcusable garantir la protecció de tota persona vulnerable

Per a això, ens servim de la nostra:

- Imparcialitat, protegint la part més dèbil (la persona vulnerable), però sense perjudicar l'altra, de manera que s'equilibri les asimetries d'informació que hi ha entre elles.
- Independència, de la mateixa Administració i de les persones que acudeixen a nosaltres.
- Coneixements i formació, prestant tota la informació, l'assessorament i, fins i tot, el consell legal que els interessats necessiten i vetllant per la legalitat del negoci jurídic que es formalitzi.
- Experiència i olfacte, apreciament la capacitat dels atorgants del document públic, o sigui, les seves facultats cognoscitives i de discerniment suficient per apreciar què fan i quines són les seves conseqüències jurídiques

FITXA TÈCNICA



Resum: No resulta fàcil definir què s'entén per persona *vulnerable*, ja que és un concepte que al·ludeix a múltiples i diverses situacions. No obstant això, mitjançant aquest treball, s'analitzen els supòsits més habituals i les diferents formes de protecció en què els notaris hi juguen un paper importantíssim. De fet, i en paraules de l'autor: «*Constitueix per a nosaltres un deure inexcusable garantir la protecció de tota persona vulnerable*».

Paraules clau: Notaris, persones vulnerables, incapacitació, document de voluntats anticipades, 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.

(d'aquí la importància de la presència davant de Notari), i la suficiència de la representació amb què actuen els que compareixen davant d'ell, tant si és voluntària, legal o corporativa.

2. Com protegeix el Notari les persones vulnerables?

Hem de distingir diferents situacions, segons el tipus i el grau de vulnerabilitat que afecti cada persona.

Així, persones plenament capaces poden voler planificar i anticipar-se a una possible futura pèrdua o disminució de capacitat. A aquestes, el Notari els informa sobre les diferents opcions o solucions que la llei ofereix (després les veurem: poders preventius, testament vital, autotutela, relacions convivencials, estalvis, rendes vitalícies, creació de persones jurídiques, etc.).

En altres ocasions, ens trobem davant de persones que pateixen una minusvalidesa física o sensorial que no els impedeix la total comprensió del document, però sí el normal atorgament d'aquest. Caldrà adoptar mesures especials per superar aquests inconvenients de lectura, signatura, audició, comunicació oral, etc. Se les protegeix, en funció dels casos, mitjançant la utilització de testimonis de la seva confiança, o la lectura obligada pel Notari (si l'interessat és invident), o la lectura mateixa del document, o la utilització d'interprets de signes (si és sord), o la co-

municació de la seva voluntat per escrit (si és mut), o la substitució de la signatura gràfica per una de dactilar o per la de testimonis (si no sap o no pot signar).

Amb les persones menors d'edat o que pateixen una certa discapacitat, el Notari s'ha d'assegurar de si poden actuar o no per si soles o si ho han de fer assistides o ajudades, fins i tot representades o substituïdes, per altres persones.

En qualsevol cas, cal que el Notari adopti o exigeixi les mesures necessàries per garantir la protecció d'aquestes persones afectades per una situació de vulnerabilitat.

És essencial, en tot document notarial, que el consentiment que s'hi presti hagi estat degudament informat, que se sàpiga perfectament a què s'ha compromès cadascú, quins són els seus drets i les seves obligacions i quines són les conseqüències legals del que s'ha realitzat.

A això hi contribueix, a més de l'assessorament concret, una lectura explicativa, amb els termes fàcils i comprensibles, i el fet de donar i repetir, les vegades que faci falta, totes les explicacions que calguin.

III. DRET COMPARAT

La protecció de les persones vulnerables s'ha d'estudiar també des de la perspectiva del Dret Comparat, i aquí observem:



- Que existeixen **diferències enormes entre les diferents legislacions nacionals**, inclús entre estats que pertanyen a una mateixa zona cultural, en què els valors i principis són similars, però on la tradició i els costums hi juguen un paper important. Ens pot sorprendre que les solucions **difereixin** fins i tot entre legislacions que **coexisteixen dins d'un mateix Estat**.
- Que encara estem molt lluny d'aconseguir la pretesa Europa del Dret, davant de l'absència de textos internacionals comuns que regulin les matèries que ara ens ocupen no ja de Dret material o substantiu (que s'entén que no existeixin), sinó de Dret Internacional Privat.
- L'aplicació per les autoritats competents de cada Estat, en no haver-hi normes internacionals comunes, de les seves pròpies solucions nacionals.
- Que, malgrat que no totes les legislacions reconeixen i regulen les mateixes institucions, moltes d'aquestes estan en franca expansió, ja que cada cop són més els estats que les van adoptant, de manera que les diferents legislacions nacionals es van assemblant cada cop més entre si.

IV. SISTEMES DE PROTECCIÓ I POSSIBLES DUBTES

Vegem tot seguit, més detalladament, com es pot protegir les per-

sones vulnerables i quins dubtes es presenten.

1. Protecció dels discapacitats

- Els jutges són els qui millor poden protegir els discapacitats? Hi ha altres alternatives?
- És cert que existeixen diferents nivells de discapacitat i que cada un mereix una resposta pròpia. En els casos tradicionals d'incapacitació judicial i de submissió de tutela, amb substitució de l'incapacitat, es podria pensar en altres alternatives que no impliquessin aquesta substitució, sinó una assistència o una ajuda cap als discapacitats?
- Es podria pensar en una ajuda per una única persona o per diverses alternatives?

La protecció dels discapacitats requereix adoptar una actitud activa, en primer lloc, mitjançant l'assessorament a través de notaris, advocats o altres professionals de confiança i, en segon lloc, prenent mesures que siguin adequades

- Seria possible substituir els mecanismes de protecció, a través de l'obtenció d'una autorització judicial prèvia, per altres instruments alternatius,

com els que existeixen en algunes legislacions en cas de representació dels fills menors (com l'autorització d'un consell de família o de terceres persones)?

- Instauració de mitjans de publicitat d'aquests estats i accés a aquests per part de notaris i altres autoritats o professionals (per exemple, al Registre de l'Estat Civil).

La protecció dels discapacitats requereix adoptar una actitud activa, assessorar-se (cal acudir a notaris, advocats i altres professionals de confiança) i prendre mesures adequades sobre:

- Qui pot ser la persona de confiança, considerant que és millor que sigui algú proper, jove, proper al discapacitat, o inclús entitats especialitzades (i preveure, fins i tot, substituïts).
- Quins són els mitjans materials de què es disposa: se n'ha de buscar la bona administració i una òptima rendibilitat.
- Quina és la situació personal del discapacitat i valorar si el millor serà **incapacitar-lo** o si, en canvi, és preferible, **proveir-lo d'ajudes i assistències**. S'han de tenir en compte les seves expectatives de vida i el caràcter i el grau de disfunció que pateix.
- S'han de triar solucions reversibles i revocables (les adoptades en testament sempre ho són), temporals i adaptables a les circumstàncies concretes de cada cas.

2. Protecció dels menors

La falta de maduresa fa vulnerables els menors d'edat. La seva protecció mereix una regulació especial, diferenciada, i aquesta dependrà de la resposta que cada legislador doni a preguntes com les següents:

- Quan s'assoleix la majoria d'edat?
- Quins negocis i actes jurídics poden formalitzar els menors abans d'assolir la majoria d'edat? Generalment, tenen la capacitat restringida, tot i que algunes legislacions nacionals els permeten casar-se o atorgar testament, aquest últim només si és notarial.



- Es poden emancipar? Es poden ampliar d'alguna manera les seves facultats abans de la majoria d'edat?
- Qui té la custòdia del menor? Qui és el titular de la representació legal? Com se'l nomena i qui ho fa? Quin és l'àmbit d'aquesta representació, tant personal com patrimonial, o només un o l'altre?
- Qui i com exerceix la representació legal: individualment, de forma conjunta; en tot cas, només per a cert tipus de negocis, o només per a actes de la vida ordinària o del dia a dia?
- Els representants legals assisteixen el menor o el supleixen i substitueixen?
- Aquests representants necessiten l'autorització d'alguna altra persona o autoritat per exercir la representació? En quins casos? Els afecten restriccions especials? Es pot ampliar la representació?
- A qui correspon la representació legal en cas de discussió o conflicte entre els seus titulars, en cas que els pares no puguin actuar, sigui quina sigui la causa? A qui correspon el nomenament? Gaudeix de plena llibertat per fer-ho o ha de respectar certs límits legals o les instruccions dels pares? Es poden nomenar diverses persones? Com actuaran? És possible distribuir les funcions entre aquestes persones?
- Es pot delegar en terceres persones la titularitat de la representació legal? I el seu exercici?
- Com pot acreditar la seva condició i les seves facultats el titular de la representació legal?
- Quina publicitat se li dona a la representació legal? Hi accedeixen els notaris (per exemple, al Registre Civil)?

Les anteriors preguntes són més aviat tocs d'atenció sobre aspectes que necessàriament s'han de tenir en compte a l'hora de planificar aquesta possible vulnerabilitat futura i com protegir-se'n.

3. Mesures preventives

En relació amb les mesures preventives adoptades per persones plenament

capaces en previsió que en el futur es trobin en una situació de discapacitat, destaquem:

A) Consideracions generals

Una malaltia, un accident, el consum de certes substàncies o, simplement, l'edat poden provocar que una persona, fins aleshores plenament capacitada, deixi de ser-ho i necessiti ajuda.

Aquest canvi no sempre es produeix de manera immediata, en un moment concret, de sobte, sinó que de vegades és progressiu, gradual, fins i tot reversible, perdent i recuperant periòdicament la capacitat. Això fa que, de vegades, sigui molt difícil discernir quan una persona està capacitada i quan ha deixat de ser-ho.

És convenient que els ciutadans prenguin consciència d'aquesta realitat. Aquests canvis poden afectar qualsevol persona, i en qualsevol moment. Cal estar preparat i hem d'adoptar les mesures preventives que estan al nostre abast quan encara estem en condicions de poder-ho fer.

Els ciutadans busquem propostes sobre com organitzar la nostra futura possible falta de capacitat

Però, realment hi ha mesures? I si n'hi ha, quines són? Són iguals per a tots els ciutadans de la UE? La resposta no ofereix dubtes. Per descomptat que hi ha mesures, tot i que és cert que no són les mateixes a tots els països. Cada legislador nacional ha acceptat i regulat les que ha considerat més convenients per als seus ciutadans, per tant, la solució no és sempre la mateixa.

Els ciutadans busquem propostes sobre com organitzar la nostra futura possible falta de capacitat. Tradicionalment, s'ha considerat que probablement la millor solució és la que desemboca en la nostra incapacitació judicial i la nostra submissió a una tutela o protecció integral, tant personal com patrimonial, més o menys àmplia, però sabem que també hi ha altres mesures complementàries de l'anterior, fins i tot substitutòries o alternatives a aquesta. La incapacitació no

sempre agrada, ni a l'afectat ni tampoc a la seva família i amics. La tendència dels éssers estimats que ens envolten és la de protegir-nos ells mateixos, mentre visquin i estiguin en condicions de poder-ho fer, per tant, consideren innecessari acudir a la incapacitació judicial i fer-nos passar, i també a ells mateixos, pel «mal trago» que sovint suposa la incapacitació judicial.

Ara bé, si no volem que la solució sigui la incapacitació judicial, com ens protegiem de tercers mancats d'escrúpols? Què passarà quan aquests éssers estimats no estiguin o no puguin brindar-nos la protecció que necessitem? La incapacitació és una mesura aconsellable i necessària, però mentre aquesta es produeix, i fins i tot quan es produeixi, n'hi ha d'altres que nosaltres podem adoptar o preveure.

Les solucions dependran del fet que disposem o no de mitjans econòmics, però també del fet que comptem amb persones que ens puguin representar i ajudar

Les solucions dependran del fet que disposem o no de mitjans econòmics, però també del fet que comptem amb persones que, arribat aquest dia fatídic, ens vulguin i puguin representar i ajudar.

Sense ànim de ser exhaustiu, vegem algunes d'aquestes mesures:

- Estalviar (crear dipòsits bancaris, contractar fons d'inversió, plans de pensions i de jubilació, assegurances, etc.).
- Assegurar-nos el cobrament d'una renda vitalícia o d'un vitalici (prestació de tot tipus d'aliments, com els que ens proveeixen d'aliments, roba, allotjament, assistència mèdica, etc.), potser transmetent els béns de què som propietaris a canvi d'aquestes prestacions durant el temps que visquem.
- Crear un patrimoni especial de protecció, ordenant quin és el seu objectiu, qui són els seus administradors, quin és el seu funcionament, etc.
- Crear una persona jurídica (societat mercantil, fundació, etc.) o aportar béns a una de preexistent.



- Pactar relacions especials de convivència, en què els convivents estipulen prestacions recíproques entre ells.
- Apoderar preventivament una persona perquè ens representi, en l'àmbit personal i/o patrimonial, si perdem la nostra capacitat.
- Donar instruccions sobre com volem ser atesos mèdicament si ens trobem en situació de malaltia greu, terminal o irreversible.
- Orientar o proposar qui ens agradaria que fos el nostre tutor o representant legal en cas que fóssim incapacitats, i quines les seves facultats.

B) Anàlisi de les institucions

El tema que estem tractant és de màxim interès i preocupació per als ciutadans, però també per als notaris. Hi estem molt familiaritzats. De fet, constitueix una de les inquietuds més freqüents de les persones que requereixen els nostres serveis, el nostre consell, que volen saber (i així ens ho pregunten cada dia als nostres despatxos) quines mesures poden adoptar en previsió d'una futura possible pèrdua de capacitat i si aquestes els serviran en qualsevol país, en qualsevol lloc i davant de tot tipus de persones i institucions.

Ens aturarem una mica més en les tres últimes institucions a què hem fet referència anteriorment, és a dir:

- Els poders preventius.
- Les voluntats anticipades (o «testament vital»).
- La proposta de nomenament del nostre futur tutor (autotutela).

Què són exactament cada una d'aquestes institucions?

És convenient que delimitem bé cada una d'aquestes institucions jurídiques, no sempre ben conegudes a tots els Estats de la UE, la qual cosa dificulta l'explicació i el consegüent coneixement del que cada una suposa i dels beneficis que reporta.

Els poders preventius són facultats que atorga, per regla general unilateralment, una persona amb capacitat suficient per a fer-ho, a favor d'una o diverses

persones per tal que, amb l'amplitud i les limitacions desitjades pel poderdant, vetllin per ell i el representin si arriba a perdre la seva capacitat, o a mesura que la vagi perdent.

Hem de diferenciar aquests poders preventius d'aquells altres ordinaris que una persona atorga i que s'extingeixen amb la pèrdua de capacitat pel poderdant. El problema sorgeix amb els actes realitzats mitjançant l'ús del poder en el període de temps que transcorre entre la pèrdua de capacitat i la incapacitació judicial. En principi, s'ha de presumir la capacitat de tota persona mentre no sigui judicialment incapacitada, com també s'ha de presumir la subsistència i validesa del poder, sense perjudici de la possible impugnació (atès les circumstàncies de cada cas, com el possible perjudici al poderdant, la mala fer del tercer, etc.) d'aquells negocis formalitzats durant aquest període.

Els poders preventius no impedeixen la incapacitació del poderdant, però la poden fer innecessària, encara que només sigui temporalment. Tampoc s'extingeixen necessàriament amb la incapacitació judicial, ni restringeixen la possible actuació paral·lela del poderdant ni, si escau, la del tutor o representant legal.

Els poders preventius plantegen alguns problemes pràctics. Així, si no han de ser eficaços fins a la pèrdua de capacitat del poderdant, quan s'ha d'entendre que aquesta es produeix? Com s'acreditarà? I si es produeix gradualment, en quin moment exacte seran eficaços? Què passa si, després de perdre la capacitat, la recupera de nou? I si, un cop sorgida aquesta situació, el poderdant abusa de les seves facultats? Qui vetllarà per al poderdant? De quines facultats disposarà per protegir-lo? Com sabrem que els poders existeixen?...

Algunes d'aquestes dificultats motiven que aquests poders s'atorguin amb eficàcia immediata, de manera que l'apoderat pugui començar a exercir les seves facultats des del mateix moment en què se li confereix el poder, quan el poderdant encara gaudeix de plena capacitat, i el poder manté la seva vigència quan el poderdant arriba a perdre o a veure considerablement disminuïdes les seves facultats, circumstàncies que ja no s'hauran d'acreditar. No obstant això, convé plantejar-se l'adopció i, arribat el cas, adoptar altres decisions complementàries, com delimitar les facul-

tats exactes que se li concedeixen a l'apoderat, limitar temporalment la vigència del poder de manera que s'hagi d'anar renovant periòdicament, sotmetre'n l'exercici al control d'una o diverses persones a les quals s'hagi de retre comptes periòdicament o de les quals sigui possible obtenir autorització prèvia per a la formalització de determinats actes, assegurar-se que aquestes limitacions siguin conegudes i es respectin, preveure l'existència de diversos apoderats perquè es controlin entre si o la de substituïts de l'apoderat, exigir que per a l'obtenció de còpies autèntiques del poder acreditin mitjançant certificats mèdics la pèrdua de capacitat, etc.

El document de voluntats anticipades, o directrius avançades, també mal anomenat *testament vital*, és aquell pel qual una persona amb capacitat suficient per a fer-ho dona instruccions, o designa la persona de la seva confiança que haurà de donar-les, sobre quins són els tractaments pal·liatius de dolor i de no prolongació artificial de la seva vida, fins i tot de vegades d'eutanàsia, que voldria rebre si es trobés en una situació de malaltia greu, irreversible o terminal.

Aquesta figura també planteja problemes, com el de saber fins on pot arribar la voluntat de l'atorgant, o quin ha de ser el control al qual s'ha de sotmetre aquesta voluntat en manifestar-se (per exemple, la forma que ha de revestir), o les facultats que comprèn quan es permet que s'expressi per mitjà d'un tercer, o saber el moment exacte a partir del qual ha de desplegar efectes, o el de la seva vigència (durada, renovació i extinció), o quin serà el grau de vinculació per a metges i tercers, o com conèixer la seva existència (publicitat), etc.

El tercer dels instruments que comentem és un document, anomenat en alguns llocs autotutela, pel qual una persona capacitada proposa per al futur la persona que vol que el Jutge nomeni com a representant legal seu quan aquesta sigui incapacitada, i disposa a la vegada com vol que s'exerceixi aquesta representació.

A nivell internacional, tant la CAE (Comissió d'Afers Europeus de la UINL) com el CNUE (Consell dels Notaris de la Unió Europea) han mostrat el seu interès per aquests temes i han volgut contribuir a solucionar-los mitjançant la redacció de diversos treballs, i el CNUE mitjançant la



publicació d'unes fitxes informatives explicant quin és actualment el tractament legislatiu que reben a cada un dels Estats Membres de la UE els notariats dels quals en formen part. Aquestes fitxes es poden trobar a la pàgina www.cnue.be.

4. Poders preventius

Un cop vist el concepte, en destaquem breument alguns aspectes.

Normativa material aplicable. En no existir, almenys de moment, una normativa única i comuna per als Estats europeus, ni tampoc per als que integren la UE, cada Estat aplicarà la seva pròpia normativa nacional a la matèria.

Admissió. Els admeten i regulen, al si de la UE, Alemanya, Àustria, Bèlgica (a partir de l'1 de juny de 2014), Espanya, França, Letònia i la República Txeca.

La seva regulació difereix d'una legislació a una altra pel que fa a, entre d'altres, les qüestions següents:

Poderdant. Per regla general, el poder s'atorga perquè representi el mateix poderdant. Excepcionalment, algunes legislacions permeten que certes persones (els pares) el puguin atorgar perquè representi les persones (per exemple, els fills) que depenen d'elles, quan aquestes no siguin ja aptes per fer-ho (així passa a França). Ara bé, caldria resoldre: quin apoderament preval si cada progenitor apodera persones diferents? Caldrà compatibilitzar-los? Estaran obligats els apoderats a acordar entre ells un règim d'actuació? Ho podran fer encara que no se'ls hagi autoritzat? Aquestes i moltes altres preguntes més destaquen la importància que l'assessorament i el consell tenen a l'hora de conferir aquests poders, raó que explica per què algunes legislacions requereixen l'autorització notarial de semblants poders.

Apoderat ho podrà ser una persona tant física com jurídica, tot i que en algunes legislacions existeixen limitacions o restriccions

Apoderat. En general, ho pot ser tant una persona física com una de jurídica, tot i que en algunes legislacions existeixen limi-

tacions (per exemple que només poden ser-ho persones físiques, o únicament familiars o íntims, o només les persones jurídiques que es dediquin a activitats d'assistència). Altres imposen restriccions: que no es pugui nomenar a qui pot ser designat tutor (França); o al que té restringida, naturalment o judicialment, la seva capacitat d'obrar, o de ser administrador, o d'exercir la pàtria potestat (Bèlgica, Espanya i França); o el Metge, Assistent o Farmacèutic amb un vincle especial amb el pacient (Espanya i França); o les persones amb les quals el poderdant tingui relacions de dependència (Alemanya i Àustria), o les que treballin per a establiments d'assistència i salut dels quals depengui o en què estigui internat el poderdant (Alemanya, Àustria i Bèlgica).

Contingut (àmbit personal i patrimonial). Per regla general, s'ajustarà a la voluntat del poderdant, que podrà canviar, i si no diu res, s'entén que comprèn tant un àmbit com l'altre (Alemanya, Àustria, Espanya —Catalunya—, França i Letònia). Solen quedar exclosos els actes personalíssims que no es poden delegar (així, a Letònia, fer testament, casar-se, divorciar-se, reconèixer o impugnar la paternitat, adoptar, canviar de nom o cognom, etc.). Excepcionalment, hi ha països que només permeten els poders per a l'àmbit patrimonial (Bèlgica).

Es pot subapoderar un tercer? En principi, es pot pensar que l'exercici del poder ha de ser personalíssim, ja que es

basa en una relació de confiança, sense que es pugui delegar en altres persones (Letònia), tret que l'apoderat hagi estat expressament autoritzat per a fer-ho (Alemanya, Àustria, Bèlgica, Espanya, França i la República Txeca —o no ho hagi prohibit—). Fins i tot aquelles legislacions que admeten la delegació sense autorització expressa del poderdant fan responsable l'apoderat del que ha estat realitzat pel subapoderat (França), i també si trien un incapacitat, encara que haguessin tingut permís per subapoderar. En general, queda exclòs el subapoderament per a facultats personalíssimes que no es poden delegar, tot i que hi ha legislacions en què només es prohibeix el subapoderament per prendre decisions sobre un tractament mèdic (Àustria), o sobre un canvi de domicili (Àustria), o per a actes que no siguin pròpiament de gestió de patrimoni (França), o amb caràcter general (dins d'Espanya, a Catalunya, només s'admet el subapoderament especial per a actes concrets o diversos actes de la mateixa naturalesa o referits a la mateixa activitat econòmica).

L'apoderat ha de retre comptes? Hi ha alguna supervisió? En principi, l'apoderat pot actuar sense control, tret que el poderdant ho hagi disposat d'una altra manera (Catalunya), i sense perjudici que el Jutge pugui en tot moment actuar (Catalunya), *motu proprio* o a instància d'interessats, per a la protecció del poderdant, si aquest no té prou capacitat per fer-ho ell mateix. En el Dret





català, l'apoderat ha d'informar i escoltar el poderdant, sempre que aquest tingui prou judici; el poderdant pot haver ordenat mesures de control, i el Jutge també les pot adoptar si ho considera necessari: l'apoderat necessita l'autorització judicial per als mateixos actes que el tutor, tret que el poderdant l'hagi dispensat expressament d'obtenir-la. A França, el control varia en funció de si el poder s'ha atorgat davant de Notari o en document privat (en el primer cas, només necessita l'autorització judicial per a actes de disposició gratuïts, i també hi ha alguns actes taxats que de cap manera pot realitzar; en el segon, més limitat, només pot formalitzar actes d'administració, i necessita l'autorització judicial per als de disposició; a més, en tots dos casos, ha de retre anualment comptes, si escau, al Notari autoritzant del poder).

L'exercici del poder és gratuït, tret que s'estableixi remuneració expressa. No obstant això, l'apoderat té dret al reemborsament de les despeses i a la indemnització pels possibles danys que pateixi, amb càrrec al patrimoni de la persona representada (Catalunya)

És gratuït l'exercici del poder? En principi, sí, tret que s'estableixi expressament una remuneració. L'apoderat ha de

tenir dret a que se li reemborsin les despeses i a que se li indemnitzin els danys que hagi sofert, amb càrrec al patrimoni de la persona representada (Catalunya).

Exigències formals. En la majoria de les legislacions que ho regulen, s'exigeix el document notarial, bé com a única possibilitat, bé com a alternativa a d'altres, i en qualsevol cas serà recomanable per les garanties que ofereix i els efectes, especialment probatoris, que se li reconeixen. Així, a Alemanya, n'hi ha prou amb el poder que es confereix per escrit, i només s'exigeix la forma notarial si és per disposar d'immobles; a Àustria, n'hi ha prou amb document signat i manuscrit pel poderdant, tot i que, si ho escriu algú altre, l'ha de signar el poderdant en presència de tres testimonis, i si és per rebre tractaments mèdics o canviar de domicili o formalitzar transaccions econòmiques inhabituals, ha de ser atorgat davant d'Advocat, Notari o Tribunal; a Bèlgica, es requereix document escrit; a Espanya, es confereix en document notarial; a França, s'exigeix el document notarial obligatòriament per a certs casos limitats —poder dels pares o de l'últim viu—; en els altres, serveix el document notarial, el privat davant d'Advocat o un simple formulari; a Letònia, el poder s'ha d'atorgar en document notarial amb la presència del poderdant i l'apoderat, i a la República Txeca, es pot donar en document notarial o en document privat amb dos testimonis.

Publicitat i inscripció. És cert que, de vegades, la inscripció que s'exigeix és

constitutiva, però, per regla general, ni té aquest caràcter, ni tan sols es necessita per reconèixer-li efectes; amb la inscripció, si s'exigeix, es pretén simplement facilitar el coneixement del poder. La inscripció permet confirmar l'existència del poder i aconseguir la protecció del tercer de bona fe que confia en el que se li exhibeix. S'apliquen les regles generals d'eficàcia pròpies dels poders. La revocació hauria de ser-li notificada a l'apoderat, a qui, a més, se li hauria de retirar la còpia per evitar falses aparences. Aquesta publicitat de què es doti el poder permetrà, a més, que el Jutge, coneixent-lo, el pugui revocar, quan nomeni tutor, *motu proprio* o a instància d'aquest, si ho creu necessari o convenient.

La inscripció dels poders resulta **obligatòria** en alguns països, com a Bèlgica, on s'inscriuen, al Registre Central que porta la Federació Real del Notariat belga, mitjançant el dipòsit d'una còpia certificada conforme davant l'oficial de Justícia o per mitjà d'un Notari autoritzant del poder; dins d'Espanya, a Catalunya, ja que s'han d'inscriure al Registre d'Entitats Tutelars no Testamentàries, i a Letònia, perquè s'han d'inscriure al Registre de Poders Preventius.

En canvi, la inscripció és merament voluntària, tot i que aconsellable, a Alemanya, on es pot realitzar al Registre Central, a la Bundesnotarkammer, al qual els jutges poden hi accedir per via electrònica (www.vorsorgeregister.de); a Àustria, es poden inscriure al Registre Central, a la Österreichische Notariatskammer, al qual ho han de comunicar advocats i notaris a instància de l'interessat, i a Espanya, al Registre Civil.

La seva eficàcia. En quin moment adquireixen eficàcia els poders preventius? En principi, tindran efecte a partir del moment en què el poderdant perdi la capacitat, que és el que justifica la seva raó de ser (Alemanya, Àustria, Bèlgica, Espanya —tot i que aquí només si es pacta que sigui així—, França —sempre es requerirà certificat mèdic i pronunciament judicial—, Letònia —és *conditio sine qua non*—). Res no impedeix, però, que siguin eficaces i operatius des del moment del seu atorgament, i que es disposi que la seva eficàcia es prolongui i es mantingui malgrat la falta de capacitat sobrevinguda del poderdant (Alemanya, Àustria, Bèlgica, Espanya). Quan la falta de



capacitat sobrevinguda sigui la causa de la seva eficàcia, el problema consistirà en la seva acreditació. Es podrà deixar la decisió a un tercer? Haurà de ser un expert? La prova és sempre difícil, i el poderdant haurà de ser molt precís, per tant, a la pràctica, el normal és que els poders siguin eficaços des del moment inicial, tot i que preveient mesures de control per assegurar-ne el bon ús.

L'extinció per mort del poderdant.

És la regla general, tot i que hi ha legislacions que mantenen l'eficàcia del poder més enllà de la mort, si el poderdant ho ha ordenat així (Alemanya, Àustria) o, inclús, si resulta convenient per als mateixos hereus que l'apoderat acabi el que ha iniciat (Àustria, Letònia).

La mort de l'apoderat. És causa lògica d'extinció (Bèlgica, Espanya, França, Letònia), tret que s'hagi previst el nomenament d'un substitut, o s'hagin nomenat diversos apoderats simultanis i algun d'aquests encara visqui i estigui capacitat.

Subsisteixen malgrat la incapacitació judicial i la submissió a tutela o a una altra institució de protecció jurídica? Poden coexistir la tutela i el poder preventiu? El poder pot dissuadir de sol·licitar la incapacitació i el nomenament de representant legal, tot i que res no impedeix que aquest pugui subsistir amb la tutela (dins d'Espanya, a Catalunya), la qual cosa podríem pensar que no és raonable, tret que aquesta actuï com a organisme de control, o suplint la insuficiència del poder, o remeiant-ne l'ús no adequat o l'abús (Letònia), o com a solució per concórrer signes externs evidents de què el poderdant no vol seguir sent representat per l'apoderat, o per haver estat apoderades persones vinculades a l'establiment de salut o a la residència on es troba el poderdant (Alemanya, Àustria), o simplement perquè així ho decideix el Jutge en interès del poderdant (Bèlgica).

5. Voluntats anticipades

Abans ja n'hem vist el concepte. També les voluntats anticipades (o *testaments vitals*, com vulgarment se les coneix) plantegen seriosos problemes que en dificulten el seu reconeixement unànim. La ciència mèdica evoluciona, les persones canviem... Com podem estar segurs que la nostra voluntat, els nostres desitjos, expressats en aquest document, seguiran

sent els mateixos anys més tard (potser només mesos o dies), quan aquesta situació extrema es produeixi? Vet aquí la raó per la qual no totes les legislacions reconeixen aquests documents, i les que ho fan els regulen de manera diferent.

A falta de convenis internacionals que ordenin els aspectes substantius de fons, que no existeixen en la matèria, cada Estat aplicarà la seva pròpia legislació nacional (a Espanya, es dona la particularitat que coexisteixen disset legislacions diferents, tantes com Comunitats Autònomes en què està dividit l'Estat).

Sí que les coneixen i regulen, dins de la UE (tot i que la seva resposta varia sobre si és possible designar representant, fins on es pot disposar, quines mesures s'han d'adoptar per estar segur que ha estat una voluntat degudament informada i conscient, com la podem conèixer quan arribi el dia, si es podrà revocar o canviar, si serà vinculant, quina és la seva vigència, si caldrà anar-la renovant, etc.), Alemanya, Àustria, Bèlgica, Eslovènia, Espanya, França, Hongria, Letònia, els Països Baixos, Luxemburg, Portugal i la República Txeca (per la via del poder preventiu).

La seva regulació difereix. Vegem-ne alguns aspectes més concrets.

Atorgant. Alguns estats exigeixen explícitament la majoria d'edat per poder expressar aquesta voluntat (Eslovènia, França, Luxemburg); en d'altres, poden expressar-la els menors (als Països Baixos, s'exigeix que siguin conscients d'avaluar i que tinguin almenys 12 anys).

Apoderat. També difereixen en si es pot expressar aquesta voluntat per mitjà d'un apoderat, o sigui, si es pot designar una persona perquè doni les instruccions oportunes quan arribi el moment.

Sol ser diferent, així mateix, el seu **contingut**. Es pot designar la persona que hagi de prendre les decisions (Bèlgica, Eslovènia, Espanya, França, Hongria, Letònia, Luxemburg, els Països Baixos i Portugal); o designar la persona a la qual s'hagi d'informar sobre els tractaments que s'apliquin (Eslovènia, Espanya, França, Hongria, Letònia, Luxemburg, els Països Baixos i Portugal); o donar instruccions exactes sobre el que es vol i el que no es vol (Eslovènia, França, Hongria, Letònia, Luxemburg i els Països Baixos, tot i que

d'aquests només els dos últims admeten l'eutanàsia); o sol·licitar tractaments pal·liatius del dolor («ajudar a morir») (Alemanya, Bèlgica, Espanya, Luxemburg, els Països Baixos i Portugal); o demanar que s'apliquin tractaments pal·liatius del dolor amb risc d'abreujar la vida de l'atorgant (Alemanya, Bèlgica, Espanya, Luxemburg, els Països Baixos i Portugal); o voler que no s'utilitzin amb ell mesures que prolonguin artificialment la vida, és a dir, el que es coneix com a *eutanàsia passiva*, que pot consistir a suprimir la respiració artificial, la nutrició assistida, la transfusió sanguínia, etc. (Alemanya, Àustria, Bèlgica, Espanya, Luxemburg, i els Països Baixos); o fer previsions sobre donació d'òrgans o del cos (Alemanya; també en altres països és possible, tot i que no constitueix el contingut propi d'un document de voluntats anticipades), o donar instruccions sobre l'enterrament o la incineració (Luxemburg; en altres països això també és possible, però no constitueix el contingut propi d'un document de voluntats anticipades).

Exigències formals. A Alemanya, s'exigeix forma escrita, com també la intervenció d'un Metge que informi i s'asseguri de la capacitat de judici del mandant; a Àustria, es diferencia entre voluntats *vinculants* i *no vinculants* (només per a les primeres s'exigeix voluntat en forma escrita i datada i expressada davant de Notari, Advocat o col·laborador jurídic, amb la deguda informació d'un Metge); a Bèlgica, per escrit comunicat a l'Ajuntament; a Eslovènia, per escrit amb signatura legitimada notarialment; a Espanya, s'ha d'expressar en escriptura notarial, o en un escrit signat i datat inscrit al registre autonòmic competent, o en un document privat amb la intervenció de dos testimonis (a Catalunya, es diu expressament que s'ha d'atorgar en escriptura pública davant Notari o d'acord amb la legislació sanitària amb testimonis); a França, s'expressarà per escrit, signat i datat pel seu autor degudament identificat (si no pot escriure ni signar, necessitarà dos testimonis), i només són vàlids els atorgats com a màxim tres anys abans de la pèrdua de consciència, tot i que poden ser renovats signant en el mateix escrit, guardat pel Metge que el tracti o el Metge que hagi de decidir, o un familiar, o una persona de confiança, o un mateix; a Hongria, es manifesta en escriptura, o per escrit signat i, si no pot signar, davant de dos testimonis (aquest últim s'ha de registrar), i es necessita l'examen

previ de tres metges que, per unanimitat, informin per escrit que era conscient de les seves conseqüències i que la malaltia és incurable i mortal a curt termini, després d'això, en un màxim de tres dies, l'interessat ratificarà davant de dos testimonis; si s'expressa per mitjà de representant, l'hospital ho ha de respectar, però sol·licitarà l'autorització judicial per complir; a més, es necessita el dictamen d'un Psiquiatre emès amb no més d'un mes d'antiguitat; a Letònia, s'exigeix document notarial atorgat pel mandant i, si existeix, pel mandatari també; a Luxemburg, per escrit signat i datat pel seu autor, i si no pot escriure ni signar, s'ha d'atorgar en presència de dos testimonis; quan es tracti de disposicions de final de vida i afecti el mandant una impossibilitat física permanent per escriure i signar (degudament acreditada mitjançant certificat mèdic), ho redactarà una persona major d'edat, davant de dos testimonis més grans, signant també tots (també, si escau, el mandatari); als Països Baixos, per escrit privat o document notarial, i a Portugal, en document notarial.

No servirà de res haver expressat «com vol morir un», si aquesta voluntat no arriba a ser coneguda. Molts estats volen dotar-la de publicitat: en alguns casos, amb caràcter opcional; en altres, obligatòriament

Publicitat i inscripció. No servirà de res haver expressat «com vol morir un», si aquesta voluntat no arriba a ser coneguda. Molts estats volen dotar-la de publicitat: en alguns casos, amb caràcter opcional; en d'altres, obligatòriament; tot i que també n'hi ha que ignoren aquesta publicitat i deixen al bon fer de cadascú el fet de procurar-se els mitjans perquè, quan es necessiti, arribi a ser coneguda. La inscripció és opcional a Alemanya, on es pot inscriure al Registre Central; a Àustria, on els documents notariais es poden inscriure al Registre Central que es porta a la Österreichische Notariatskammer; a Eslovènia es poden inscriure en un registre central; a Espanya, s'ha d'inscriure al registre autonòmic del domicili de l'interessat, des d'on es notificarà al Registre Central (en alguns registres, la inscripció és constitutiva) (a Catalunya, el document notarial s'ha de

comunicar al Col·legi de Notaris respectiu per a la seva constància al Registre); als Països Baixos, només els atorgats davant de Notari es poden inscriure al Registre que es porta per la Federació Real de Notaris dels Països Baixos.

En altres casos, la inscripció és **obligatòria**, com a Bèlgica, al Banc de Donants del Ministeri de Salut Pública; a Letònia, al Registre de Mandats de Protecció Futura; a Luxemburg, on s'inscriuen obligatòriament les disposicions de final de vida al sistema oficial del registre sistemàtic de disposicions de final de vida que es porta a la Comissió Nacional de Control i d'Avaluació, mentre que les voluntats anticipades no s'inscriuen i es guarden per l'interessat, el seu Metge o familiars, i es posen, quan sigui el moment, en coneixement de qui ho necessiti per incorporar-les al dossier mèdic, i a Portugal, en un registre central.

Si vinculen o no: és vinculant per als metges i/o familiars? En general, obliguen, tret que s'hagi de prendre una altra decisió, ateses les circumstàncies concretes, i adaptada la voluntat a la gravetat de la malaltia i als avenços mèdics que s'hagin anat produint (Alemanya). Àustria exigeix, perquè siguin vinculants, que respectin una determinada forma i que no tinguin una vigència superior a cinc anys, tret que s'hagi disposat d'un termini inferior; a Eslovènia, és vinculant per als metges i els familiars; a Espanya, els facultatius han d'accedir als registres per veure si existeixen (al CCCat es diu que els professionals que atenen l'interessat han de respectar les seves instruccions, sempre dins dels límits de la legislació sanitària); a França, els metges les han de consultar, tot i que no els vinculen; han de justificar en l'expedient mèdic per què no les compleixen, i han de respectar un protocol col·legial; a Hongria, són vinculants, i si es manifesten per mitjà de mandatari, una comissió de tres metges ha de ratificar que el mandatari era conscient de les conseqüències; a Letònia, són vinculants per al cònjuge, els familiars més propers, els representants voluntaris i els legals, i sembla ser que també per als facultatius; a Luxemburg, el procés és complex, sobretot per aplicar l'eutanàsia o assistència al suïcidi, ja que el Metge ha de consultar la irreversibilitat de l'estat amb un altre Metge i comunicar-ho tot (també l'existència d'aquesta voluntat) a l'equip mèdic que hagi atès el pacient, a la persona de-

signada per aquest, als familiars propers d'aquest que aquesta hagi designat; a més, després d'aplicar l'eutanàsia o el suïcidi assistit, ha d'informar una comissió nacional de control i avaluació integrada per nou persones per si hagués pogut incórrer en responsabilitats disciplinàries; cap Metge està obligat a complir la voluntat, ni a participar en el seu compliment, tot i que, si es nega, ho ha de comunicar al pacient o al seu representant i posar l'expedient en mans del Metge que aquell o aquest li diguin; als Països Baixos, no és vinculant, i si es neguen els metges, no han de comunicar al pacient o al seu representant; a més, després de realitzar l'eutanàsia, el Metge ha d'informar un comitè de revisió, i a Portugal, per regla general, es respecten, tot i que sempre queden a la decisió i al criteri ètic del Metge, i no s'admet l'eutanàsia.

S'han de renovar? Per regla general, no. Tot i que hi ha excepcions, com a França, on només serveixen si tenen una antiguitat màxima de tres anys respecte del dia en què es necessiten, tot i que són renovables, o a Hongria, on s'han de renovar cada dos anys.

Són compatibles amb la donació d'òrgans? La regla general és que s'ha d'atendre la voluntat del disposador respecte de la seva persona i mirar de coordinar-la amb qualsevol donació d'òrgans que pogués haver ordenat (Alemanya). En molts estats, es presumeix la voluntat favorable a la donació d'òrgans, si no s'ha disposat el contrari (Àustria, Bèlgica —s'hi poden oposar l'interessat o els seus familiars, la declaració escrita es fa a l'Ajuntament i s'inscriu al Banc de Donants del Ministeri de Salut Pública—, França, Hongria, Letònia i Portugal).

6. Autotutela⁽²⁾

Tot i que el nomenament de representant legal, per a una persona que ha estat judicialment incapacitada, correspon generalment al Jutge (i en certs països, a altres autoritats), la qüestió és si es pot o no proposar o insinuar al Jutge (o, si escau, a aquesta altra autoritat) quina o quines creiem que podrien ser, arribat el dia, la persona o les persones idònies per representar-nos i protegir-nos.

Si s'admet, sorgeixen altres dubtes que convé resoldre, com ara: a quantes persones es pot proposar? Es pot suggerir quines



seran les seves facultats? Com se sabrà que la seva voluntat ha estat degudament informada i ha estat plenament conscient del que s'ha disposat? Ha de renovar la seva voluntat? És vinculant per al Jutge? Com es dotarà aquesta proposta de publicitat perquè arribi a ser coneguda quan es necessiti? Etc.

A la UE, hi ha països que sí que coneixen i regulen aquesta institució, com ara Alemanya, Àustria, Bèlgica, Espanya, Estònia, Hongria, Itàlia, Luxemburg, els Països Baixos i Romania.

No obstant això, difereix la seva regulació, tal com passa amb les altres institucions que examinem.

Es pot fer la proposta no només per a un mateix, sinó també per a altres persones que en depenguin, com per exemple, per als fills sota la seva pàtria potestat o per a un incapacitat sotmès ja a la seva tutela, tal com és possible a Catalunya?

A quines **persones** es pot proposar? Hi ha restriccions? Es poden suggerir diverses persones? Com actuaran?

Contingut (**àmbit personal i patrimonial**). Pot ser ampli i sol ser comú a totes les legislacions que admeten aquesta figura; així, es pot proposar persones concretes, excloure determinades persones, indicar-ne les facultats, sotmetre-les a controls, etc.

Forma. Varia. Així, a Alemanya, regeix llibertat de forma, tot i que és convenient que consti per escrit; a Àustria, regeix llibertat de forma; a Bèlgica, és possible proposar-ho o bé davant de Notari o bé davant del Jutge de Pau; a Espanya (Catalunya), s'expressa la voluntat davant de Notari; a Estònia, regeix llibertat de forma; a Hongria, a més de davant de Notari, amb document privat contrasignat per Advocat, o oralment davant l'autoritat judicial; a Itàlia, en document notarial o en document privat amb signatura legitimada notarialment, i als Països Baixos, per escrit, inclús en formularis.

Publicitat i inscripció. És **obligatori** a Bèlgica, al Registre Central que porta la Federació Real del Notariat belga; a Catalunya (Espanya), s'han d'inscriure al Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris, i el Notari autoritzant de l'escriptura ha de realitzar la comunicació d'ofici; a Hongria, al Registre de Directives Anticipades que es preveu crear, i als Països Baixos, al Registre de Tutors. En can-

vi, és **opcional** a Alemanya, on es poden inscriure al Registre Central de Mandats de Protecció Futura i de Mandats de Vida, i a Àustria, on és inscrivible com a poder al Registre Central del Notariat austríac.

És vinculant per al Jutge aquesta proposta de futur tutor? En algunes legislacions, és un simple suggeriment: l'interessat proposa, però el nomenament el fa el Jutge, si bé la sol acceptar, tret que concorrin motius greus per no fer-ho. Així, a Alemanya, on el Jutge fixa, a més, les facultats; a Espanya (diu específicament el CCCat que el Jutge, tot i que només excepcionalment —per modificació sobrevinguda de les causes tingudes en compte o si la delació es va fer dins de l'any anterior a l'inici del procediment d'incapacitació—, pot prescindir de designar les persones proposades); a Luxemburg, on es pot proposar, tot i que sense vincular el Jutge; a Àustria, on és un simple suggeriment per al Jutge; a Estònia; als Països Baixos; a Bèlgica, tret de motius greus; a Hongria, tret que el Jutge ho rebutgi per anar contra els interessos del tutelat o per raons greus, i a Itàlia, tret que concorrin raons greus.

V. DRET INTERNACIONAL PRIVAT: SITUACIONS AMB ELEMENTS TRANSFRONTERERS

1. Introducció

Des del punt de vista internacional, quan ens enfrontem a situacions jurídi-

ques en què concorre un element transfronterer o d'estrangeria, pot ser que, a l'hora d'haver de resoldre un conflicte, pugui haver-hi més d'una autoritat, jurisdiccional o no, que sigui competent; o pot ser que més d'una llei sigui susceptible de ser aplicada; o pot ser que s'hagin d'adoptar mesures en diferents estats; o que els documents obtinguts en un estat s'hagin d'utilitzar en d'altres, o que es vegin afectades persones o béns situats en diferents països.

Els ciutadans europeus (també els dels altres estats) exigim que s'adoptin per part de les nostres autoritats les mesures necessàries per facilitar la nostra lliure circulació, per evitar-nos pèrdues de diners i de temps i per aconseguir la major seguretat jurídica en les nostres relacions jurídiques, sigui quin sigui el lloc en què aquestes es desenvolupin. Les autoritats europees n'estan conscienciades i van adoptant progressivament les decisions oportunes.

Els estats han d'arribar a acords per poder donar respostes uniformes, si no de Dret material, sí, almenys de Dret Internacional Privat, i aprovar normes i convenis vinculants per a com més estats millor

Cal evitar que cada Estat adopti les seves pròpies solucions, les quals no sempre





coincideixen amb les dels altres. Els estats han d'arribar a acords per donar respostes uniformes, si no de Dret material (el qual sembla, almenys de moment, impossible), sí, almenys, de Dret Internacional Privat, i aprovar normes i convenis vinculants per a com més estats millor, i resoldre de manera uniforme les preguntes que abans hem plantejat. És il·lògic, antieconòmic i contrari a la seguretat jurídica que s'hagi de reproduir a cada Estat afectat un procés d'incapacitació o haver d'obtenir de nou els documents de què ja es disposa en un altre Estat.

Les normes de Dret Internacional Privat han de resoldre de manera vinculant per als estats que les aprovin:

- Quin és l'Estat les autoritats del qual seran competents per adoptar les mesures de protecció d'una persona. Serà el que especifiqui quines autoritats nacionals seves concretes són les competents.
- Quin és l'Estat les lleis del qual regiran la protecció. Serà el que determini quina de les seves diverses legislacions nacionals concurrents dins de les seves fronteres és l'aplicable.
- Quin és el procediment de reconeixement o acceptació, i d'execució, de les resolucions judicials, dels documents públics i de les transaccions estrangeres: si seran acceptades sense més ni més o sotmeses a un procediment

més o menys àgil, si se'ls podrà oposar o no excepcions, valorar el seu fons o oposar-los l'excepció en cas que siguin contràries a l'ordre públic nacional, si necessitaran estar traduïdes, postil·lades, legalitzades o sotmeses a alguna altra formalitat externa.

Comptem amb la Convenció de l'ONU sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat de 13 de desembre de 2006, que va entrar en vigor el 3 de maig de 2008 (el gener de 2011 l'assumeix la UE). Aquest text:

- Distingeix entre *capacitat jurídica* (inherent a tota persona, com a titular de drets i obligacions) i *capacitat d'obrar* (susceptible de tenir-se o no completa o restringida).
- La falta de capacitat d'obrar pot ser deguda a raons patrimonials o personals (intel·lectuals).
- La Convenció obliga els Estats Membres a «promoure, protegir i assegurar el gaudi ple i, en condicions d'igualtat, de tots els drets humans i llibertats fonamentals per part de totes les persones amb discapacitat, i promoure el respecte de la seva dignitat inherent» (art. 1).
- Els estats part asseguraran que en totes les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica es proporcionin salvaguardes adequades i efectives per impedir els abusos; es respectin els drets, la voluntat i les preferències

de la persona; que no hi hagi conflicte d'interessos ni influència indeguda; que siguin proporcionals i adaptades a les circumstàncies de la persona; que s'apliquin en el termini més curt possible, i que estiguin subjectes a exàmens periòdics per part d'una **autoritat** o òrgan judicial competent, independent i imparcial (art. 12.4).

2. Dret Internacional Privat en relació amb la protecció dels discapacitats

Per resoldre aquestes qüestions típiques del Dret Internacional Privat, s'aplicaran els convenis o les disposicions internacionals vigents en la matèria, i a falta d'aquests, les normes de Dret Internacional Privat pròpies de cada Estat.

Aquestes disposicions internacionals, en cas que es consideressin aplicables, podrien ser:

- El Reglament (CE) núm. 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I), tot i que en el seu art. 1.2 diu: «S'exclouran de l'àmbit d'aplicació del present Reglament: [...] g) la possibilitat per a un intermediari d'obligar davant de tercers la persona a compte de la qual pretengui actuar [...]».
- La Convenció de La Haia de 13 de gener de 2000, sobre protecció internacional dels adults:
 - Està vigent a Alemanya, Àustria, Estònia, França, Portugal i la República Txeca. Només ha estat signada, tot i que no ratificada, per Grècia, Itàlia, Luxemburg, els Països Baixos i Polònia.
 - Pretén protegir els adults en situacions internacionals quan, per una alteració o insuficiència de les seves facultats personals, no estan en condicions de vetllar pels seus interessos.
 - Regula les tres qüestions típiques de Dret Internacional Privat:

Competència jurisdiccional
(arts. 5, 7 i 6):

 - Són competents les autoritats judicials o administratives de



l'Estat part on tingui la seva residència habitual el subjecte.

- Tenen competència subsidiària les autoritats del país de la nacionalitat del subjecte, sempre que es consideri que el poden protegir millor i ho notifiquin a les anteriors.
- Per a persones amb residència indeterminada, refugiats, etc., ho són les de l'Estat de situació de l'adult.

Llei aplicable:

- L'autoritat competent aplica la seva pròpia llei (normalment, doncs, la de la residència habitual).
- Excepcionalment, aquesta pot aplicar, per a una millor protecció, la llei estrangera amb la qual hi hagi un vincle estret (art. 13.2).
- L'adult pot triar per escrit que s'apliqui la llei de la seva nacionalitat, la del país on hagi residit habitualment o la del país de situació dels seus béns pel que fa a aquests (art. 15).

Circulació i reconeixement (art. 22): les mesures acordades seran les reconegudes de ple dret en els altres estats part, tot i que és possible la seva denegació, tant al seu reconeixement com a l'execució, per causes concretes (art. 22.2).

3. Dret Internacional Privat en relació amb la protecció dels menors

Des del punt de vista del Dret Internacional Privat, disposem de dos textos, principalment:

1. El Reglament núm. 2201/2003, de 27 de novembre (Brussel·les II bis), sobre competència jurisdiccional i reconeixement i execució de decisions en matèria matrimonial i en matèria de responsabilitat parental⁽³⁾.
2. La Convenció de La Haia sobre jurisdicció, llei aplicable, reconeixement, execució i cooperació en matèria de

responsabilitat parental i de mesures de protecció dels menors, de 19 d'octubre de 1996⁽⁴⁾.

El segon, anterior en el temps al primer, permet que els estats puguin formalitzar entre ells convencions sobre la mateixa matèria que prevalguin sobre aquest. La convenció prevaldrà respecte d'altres estats contractants amb els quals no s'hagi formalitzat nous acords.

Res no impedeix, a més, als estats contractants de formalitzar els convenis que desitgin amb estats no contractants d'aquests.

Tots dos textos regulen la qüestió de la competència jurisdiccional i la seva compatibilitat s'ha de resoldre de la següent manera:

- Si el menor té la seva residència habitual en un Estat Membre del Reglament, s'aplicaran les regles del Reglament núm. 2201/2003 que regulen les qui són les autoritats competents per dirimir les qüestions conflictuals que es produeixin.
- Si el menor té la seva residència habitual en un Estat Membre de la Convenció que no sigui Estat Membre del Reglament, s'aplicaran les regles de la Convenció que regulen les qui són les autoritats competents per dirimir les qüestions conflictuals que es produeixin.
- Si el menor té la seva residència habitual en un Estat que no és membre del Reglament ni de la Convenció, tret que existeixin amb ell convenis internacionals, cada Estat aplicarà les seves pròpies normes de Dret Internacional Privat.

A nivell nacional, cada Estat és lliure de determinar quines autoritats concretes seves són les competents.

Quant al Reglament núm. 2201/2003:

- Àmbit d'aplicació: regula l'atribució, l'exercici, la privació i la delegació de la representació parental⁽⁵⁾ i altres institucions anàlogues de protecció (art. 3).
- No regula, entre altres matèries, la determinació i impugnació de la filiació, l'adopció, el nom i cognoms del menor, l'emancipació o les obligacions d'aliments (art. 1).

- Competència jurisdiccional (arts. 8 i seg.): són competents els òrgans jurisdiccional de l'Estat Membre de la residència habitual⁽⁶⁾ del menor quan es presenti l'afer. El canvi legal de residència habitual també implica el de les autoritats competents.

Ho seran les de l'Estat Membre on es trobi quan no es pugui determinar la seva residència habitual o es tracti de menors internacionalment desplaçats o refugiats.

Excepcionalment, conserven la seva competència les de l'anterior residència habitual respecte dels menors desplaçats o retinguts il·lícitament o, temporalment, quan afecti drets de visita prèviament acordats, i també és possible que puguin ser competents altres autoritats d'estats contractants que estiguin en millor situació o amb els qui el menor tingui especial vinculació i estiguin millor posicionats per conèixer l'afer.

Residualment, seran competents les de l'Estat Membre quan ho siguin conforme a les seves lleis nacionals.

- Reconeixement (art. 21 i seg.): les resolucions dictades en un Estat Membre seran reconegudes en els altres sense la necessitat de cap procediment. No cal revisar el fons, però sí que cal oposar certes causes taxades que n'impedeixin el reconeixement (art. 23; així, *grosso modo*, que siguin contràries a l'ordre públic, tenint en compte l'interès del menor; o s'hagin dictat sense escoltar el nen; o sense notificar-li; o en perjudici de la seva representació legal i sense donar-li audiència, o si són incompatibles amb d'altres ja adoptades).

El reconeixement i l'execució de resolucions executives a l'Estat Membre d'origen es produiran per un procediment seguit a l'Estat de destí; hi ha particularitats per a l'execució al Regne Unit.

- Circulació de documents públics (art. 46): els documents públics amb força executiva formalitzats o registrats en un Estat Membre, com també els acords entre les parts que tinguin força executiva a l'Estat Membre d'origen, seran reconeguts i es dotaran de

força executiva en les mateixes condicions que les resolucions judicials.

Els documents públics amb força executiva formalitzats o registrats en un Estat Membre, com també els acords entre les parts que tinguin força executiva a l'Estat membre d'origen, seran reconeguts i es dotaran de força executiva en les mateixes condicions que les resolucions judicials

No diu explícitament que no necessitin ser legalitzats o sotmesos a formalitats anàlogues.

No hem d'oblidar que el Reglament està sent revisat actualment; principalment, si no exclusivament, el règim de la representació parental (per agilitzar els procediments, facilitar el reconeixement i l'execució, enfortir el fet que els protegits siguin escoltats, etc.).

Quant a la Convenció de 1996, resol diverses qüestions de Dret Internacional Privat:

- Àmbit d'aplicació: s'aplica als nens des del seu naixement fins als 18 anys (art. 2). Regula l'atribució, l'exercici, la privació i la delegació de la representació

parental dels nens i altres institucions anàlogues de protecció (art. 3).

No regula, entre altres matèries, la determinació i impugnació de la filiació, l'adopció, el nom i cognoms del menor, l'emancipació o les obligacions d'aliments (art. 4).

- Competència jurisdiccional (art. 5 i seg.): són competents les autoritats, judicials o administratives, de l'Estat Membre de la residència habitual⁽⁷⁾ del menor, tant per protegir la seva persona com els seus béns. El canvi legal de residència habitual també implica el de les autoritats competents.

Ho seran les de l'Estat Membre on es trobi quan no es pugui determinar la seva residència habitual o es tracti de menors internacionalment desplaçats.

Excepcionalment, conserven la seva competència les de l'anterior residència habitual respecte dels menors desplaçats o retinguts il·lícitament, i també és possible que puguin ser competents altres autoritats d'estats contractants que estiguin en millor situació quan calgui adoptar mesures especials de protecció del menor, o les de l'Estat contractant en què es trobi el menor i els seus béns, si s'han de prestar mesures urgents de protecció.

- Llei aplicable (art. 15 i seg.): en general, la de l'Estat contractant les autoritats del qual siguin competents (Llei de l'Estat on resideixi habitualment el menor) regula l'atribució i la privació de la representació i el seu exercici. Excepcionalment, s'aplicarà la de l'Estat amb el qual la situació tingui un vincle estret. El canvi legal de residència habitual també implica el de la llei aplicable.

Seran aplicables inclús les lleis d'estats no contractants (principi universal).

Generalment, s'aplica el Dret material d'un Estat, i no les seves normes de Dret Internacional Privat, tret que sigui un Estat no contractant; en aquest cas s'admet el reenviament al d'un altre Estat no contractant, que aplicaria la seva pròpia llei.

Juga l'excepció d'ordre públic, tenint en compte sempre l'interès superior del menor.

Els estats plurilegislatius conserven les seves competències internes, i la Convenció dóna resposta a aquells que no tinguin normes de resolució de conflictes interns (art. 46 i seg.).

- Reconeixement (art. 23 i seg.): les mesures adoptades per les autoritats d'un Estat contractant seran reconegudes, per norma general, de ple dret a la resta d'estats contractants; amb excepcions, com ara que siguin contràries a l'ordre públic, tenint en compte l'interès superior del menor; o que s'hagin dictat per autoritat no competent; o sense escoltar el nen o el seu representant legal; o no s'hagi respectat el procediment legal, o siguin contràries a d'altres ja adoptades reconegudes.

El reconeixement i l'executivitat de mesures executòries a l'Estat contractant d'origen es produiran per un procediment abreujat i taxat seguit a l'Estat de destí.

- Circulació de documents (art. 40 i seg.): es pot obtenir a l'Estat d'origen un certificat acreditatiu de la titularitat de la representació del menor i dels seus poders, el qual no necessitarà legalització ni cap postil·la.





4. El Dret Internacional Privat en relació amb la preparació per a una futura possible pèrdua de capacitat

Des del punt de vista del Dret Internacional Privat, per atorgar un poder preventiu, manifestar una voluntat anticipada o proposar a qui hagi de ser el tutor en el futur, és possible que sorgeixin dubtes quan concorri un element transfronterer, com pot ser la nacionalitat, la residència habitual o el domicili de l'atorgant o del representant, o bé el lloc on s'hagi d'exercir la representació o on es trobin els béns, per exemple. Es dubtarà de quina autoritat serà la competent per dirimir els conflictes que puguin sorgir, quina llei serà la aplicable o quines les condicions de fons o forma que tal declaració de voluntat hagi de revestir per ser acceptada i desplegar els seus efectes.

S'aplicaran, en primer lloc, les disposicions internacionals existents, i, si no n'hi ha, per cada Estat, si les té, les seves pròpies normes nacionals de Dret Internacional Privat. En qualsevol cas, caldrà procedir prèviament a la qualificació jurídica o indagació de la naturalesa jurídica de l'acte o negoci jurídic, per saber, almenys, quina és la **lleï material aplicable**.

Així, si són poders, s'haurà de determinar:

Quina llei s'aplica:

- Si la Convenció de 13 de gener de 2000, o un altre text internacional en vigor, és aplicable o no. Segons la Convenció, l'adult pot triar per escrit que s'apliqui la llei de la seva nacionalitat, la del país on hagi residit habitualment o la del país de situació dels seus béns pel que fa a aquests (art. 15).
- Si se'ls sotmet al règim dels contractes i se'ls aplica Roma I o no. Aquest exclou expressament, en el seu art. 22, la representació legal i la voluntària.

Quin és l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei. Regula:

- L'existència del poder.
- Les facultats i les obligacions del representant.

- La qüestió de saber en quina mesura la seva actuació obliga el representat davant de tercers.
- L'abast del poder, la seva renovació i la seva extinció.
- Les extralimitacions del representant en la seva actuació i les conseqüències que això comporta.

Quin tipus de representació és, si legal o voluntària: pensem en un poder atorgat quan la persona està capacitada, però que s'exerceix quan perd la seva capacitat. Canvia el seu caràcter originari de voluntari pel de legal sobrevingut? Això té transcendència si la llei reguladora de la representació voluntària (a la qual s'aplica generalment la llei del lloc on s'exerceixen aquestes facultats) és diferent de la que regeix la representació legal (aquesta, generalment, per la llei reguladora de la relació jurídica d'on resulten les facultats).

Si ens enfrontem a unes voluntats anticipades, és convenient diferenciar entre dues situacions:

- Aquella en què s'hagin atorgat poders a una persona perquè pugui representar l'atorgant i sol·licitar informes i/o acceptar, rebutjar, sol·licitar l'adopció de certs tractaments mèdics. La solució és similar a la que hem exposat per als poders preventius o mandats de protecció futura.
- Aquella altra en què l'atorgant ja manifesta clarament i directament la seva voluntat i què és el que vol i no vol que se li faci. És un acte unilateral, no hi ha cap mandat, són instruccions clares. En principi, sembla que s'hauran de regir per l'estatut personal, o sigui, per la llei personal de l'atorgant. Aquesta pot variar d'una legislació a una altra, ja que, en uns casos, la llei personal serà la de la seva nacionalitat i, en d'altres, la de la seva residència habitual. Una qüestió diferent és la de quina forma ha de revestir aquesta voluntat i la de la llei que regeixi aquesta.

Quant a l'autotutela o proposta que es nomeni en el futur com a admi-

nistrador o representant legal una determinada persona, no es tracta pròpiament d'un apoderament, sinó d'un simple suggeriment al Jutge per quan arribi, si arriba, la incapacitació de l'atorgant i s'hagi de nomenar un representant legal. Hem de distingir dos moments: el de la proposta i el del seu nomenament efectiu. En fer la proposta, s'aplicaran les normes de Dret Internacional Privat vigents en aquell moment (la llei per la qual es regeixi la tutela/curatela o institució de protecció d'una persona determinarà la seva validesa). En fer el nomenament, s'aplicaran per determinar la seva eficàcia, vinculació i abast, les normes de Dret Internacional Privat que regeixin en aquell precís moment aquelles institucions.

La qüestió que més sol preocupar als ciutadans és la del reconeixement i acceptació del document (poder preventiu, últimes voluntats o proposta de tutor) en un Estat diferent d'aquell en què s'han atorgat

Però la qüestió que més sol preocupar als ciutadans és la del reconeixement i acceptació del document (poder preventiu, últimes voluntats o proposta de tutor) en un Estat diferent d'aquell en què s'han atorgat, per exemple, perquè és el de la seva nacionalitat, o el del seu domicili, o el de la seva residència habitual, o en el que hi té alguns béns, o, simplement, en el que s'han d'utilitzar.

- Tot i ser vàlids el poder preventiu, la declaració d'últimes voluntats o la proposta de tutor d'acord amb la legislació de l'Estat del lloc del seu atorgament, quan es vulguin fer circular, serà l'Estat de destí o recepció el que hagi d'apreciar si els accepta o no, quin és l'abast que els reconeix, si són vinculants o no i en quin grau, i si atempten o no contra el seu ordre públic o les seves normes imperatives.
- Independentment de quina sigui la forma que el poder preventiu, la declaració d'últimes voluntats o la pro-



posta de tutor hagin d'adoptar per a la seva validesa, és evident que, per a la seva acceptació o circulació, ajudarà el fet que constin en **document notarial** (no hauria de ser suficient la simple legitimació notarial de signatures o el reconeixement notarial que una signatura és d'una persona concreta, si no hi ha hagut control vertader, degudament assessorat, de legalitat emparat per la fe pública), degudament postil·lat o legalitzat i, si escau, si no s'entén la llengua, degudament traduït (traducció jurada). A més, s'haurà de vetllar perquè no siguin contraris a l'ordre públic de l'Estat de destí ni a les seves normes imperatives.

- No obstant això, tal com hem apuntat, caldria matisar la resposta per a aquells casos en què la legitimació de signatures impliqui un autèntic control de legalitat del Notari intervinent; o en què la postil·la o legalització no sigui necessària o s'opti per no exigir-la sota la responsabilitat de qui ho faci, i sense perjudici dels mecanismes de protecció que pogués haver adoptat, o en què la traducció no sigui necessària o n'hi hagi prou amb una que no sigui jurada. El receptor del document ho determinarà sota la seva responsabilitat. En definitiva, caldrà atènyer-se a allò que en el futur puguin disposar les diferents disposicions europees que en aquestes matèries es vagin aprovant.

VI. CONCLUSIONS

1. Les persones discapacitades, encara que no hagin estat judicialment incapacitades, necessiten ser integrades i acollides en i per la societat, no merament protegides. D'aquí que la capacitat que se'ls hagi d'apreciar hagi de ser la **suficient** per al que es pretengui, no la general per a obrar en qualsevol negoci.
2. El tractament jurídic ha de ser diferent en funció de quina sigui la discapacitat, atès que la física no podrà rebre el mateix que la intel·lectual.
3. Les mesures de protecció que s'adoptin han de ser:
 - a) Adequades per a la persona del discapacitat.
 - b) Eficaces per evitar els abusos i assegurar el respecte a la voluntat i a les decisions del discapacitat.
 - c) Immediatament adoptades.
 - d) Estar en permanent revisió.
4. S'ha de donar preferència a un sistema més modern d'ajuda o suport al discapacitat, al qual se li permeti actuar fins on arribi en funció del moment, el lloc i la naturalesa de l'acte o negoci que pretengui o hagi de realitzar, de manera que no només no se l'anul·li, sinó que se'n faciliti la seva integració social davant del sistema tradicional de protecció i substitució («la seva mort

civil»), tret de casos excepcionals, irreversibles i verdaderament greus.

5. S'ha de fomentar, en aquesta matèria, l'autonomia de la voluntat (dins dels límits que permeti l'interès superior de la persona a protegir) i donar suport als sistemes d'ajuda amb flexibilització dels sistemes tradicionals de guarda, tutela, protecció i altres anàlegs (ajuda davant la necessària incapacitació judicial i suavització dels mecanismes de control tradicionals, acomodant-los a les necessitats de cada moment, de cada persona i dels seus béns).
 6. Cal insistir, i fins i tot cal reforçar, el paper del Notari com a òrgan idoni de protecció dels discapacitats, i reduir la implicació dels jutges en els casos tradicionals de jurisdicció voluntària, o sigui, no contenciosos. Aquest, per les condicions que concorren en l'exercici de la seva funció, per la proximitat als interessats i la confiança guanyada, en ser coneixedor de la situació personal, social, laboral, familiar i econòmica dels afectats, gaudeix dels elements necessaris i suficients per valorar en cada cas concret el que més convé a la persona vulnerable.
 7. Des del punt de vista legal, cal que les legislacions nacionals s'adaptin a les idees expressades.
 8. Des del punt de vista del Dret Internacional Privat, atesa la impossibilitat d'unificar el contingut substantiu o material de les lleis que existeixen, s'han d'unificar les normes de conflicte, de manera que quedi clar quina autoritat és competent en cada cas en matèria de discapacitat, quina llei és aplicable i quins documents (i en quines condicions) es necessiten per assegurar la seva lliure i ràpida circulació.
- Té especial interès el fet de regular aquestes qüestions en matèria de poders preventius, voluntats anticipades i propostes de nomenament de tutor, atesa la llacuna legal existent, la importància social que aquestes institucions van adquirint (i que es va traduïnt en un augment del nombre d'estat que les regulen) i la diferència reguladora que existeix.
9. Un cop aconseguit tot això dit anteriorment, cal fomentar l'adhesió de



com més estats millor a normes uniformes de Dret Internacional Privat.

10. S'ha de facilitar la circulació dels documents públics, i més concretament, dels documents notariaus autoritzats per un Notari de perfil llatí-germànic.

S'hauria d'intentar suprimir, o almenys minimitzar, l'exigència de la legalització o postil·la.

Es podrien crear models oficials, traduïts a diferents llengües, que facilitessin l'acreditació de la representació legal.

11. Facilitar l'accés als registres públics que publiquen informació sobre la menor edat de les persones, de qui són els seus representants legals, de si aquests han estat privats d'aquesta o no, de quins han estat incapacitats i quin és el règim establert, i de si existeixen poders preventius, voluntats anticipades o propostes de nomenament de tutor.

12. Els notaris hem de ser clars i precisos en la redacció dels documents que autoritzem. Hem de tenir present que aquests es poden arribar a utilitzar a l'estranger. D'aquí que pugui ser convenient, segons el cas, expressar-hi quines són la nacionalitat i la residència habitual de l'atorgant, com també la seva voluntat de sotmetre el negoci formalitzat a una llei concreta (generalment, la del lloc de l'atorga-

ment, que també és on residirà habitualment l'atorgant i on s'utilitzarà el document), la qual cosa servirà per interpretar, aclarir i completar, si fos necessari, la seva voluntat. A més, s'haurà d'informar i advertir l'atorgant de les mesures que hauria d'adoptar per dotar de plena eficàcia i publicitat el document i el negoci que conté.

Els notaris europeus, i els del món sencer, units sota el paraigües de la UINL, estem fortament involucrats en l'elaboració d'un Dret que faciliti la vida als ciutadans brindant-los la protecció i la seguretat jurídica que necessiten

Els notaris europeus, i els del món sencer, units sota el paraigües de la UINL, estem fortament involucrats en l'elaboració d'un Dret que faciliti la vida als ciutadans brindant-los la protecció i la seguretat jurídica que necessiten.

- (1) A França prefereixen parlar d'*oficials públics*.
- (2) Emprem aquesta expressió com a equivalent a la proposta d'una persona sobre qui vol que sigui el seu representant legal quan el necessiti, sigui qui sigui aquest en funció del grau d'incapacitat i, per tant, ja es necessiti un tutor, o un

curador, o qualsevol altra figura jurídica possible.

- (3) Dinamarca no participa en el Reglament, que està sent objecte de revisió actualment. Suècia i Finlàndia donen preferència a les seves relacions mútues entre totes dues a l'Acord Nòrdic de 6 de febrer de 1931, entre Dinamarca, Finlàndia, Islàndia, Noruega i Suècia.
- (4) Vigent a nivell europeu a Alemanya des de l'1-1-2011, a Àustria des de l'1-4-2011, a Bèlgica des de l'1-9-2014, a Bulgària des de l'1-2-2007, a Croàcia des de l'1-1-2010, a la República Txeca des de l'1-1-2002, a Eslovàquia des de l'1-1-2002, a Eslovènia des del 3-8-2004, a Espanya des de l'1-1-2011, a Estònia des de l'1-6-2003, a França des de l'1-2-2011, a Grècia des de l'1-6-2012, als Països Baixos des de l'1-5-2011, a Hongria des de l'1-5-2006, a Itàlia des del 23-4-1995, a Letònia des de l'1-4-2003, a Lituània des de l'1-9-2004, a Luxemburg des de l'1-12-2010, a Malta des de l'1-1-2012, a Polònia des de l'1-11-2010, a Portugal des de l'1-8-2011, a Romania des de l'1-1-2011, a Xipre des de l'1-11-2010, a Dinamarca des de l'1-10-2011, a Irlanda des de l'1-1-2011, a Regne Unit des de l'1-11-2012, a Suècia des de l'1-1-2013 i a Finlàndia des de l'1-3-2011.
- (5) El text parla de la «*responsabilitat parental*».
- (6) Potser seria convenient definir el concepte de *residència habitual*, com es fa al Reglament UE 650/2012, de successions internacionals.
- (7) Potser seria convenient definir el concepte de *residència habitual*, com es fa al Reglament UE 650/2012, de successions internacionals.

RAPPORT DU NOTARIAT DU TOGO

XXVI 1E CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT LATIN
NOMINÉ PRIX DUCRET 2016

CIAMBRE DES NOTAMES 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.

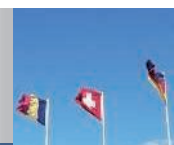
Pour le mariage, il a été souligné l'âge fixé par le législateur pour se marier et les possibilités de dispense par l'autorisation des père et mère pour les mariages pour mineurs.

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 survi-



vant 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 pas malheureusement 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 daris 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 fiens 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 re-

treint 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 nouveau 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 ahonde ainsi dans le sens du respect de la coutume, qui corrobore ce principe, qui á 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 á charge de préserver une norme de conduite destinée á 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 á 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-il 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 connaissent 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 á 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 á la qualité d'époux.

Le mariage est donc á la fois un contrat et une institution; contrat dans la mesure où le consentement des époux apparait 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 á 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 á 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 á défaut, de la personne qui, selon la loi, a autorité sur

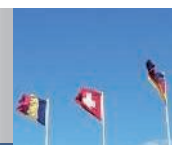
En cas de dissentiment entre les père et mère, ce partage emporte refus d'autorisation (art.45 al 1).

Le dissentiment entre les père et mère peut être constaté, á 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 á 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'époux ou, si ce dernier réside á l'étranger, par un acte dressé par l'agent diplomatique ou consulaire togolais.

Le refus d'autorisation des père et mère ou leur dissentiment peut être déféré au président du tribunal, á la requête des futurs époux ou de l'un des parents. (art.45 alinéa 2 á 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 découle 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 á 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 alliés 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 «*Bâtards 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 300^e jour au 180^e 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 juge-

ment 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 *Bonaparte*, 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 du 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 autres ascendants encore qu'ils soient issus de différents mariages ou nés hors mariage notamment l'adopté simple). Ils succèdent ainsi par égale portion 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 filies prédécédées, et cela est entré dans les mœurs, 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 cadre 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 pris en compte, et on faisait bénéficier du quart de la succession: (*le quart du conjoint pauvre*) ce quart 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 une 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 descendants d'eux, le conjoint survivant a droit à un quart de la succession.

Mais lorsqu'il ne laisse pas de descendants mais des parents ou ascendants, le conjoint survivant a droit à la moitié de la succession conformément aux dispositions de l'article 429 du nouveau code.

Aussi, la législation nouvelle qu'on croyait pouvoir éradiquer la coutume la place 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 Fon fonde la dévolution successorale sur une donnée sentimentale, l'affection pré-

sumée 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 compensation 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 lui 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 Fon voulait conserver les biens de ce dernier dans sa familia

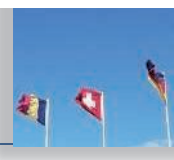
Mais ce refus de l'inclure parmi les héritiers n'empêchait pas l'époux de son vivant de consentir des libéralités à sa conjointe.

Ainsi, comme nous l'affirmer 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 mœurs, 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, 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 répoux 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 d'elle, y sont fortes (I), et quand elles tendent à être concrétisées peuvent induire des incidences majeures 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 de 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 a coup sûr 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 survivante 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 susceptible d'apporter au conjoint survivant, et de là, il est à noter d'emblée que le droit coutumier exhérède 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, devra 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 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 générale; 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 de l'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, fera en sorte qu'il pourrait hériter de leur concubin tout naturellement, puis qu'aujourd'hui le seul moyen qu'ils ont pour se voir transmettre une petite part d'héritage, 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 apparaîtrait comme la dernière

pièce 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.

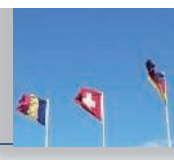
Il est aussi à souligner que le droit des successions ne tire fort logiquement aucune conséquence positive de cette absence de lien qui fait largement tort aux uns et aux autres, vivant comme des couples de mariés, ce qui montre que comme beaucoup de pays reprouvent à inclure les concubins parmi les 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 con/u doit être né vivant et viable. Sont donc incapables de succéder, l'enfant qui n'est pas encore con/u 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⁾.

(sic) 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 levirat 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 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 combent 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-elles 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 de 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 encrage 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 de 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'encrage 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.

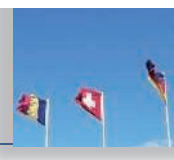
Code Civil français de 1804.

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'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 français, 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 français 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.

Sentències del Tribunal Suprem

Datades des d'abril a desembre 2016

Redacció Wolters Kluwer

ARRENDAMENT D'OBRA

El TS declara nuls els pactes que excedeixen el límit de 60 dies per al pagament de les factures en contractes d'obra

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 688, de 23 de novembre de 2016 (Ponent: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 166309/2016

RESUM: Reclamació del pagament de factures pel subcontractista. Estimació de la demanda. Nul·litat de la clàusula que establia un termini superior a 60 dies per a l'abonament de les factures. Caràcter imperatiu del precepte legal que fixa el termini de pagament en 60 dies. Actes propis. El simple fet que el subcontractista no hagi impugnat prèviament el contingut abusiú d'algunes clàusules no constitueix, de cap manera, un acte propi que n'impedeixi la reclamació en el transcurs de l'execució del contracte.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda i van condemnar la unió temporal d'empreses demandada al pagament de la quantitat reclamada més els interessos previstos a la Llei 3/2004, respecte de les factures el pagament de les quals s'hagués realitzat posteriorment al termini pactat de 180 dies. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la demandant i imposa a la demandada el pagament dels interessos esmentats respecte de les factures abonades posteriorment al termini de 60 dies com a límit legalment establert.

Exoneració del promotor davant de la reclamació del constructor que va pagar la reparació dels danys de l'obra, condemnats tots dos en un procés anterior

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 712, de 28 de novembre de 2016 (Ponent: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 174290/2016

RESUM: Defectes de la construcció. Acció de repetició o de retorn (article 1145 del Codi Civil) del constructor que va pagar la reparació dels danys de l'obra conforme a la responsabilitat solidària declarada per una prèvia sentència, sense determinació de les quotes de responsabilitat dels agents intervinents. Exoneració del promotor que no va participar en les tasques de construcció, ni va donar instruccions d'aquesta.

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar l'acció de repetició formulada per la constructora contra la promotora i l'aparellador. L'AP La Corunya va revocar en part la sentència d'instància i va absoldre la promotora. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per la demandant.

ARRENDAMENTS URBANS

Extinció d'arrendament de local per jubilació de l'arrendatari que prèviament havia estat declarat en situació d'invalidesa per a un altre treball

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 401 de 15 de juny de 2016 (Ponent: O'Callaghan Muñoz, Xavier) LA LEY 65868/2016

RESUM: Arrendament de local de negoci. Extinció del contracte per jubilació de l'arrendatari el 2005 tot i que anteriorment, el 1990, havia estat declarat en situació d'invalidesa permanent per un altre treball. No és aplicable la LAU 1964, que no preveia la jubilació com a causa d'extinció de la relació arrendatícia, sinó la disposició transitòria 3 B.3 LAU 1994, que sí que ho fa. La jubilació és la que determina l'extinció de la relació arrendatícia, sense importar que l'arrendatari segueixi treballant o qualsevol altra cosa, com ara el fet que abans hagi estat declarat amb invalidesa que se li aplica a la seva anterior relació laboral, no a l'arrendatícia. Aquesta queda extingida per la jubilació.



ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda de resolució de contracte d'arrendament de local de negoci. L'AP Sevilla va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que no és procedent el recurs de cassació formulat pel demandat.

COMPRAVENDA. D'EMPRESA

Obligació de l'empresari que transmet una empresa d'abstenir-se de realitzar una activitat competitiva en relació amb l'activitat empresarial transmesa

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 122 de 9 de maig de 2016 (Ponent: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 48364/2016

RESUM: Compravenda de la majoria de les accions d'una societat anònima. Transmissió d'empresa. Clàusula de prohibició de competència del transmissor. Incompliment d'aquesta prohibició. L'obligació d'abstenir-se de realitzar una activitat competitiva no ha d'estar pactada expressament, ja que està implícita en les exigències de la bona fe conforme als art. 1258 CC i 57 CCom. Falta de justificació de la pretensió indemnitzatòria exercitada pels adquirents.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de reclamació d'indemnització per incompliment del pacte de no competència. El Tribunal Suprem estima el recurs extraordinari per infracció processal interposat pels demandants en l'únic sentit de deixar sense efecte la condemna en costes de l'apel·lació.

El TS estableix doctrina sobre la repercussió d'una part de l'IBI al comprador per part del venedor que el va pagar íntegrament

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 409 de 15 de juny de 2016 (Ponent: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 65862/2016

RESUM: Compravenda d'immoble. Pagament de l'IBI per part del venedor. Repercussió sobre el comprador. El Tribunal Suprem declara com a doctrina jurisprudencial que l'art. 63.2 de la Llei d'Hisendes Locals s'ha d'interpretar de manera que, en cas d'absència de pacte en contrari, el venedor que aboni l'IBI podrà repercutir-lo sobre el comprador, en proporció al temps en què cada una de les parts hagi ostentat la titularitat dominical i pel temps que ho sigui.

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda formulada per les venedores i va reclamar a la compradora la part proporcional de l'import de l'impost de béns immobles relatiu a l'any en què es va produir la venda. L'AP Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat per les demandants, cassa la sentència recorreguda i confirma la del Jutjat.

COMPRAVENDA. D'HABITATGE EN CONSTRUCCIÓ

La falta de determinació de la data d'entrega de l'habitatge adquirit no és causa de nul·litat del contracte

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 561 de 23 de setembre de 2016 (Ponent: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 129012/2016

RESUM: Falta de determinació de la data d'entrega. No és causa de nul·litat del contracte, ni exclou la resolució d'aquest per retard en l'entrega. Resolució del contracte per incompliment del comprador de la seva obligació de pagament d'una

part molt substancial del preu pactat. Indemnització de danys i perjudicis consistent en la retenció per la venedora de les quantitats entregades a compte del preu.

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar en part la demanda interposada pel comprador, va declarar la nul·litat de la resolució extrajudicial del contracte realitzada per l'entitat venedora, però va desestimar la petició de declaració de nul·litat del contracte. També va estimar la reconvenió formulada per la venedora i va declarar resolt el contracte per incompliment del comprador, amb dret de la venedora a fer seva, en concepte de danys i perjudicis, la quantitat entregada com a part del preu. L'AP Pontevedra va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la petició de nul·litat del contracte per falta de determinació de la data de l'habitatge. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la venedora, cassa la sentència recorreguda i confirma la del Jutjat.

COMPRAVENDA. D'HABITATGE FUTUR

El TS fixa doctrina sobre l'aplicació de la Llei 57/1968 als casos de nul·litat de la compra per error en el consentiment per ocultació de vicis urbanístics

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 527 de 12 de setembre de 2016 (Ponent: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 119449/2016

RESUM: Nul·litat del contracte per error en el consentiment ja que a la data de subscripció d'aquest no es va informar a la compradora de l'existència d'un litigi per il·legalitats urbanístiques. Restitució de les quantitats entregades. Condemna tant la promotora com l'asseguradora amb què va contractar la preceptiva pòlissa d'assegurança de les quantitats esmentades.

El Tribunal Suprem fixa com a doctrina que «les garanties legals de les quantitats anticipades per adquisició d'habitatges que regula la Llei 57/1968 i disposició addicional primera de la LOE s'estenen a aquells supòsits en què el contracte de compravenda no arriba a bon fi, per declarar-se nul per vici invalidant del consentiment en haver ocultat el promotor-venedor al comprador l'existència de vicis de l'edificació de naturalesa urbanística».

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de nul·litat de compravenda d'habitatge per error en el consentiment i van condemnar la promotora-venedora a retornar les quantitats entregades a compte del preu. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la compradora i condemna també l'asseguradora codemandada que va garantir aquestes quantitats.

COOPERATIVES

Condemna la societat gestora de la cooperativa d'habitatges a retornar les quantitats anticipades per un dels cooperativistes

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 469 de 12 de juliol de 2016 (Ponent: Marín Castán, Francisco) LA LEY 79484/2016

RESUM: Demanda formulada per un cooperativista sol·licitant la resolució del contracte d'incorporació a la cooperativa, com també la devolució de les quantitats entregades a compte del preu. Estimació. La promoció d'habitatges en règim de cooperativa està subjecta al règim de la Llei 57/1968 i la garantia de devolució de les quantitats anticipades constitueix un dret irrenunciable. Incomplida l'obligació de constituir la garantia, la responsabilitat ha de recaure no sobre la cooperativa, sinó sobre la societat mercantil professionalment dedi-



Sentències

cada a la gestió de la cooperativa, precisament per la seva condició de professional, fins i tot quan, dit sense embuts, no sigui la perceptora de les quantitats anticipades.

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar la demanda i va condemnar la cooperativa i la gestora d'aquesta a la devolució de les quantitats anticipades per la demandant. L'AP Madrid va revocar la sentència i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem estima en part el recurs de cassació per interès cassacional interposat per la demandant i cassa parcialment la sentència recorreguda per deixar sense efecte la desestimació de la demanda respecte de la gestora codemandada.

DRET A LA INTIMITAT

Vulneració del dret a la intimitat del marit d'un membre de la família reial per la divulgació de correus electrònics sobre la seva vida privada

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 485 de 14 de juliol de 2016 (Ponent: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 82421/2016

RESUM: Intromissió il·legítima. Divulgació i publicació de correus electrònics personals del marit d'un membre de la família reial. Conflictu entre la llibertat d'expressió i informació i el dret a la intimitat. Les dades relatives a les relacions sentimentals i sexuals de les persones no tenen interès públic encara que la persona afectada sigui un personatge públic i tingui un paper rellevant en la societat. Absolució dels mitjans de comunicació que es van limitar a informar de l'aportació dels correus a una causa penal, però no dels mitjans que van incórrer en una especulació morbosa amb l'única finalitat de satisfer la curiositat de persones interessades en les vides alienes. Responsabilitat de la persona que va filtrar els correus electrònics als mitjans de comunicació. VOT PARTICULAR.

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda de protecció del dret a la intimitat. L'AP Barcelona va revocar la sentència i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per dos dels demandats i desestima la demanda respecte a aquests, però ratifica la condemna de la resta de demandats i desestima els seus recursos.

DRET A L'HONOR

El TS fixa com a doctrina jurisprudencial que les persones jurídiques de Dret públic no són titulars del dret a l'honor

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 408 de 15 de juny de 2016 (Ponent: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando), LA LEY 63145/2016

RESUM: Demanda per intromissió il·legítima formulada per un ajuntament. Falta de legitimació activa. El Tribunal Suprem fixa com a doctrina jurisprudencial la següent: «Les persones jurídiques de Dret públic no són titulars del dret a l'honor que garanteix l'article 18.1 de la Constitució Espanyola».

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda per intromissió il·legítima en el dret a l'honor. El Tribunal Suprem desestima els recursos extraordinari per infracció processal i de cassació interposats per l'ajuntament demandant.

DRET A L'OBLIT DIGITAL

Google Spain pot ser demandada en un procés civil sobre protecció dels drets fonamentals

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 210 de 5 d'abril de 2016 (Ponent: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 19837/2016

RESUM: Legitimació passiva de la filial espanyola de l'empresa titular del buscador Google. El tractament de les dades personals vinculades amb la concessió d'un indult en un buscador generalista d'Internet deixa de ser lícit un cop transcorregut un termini raonable des que s'ha concedit l'indult si l'afectat exercita el seu dret d'oposició, quan no és una persona de rellevància pública, ni els fets presenten un interès històric. Equilibri entre el dret a la informació sobre la concessió d'indults i els drets a l'honor, intimitat i protecció de dades personals de l'indultat.

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda de protecció dels drets a l'honor, intimitat i protecció de dades del demandant. L'AP Barcelona va revocar la sentència del Jutjat i va estimar en part la demanda. El Tribunal Suprem desestima els recursos formulats per totes dues parts.

DESNONAMENT PER PRECARI

Desnonament per precari de l'habitatge cedit pels pares com a domicili conjugal del seu fill i la seva esposa, l'ús del qual va ser atribuït a aquesta en procés de divorci

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 279 de 28 d'abril de 2016 (Ponent: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 43288/2016

RESUM: Habitatge cedit pels pares com a domicili conjugal del seu fill i l'esposa d'aquest, l'ús del qual va ser atribuït a aquesta en sentència de divorci dictada després de la defunció del pare i de la partició de l'herència en què es va adjudicar al fill una quota minoritària en la propietat de l'habitatge. Estimació de la demanda. La copropietat del fill sobre una quota minoritària de l'habitatge en el moment de dictar-se la sentència de divorci no altera la situació inicial de precari. El titular d'una quota minoritària en la copropietat d'una cosa no pot, per si mateix, donar-la vàlidament en comodat a un tercer.

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de desnonament per precari. L'AP València va revocar la sentència i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la demandant, cassa la sentència recorreguda i confirma la del Jutjat.

DIVORCI

El TS considera que la falta total de respecte del marit cap a l'esposa impedeix la concessió del règim de custòdia compartida

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 350 de 26 de maig de 2016 (Ponent: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 52462/2016

RESUM: Custòdia compartida. L'actitud de falta total de respecte, inclús abusiva i dominant, del pare cap a la mare fa impensable que pugui arribar a bon port un sistema de custòdia compartida que exigeix un mínim de respecte i actitud col·laborativa.

ITER LEGISLATIU: Les sentències d'instància van estimar la demanda de divorci i, entre altres mesures, van establir el sistema de custòdia compartida del fill menor. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la mare, cassa parcialment la sentència recorreguda i deixa sense efecte la custòdia compartida per atribuir la custòdia del menor a la mare.



L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar en els supòsits de custòdia compartida ha de respectar el principi de proporcionalitat

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 522 de 21 de juliol de 2016 (Ponent: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 91130/2016

RESUM: Atribució a l'esposa de l'ús de l'habitatge familiar privatiu de l'espòs en un supòsit de custòdia compartida de la filla del matrimoni. S'ha d'avaluar si el temps pel qual fixa l'adscripció de l'habitatge coincideix o no amb el principi de proporcionalitat, atès que l'art. 96.3 CC exigeix que el termini sigui prudencial. En aquest cas, el Tribunal Suprem considera raonable el termini de dos anys des que es va dictar la sentència de cassació, tenint en compte que des de la interposició de la demanda han transcorregut quatre anys, és a dir que, sumat als dos anys, s'estaria conferint a l'esposa un període de sis anys per restablir la situació econòmica.

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar parcialment la demanda de divorci, va declarar la guarda i custòdia compartida de la filla haguda en el matrimoni i va atribuir l'ús i gaudi de l'habitatge familiar a l'esposa i a la filla fins a la liquidació del règim econòmic matrimonial. L'AP Astúries va revocar en part la sentència del Jutjat i va adjudicar l'habitatge familiar a la mare i a la filla fins que aquesta complís la majoria d'edat. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per l'espòs i cassa parcialment la sentència recorreguda en el sentit de declarar que l'habitatge familiar queda assignat a la menor i la seva mare durant el període de dos anys computables des de la data de la sentència de cassació.

FILIACIÓ

El Tribunal Suprem fixa doctrina respecte als reconeixements de complaença de la paternitat

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 494 de 15 de juliol de 2016 (Ponent: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 85462/2016

RESUM: Impugnació del reconeixement de filiació realitzat pel demandant durant el seu matrimoni respecte de la filla biològica de la seva esposa, però no seva, nascuda abans del matrimoni. Caducitat d'acció. Aplicació de l'art. 136 CC. El Tribunal Suprem fixa la següent doctrina: 1a) El reconeixement de complaença de la paternitat no és nul per ser de complaença. 2a) Pot ser que qui ha realitzat un reconeixement de complaença de la seva paternitat exerciti una acció d'impugnació de la paternitat, fundada en el fet de no ser el pare biològic del reconegut. Si aquesta acció prospera, el reconeixement esdevindrà ineficaz. L'acció procedent serà la regulada a l'art. 136 CC si la paternitat determinada legalment pel reconeixement és matrimonial en el moment d'exercici de l'acció; i serà la que regula l'art. 140.II CC si la paternitat és no matrimonial i ha existit possessió d'estat, encara que aquesta no persisteixi en el moment de l'exercici de l'acció. 3a) En cas que l'autor del reconeixement de complaença i la mare del reconegut hagin contret matrimoni posteriorment al naixement d'aquest, l'acció d'impugnació de la paternitat que aquest reconeixedor podrà exercitar serà la regulada a l'art. 136 CC, durant el termini de caducitat d'un any que el mateix article estableix. També serà aquesta l'acció, quan el reconeixement s'hagi realitzat abans de la celebració del matrimoni referit, i a no ser que hagi caducat abans l'acció que regula l'art. 140.II CC; en aquest cas, el reconeixedor no podrà exercitar l'acció de l'art.

136 CC: el matrimoni no obrirà un nou termini d'un any a aquest efecte.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda d'impugnació del reconeixement de filiació realitzat pel demandant en considerar caducada l'acció. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat pel demandant.

FILIACIÓ EXTRAMATRIMONIAL

Ordre dels cognoms del menor en cas de paternitat reconeguda en procediment de reclamació de paternitat no matrimonial.

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 659 de 10 de novembre de 2016 (Ponent: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 160582/2016

RESUM: Declaració de paternitat. Ordre de cognoms del menor. Prevalença de l'interès superior d'aquest. L'edat del nen en el moment de determinar-se la filiació no és l'element únic i essencial a prendre en consideració. L'interrogant que cal no és tant si existeix perjudici per al menor pel canvi de cognoms sinó si li seria beneficiós el canvi. En el cas que ens ocupa, no s'ha acreditat cap circumstància que aconselli el canvi de cognom amb el qual el menor apareix identificat des de la inscripció del seu naixement.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de reclamació de paternitat i van declarar que el demandant era el pare biològic del fill de la demandada, i va ordenar la rectificació dels cognoms del menor en el Registre Civil havent de ser inscrit com a primer cognom amb el patern i com a segon cognom amb el matern. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la demandada i cassa la sentència recorreguda ordenant que el primer cognom del menor sigui el primer de la mare i el segon el primer del pare.

JUDICI CANVIARI

Aplicació de la doctrina del TS sobre la falta d'antesignatura en un pagaré per apoderat d'una societat en el cas de la seva circulació canviària mitjançant endós

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 329 de 19 de maig de 2016 (Ponent: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 52080/2016

RESUM: Reclamació de pagaré. Estimació de la demanda. Aplicació de la doctrina jurisprudencial sobre la falta d'antesignatura en un pagaré per apoderat d'una societat en el cas de la seva circulació canviària mitjançant endós. El signatari d'un pagaré que no va fer constar el poder de representació amb què actua o, almenys, la menció del segell de la raó social en la representació de la qual actua, també resulta obligat canviàriament si en la literalitat de l'endós tampoc se'n destaquen aquestes circumstàncies. Sense possibilitat de tenir en compte la heteroeeficàcia de la representació directa, que actua solament en el marc de la relació jurídica bilateral o causal que va motivar l'emissió del pagaré, ni els negocis posteriors que resultin estranys al règim canviari, cas del descompte efectuat, ja que les manifestacions contingudes en aquest no constitueixen declaracions canviàries.

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda d'oposició canviària i va ordenar la continuació del judici canviari. L'AP Barcelona va revocar la resolució anterior i va deixar sense efecte el despatx d'execució. El Tribunal Suprem



Sentències

estima el recurs de cassació interposat pel demandant, cassa la sentència recorreguda i confirma la del Jutjat.

MARQUES

Venda a través d'una pàgina web de producte de perfumeria de luxe que perjudica la reputació de les marques d'aquests productes

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 267 de 22 d'abril de 2016 (Ponent: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 32871/2016

RESUM: Esgotament del dret de marca. Excepcions. Existència d'una xarxa de distribució selectiva dels productes de perfumeria de luxe emparats per les marques de les demandants. Venda en línia a través d'una pàgina web per una empresa aliena a aquesta xarxa. Condicions de venda que perjudiquen la reputació de les marques. MESURES CAUTELARS. El tribunal, en dictar la sentència en el procés principal, no resulta vinculat per la decisió que va adoptar sobre les mesures cautelars.

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil va desestimar la demanda sobre infracció del dret de marca. L'AP Alacant va revocar la sentència i va estimar substancialment la demanda condemnant la demandada a cessar i a abstenir-se en el futur de realitzar la conducta infractora i a indemnitzar les demandants amb 23.886,24 euros. El Tribunal Suprem estima en part el recurs de cassació interposat per la demandada i modifica parcialment el pronunciament condemnatori.

NOTARIS

Aplicació de la doctrina sobre la doble venda al supòsit de «doble contracte de constitució d'hipoteca»

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 368 de 3 de juny de 2016 (Ponent: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 59411/2016

RESUM: Demanda de responsabilitat civil de notari pel retard en l'enviament d'una escriptura d'hipoteca al Registre competent, que va permetre la inscripció anterior d'una altra escriptura d'hipoteca prèviament atorgada sobre la mateixa finca. Desestimació. Falta de prova del dany i la indemnització del qual es demana. Aplicació de la doctrina sobre la doble venda al supòsit de «doble contracte de constitució d'hipoteca». Falta de bona fe. Coneixement de l'existència de la hipoteca anterior. No es pot considerar dany indemnitzable un resultat —que la hipoteca anterior prevalgui sobre la de la demandant— que el Dret vol que es produeixi.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de reclamació d'indemnització per responsabilitat civil de la notaria demandada. El Tribunal Suprem desestima els recursos interposats per la demandant.

PRÉSTEC HIPOTECARI

El TS exclou l'aplicació del control de transparència en la contractació sota condicions generals entre empresaris

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 367 de 3 de juny de 2016 (Ponent: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 59016/2016

RESUM: Acció de nul·litat per abusiva de la clàusula sòl. Desestimació. Condició de no consumidor de la prestatària. Imprudència del control de transparència qualificat de les condicions generals incloses en els contractes amb adherents no consumidors. Aquest control de transparència diferent del simple control

d'inclusió està reservat en la legislació comunitària i nacional, i per això, en la jurisprudència del TJUE i del TS, a les condicions generals incloses en contractes formalitzats amb consumidors. En el cas que ens ocupa, no va existir desequilibri o abús de la posició contractual per part de la prestadora ja que hi va haver negociacions intenses entre les parts i la prestatària va tenir perfecta consciència de l'existència i la funcionalitat de la clàusula. VOT PARTICULAR.

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil va estimar la demanda de nul·litat de la clàusula sòl inclosa en el préstec hipotecari formalitzat entre els litigants. L'AP La Corunya va revocar la sentència i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per la demandant.

PROCEDIMENT CONCURSAL

El TS fixa doctrina sobre l'àmbit de coneixement en la secció de qualificació del concurs reoberta després de l'incompliment o la impossibilitat de compliment del conveni

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 246 de 13 d'abril de 2016 (Ponent: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 29700/2016

RESUM: Reobertura de la secció de qualificació després de la impossibilitat de compliment del conveni. El Tribunal fixa la següent doctrina jurisprudencial: «La qualificació després de la reobertura per incompliment o impossibilitat de compliment de conveni ha de ser enjudiciada únicament des de la perspectiva dels art. 164.2.3r, 167.2, 168.2 i 169.3 LC. Fet que suposa que, respecte de les causes de qualificació, l'àmbit de coneixement en la secció reoberta es limita necessàriament i exclusivament a la determinació de si la frustració del compliment del conveni és imputable al deutor concursat».

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil va desestimar la pretensió de qualificació del concurs com a culpable pel que fa a l'incompliment del conveni imputable a la concursada. L'AP Les Palmes va revocar en part la sentència del Jutjat i va qualificar el concurs com a culpable, i va declarar l'administrador de dret i l'administradora de fet de la concursada com a persones afectades per la qualificació. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per tots dos administradors, cassa la sentència recorreguda i afirma la del Jutjat.

Tractament concursal de la indemnització per extinció del contracte de treball per incompliment greu de l'ocupador

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 473 de 13 de juliol de 2016 (Ponent: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 85484/2016

RESUM: Impugnació de la llista de creditors. Qualificació com a crèdits contra la massa de la indemnització per extinció del contracte de treball per falta de pagament o retards continuats en l'abonament del salari (art. 50.1.b de l'Estatut dels Treballadors) quan la sentència es dicta després de la declaració de concurs. L'element temporal determinant per a la consideració com a crèdits contra la massa consisteix en què la meritació del crèdit es produeixi després de la declaració del concurs. La sentència del Jutjat Social que acorda l'extinció del contracte de treball per incompliments greus de l'ocupador revesteix caràcter constitutiu. Per aquesta raó, tant l'extinció de la relació laboral com el naixement del crèdit indemnitzatori corresponent operen des de la sentència ferma que l'acorda.

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància i Mercantil va estimar parcialment la demanda d'impugnació de la llista de creditors. L'AP Lleó va revocar la sentència del Jutjat en el sentit de classificar també com a crèdits contra la massa les indemnitzacions que, per extinció dels contractes de treball, els van ser reconegu-



des als demandants pel Jutjat Social. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per l'administració concursal.

El TS fixa doctrina sobre el límit temporal previst en l'art. 97 bis 1 LC per sol·licitar la modificació de la llista definitiva de creditors

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 652, de 4 de novembre de 2016 (Ponent: Sancho Gargallo, Ignacio) LA LEY 156092/2016

RESUM: Interpretació de l'art. 97 bis 1 LC en un cas en què la TGSS sol·licita la modificació del crèdit que té reconegut en el text definitiu de la llista de creditors després que s'hagués aprovat judicialment un conveni i que més tard s'hagués obert la fase de liquidació. El Tribunal Suprem fixa doctrina jurisprudencial en el següent sentit: el límit temporal previst a l'art. 97 bis 1 LC per sol·licitar la modificació de la llista definitiva de creditors a l'empara de l'art. 97.3 LC, varia segons s'estigui en fase de compliment del conveni o de liquidació. Quan la modificació se sol·licita durant la fase de liquidació, amb independència que hagi vingut o no precedida d'una aprovació judicial de conveni, el límit temporal aplicable és el propi de la liquidació: la presentació de qualsevol dels dos informes previstos a l'art. 152.2 LC i l'art. 176 bis 1 LC. Frustrat el conveni i oberta la fase de liquidació, sobre la petició de modificació de la llista de creditors només resulta oposable el límit temporal previst a l'art. 97 bis 1 LC per a la liquidació.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la pretensió de modificació del text definitiu de la llista de creditors. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la demandant, cassa la sentència recorreguda i estima la demanda.

PROPIETAT HORIZONTAL

El TS aclareix l'abast del requisit de l'autorització expressa al president de la comunitat per exercitar accions judicials

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 422 de 24 de juny de 2016 (Ponent: Marín Castán, Francisco) LA LEY 70554/2016

RESUM: Legitimació activa del president de la comunitat de propietaris. Necessitat d'un acord previ de la junta de propietaris que l'autoritzi expressament per exercitar accions judicials en defensa d'aquesta. Existència de l'acord en el cas que ens ocupa, en què es va incloure en l'ordre del dia l'aprovació, si fos procedent, del tancament de les terrasses, i es va acordar la seva desaprovació i es va autoritzar l'exercici d'accions per restituir les terrasses al seu estat original. No són exigibles addicions supèrflues ni fórmules sacramentals que no aporten res essencial a l'expressió de la voluntat de la junta.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda i van declarar que el tancament del balcó de l'habitatge propietat del demandat alterava la configuració estètica de la façana, i van condemnar a aquest demandat a reposar el balcó al seu estat originari. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació per interès cassacional interposat pel demandat.

El TS estableix que l'acció per al reintegrament al seu estat primitiu d'un element comú objecte d'alteració és de caràcter real i prescriu al cap de 30 anys

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 540, de 14 de setembre de 2016 (Ponent: Salas Carceller, Antonio) LA LEY 119445/2016

RESUM: Obres en elements comuns sense autorització de la comunitat. Conduccions instal·lades pels demandats en el forjat superior del garatge de l'edifici, mitjançant perforació en diver-

sos punts, per dotar els seus locals comercials d'una xarxa de sanejament. Condemna a reposar les coses al seu estat anterior. Prescripció de l'acció. Improcedència. L'acció per a la reintegració al seu estat primitiu d'un element comú objecte d'alteració és de caràcter real i prescriu al cap de 30 anys. És indiferent que el demandat hagi estat o no l'autor de la pertorbació. Inexistència de consentiment tàcit de la comunitat.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de reposició d'elements comuns a l'estat anterior a les obres realitzades pels demandats. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per aquests.

Exempció dels locals comercials de contribuir a les despeses originades per la baixada de l'ascensor a cota zero i la modificació de les escales

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 678 de 17 de novembre de 2016 (Ponent: Seijas Quintana, José Antonio) LA LEY 166249/2016

RESUM: Nul·litat de l'acord comunitari que obligava el propietari de dos locals situats a la planta baixa a contribuir en les despeses originades per les obres de supressió de barreres arquitectòniques, consistents a baixar l'ascensor a cota zero i eliminar els graons de l'escala que arribaven fins a la porta d'entrada de l'edifici. Estatuts comunitaris en què s'eximia els propietaris de la planta de contribuir a les despeses de conservació i reconstrucció de l'ascensor i l'escala. Distinció entre el quòrum necessari per aprovar una obra que es considera necessària, i el règim jurídic aplicable al seu pagament i que es concreta en aquest cas en el manteniment de les exempcions estatutàries.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda d'impugnació de l'acord comunitari que obligava la demandant a contribuir en les despeses originades per la supressió de barreres arquitectòniques. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la demandant, anul·la la sentència recorreguda i estima la demanda.

PROPIETAT INTEL·LECTUAL

Esgotament dels drets d'explotació del titular dels programes d'ordinador

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 361 d'1 de juny de 2016 (Ponent: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 60387/2016

RESUM: Esgotament dels drets d'explotació del titular dels programes d'ordinador. Doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Interpretació de l'expressió "primera venda a la Unió Europea d'una còpia d'un programa" inclosa a l'art. 99 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual. La posada a disposició del client d'una còpia d'un programa d'ordinador i la celebració del corresponent contracte de llicència d'ús constitueix una primera venda que esgota els drets d'explotació del titular del programa. Dret d'aquest de controlar el lloguer del programa o una còpia d'aquest. Inutilització per l'adquirent inicial del programa de la còpia descarregada al seu ordinador en el moment de revendre-la.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar substancialment la demanda formulada per vulneració dels drets de propietat intel·lectual. El Tribunal Suprem desestima els recursos extraordinari per infracció processal i de cassació interposats per la demandada.



Sentències

RESPONSABILITAT CIVIL

El Tribunal Suprem confirma la indemnització de 12.000 euros per danys morals als passatgers del vaixell «Costa Concordia»

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 232 de 8 d'abril de 2016 (Ponent: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando) LA LEY 24101/2016

RESUM: Naufragi del «Costa Concordia». Utilització de les regles del Barem d'accidents de circulació com a criteris orientadors en altres sectors. Indemnització per separat del dany moral.

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar parcialment la demanda d'indemnització de danys i perjudicis per naufragi. L'AP Madrid va revocar en part la sentència del Jutjat i va modificar la quantia de la indemnització. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per l'Associació demandant.

RETRACTE DE COMUNERS

El TS fixa doctrina sobre l'acció de retracte de comuners

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 217 de 6 d'abril de 2016 (Ponent: O'Callaghan Muñoz, Xavier) LA LEY 24102/2016

RESUM: Concepte i requisits. El Tribunal Suprem fixa com a doctrina jurisprudencial que «únicament és procedent estimar l'acció de retracte de comuners quan recau sobre una quota o porció d'una cosa que sigui propietat pro indiviso de diversos comuners».

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar la demanda considerant que no hi havia propietat indivisa o copropietat sinó «el que es revela sens dubte és la seva condició d'adjacents» i va estimar el retracte d'adjacents. L'AP Illes Balears va revocar la sentència per incongruència *extra petita* i va estimar l'acció de retracte de comuners. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat pel demandat, cassa la sentència recorreguda i desestima la demanda.

SOCIETAT DE RESPONSABILITAT LIMITADA

Conseqüències de la insistència dels administradors respecte de la validesa de la junta general de socis

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 255 de 19 d'abril de 2016 (Ponent: Vela Torres, Pedro José) LA LEY 32869/2016

RESUM: Nul·litat de junta general per inassistència dels administradors. Caràcter no universal de la junta. Impossibilitat que els administradors hi assisteixin per representació. Com a regla general, l'absència dels administradors no pot ser considerada com a causa de suspensió o nul·litat de la junta. No obstant això, com a excepció, sí que s'ha de donar lloc a la nul·litat de la junta quan l'absència sigui decisiva per a la privació d'algun dels drets dels socis.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de nul·litat de junta general de socis. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per la societat demandada.

SUCCESSIÓ HEREDITÀRIA

El TS confirma la validesa del testament atorgat a favor de la Congregació religiosa titular de la residència en què a estar ingressat el testador

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 231 de 8 d'abril de 2016 (Ponent: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 24097/2016

RESUM: Validesa del testament atorgat a favor de la Congregació religiosa titular de la residència en què va estar ingressat el testador. Inhabilitat per a succeir. Interpretació de l'art. 412-5.1 c) del Codi Civil de Catalunya. Distinció entre assistència espiritual i prestació de serveis assistencials o residencials en virtut d'una relació contractual. En aquest cas, el testador va subscriure un contracte de prestació de servei d'allotjament i atencions pròpies d'una residència d'ancians, sense que s'hagi acreditat que les religioses pertanyents a la Congregació afavorida li prestessin assistència espiritual.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar l'acció de nul·litat de testament i el Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per la part actora.

Representació per a l'exercici dels drets de soci d'un paquet accionarial que pertany a la comunitat hereditària

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 383 de 6 de juny de 2016 (Ponent: Orduña Moreno, Francisco Javier), LA LEY 61593/2016

RESUM: Representació per a l'exercici dels drets de soci d'un paquet accionarial que pertany a la comunitat hereditària. Normativa aplicable. Acceptada l'herència sense benefici d'inventari, no és possible l'aplicació de l'art. 795.2 LEC, per remissió de l'art. 1020 CC. Davant la falta de previsió normativa sobre aquesta qüestió en la regulació de la comunitat hereditària, i les circumstàncies de cas (absència de disposició testamentària respecte d'això i falta d'acord entre els cohereus), la remissió s'ha de fer a les normes que regeixen la comunitat de béns, en concret a l'art. 398 CC, que estableix per a l'administració dels béns comuns el principi de les majories, entès com l'acord que estigui pres pels partícips que representin la major quantitat d'interessos o major capital de la comunitat.

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda d'inscripció al Llibre Registre d'accions nominatives de la societat demandada a nom d'un dels demandants, com a representant de la comunitat hereditària de l'anterior titular, per a l'exercici dels drets de soci que corresponen a l'herència d'aquest últim. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per l'entitat demandada.

TÍTOLS NOBILIARIS

El TS fixa doctrina sobre la successió en els títols nobiliaris en la línia colateral

Tribunal Suprem Sala 1a, Sentència núm. 517 de 21 de juliol de 2016 (Ponent: Salas Carceller, Antonio) LA LEY 88332/2016

RESUM: Successió per colaterals. El Tribunal Suprem declara com a doctrina jurisprudencial que «quan es tracta de successió en la línia colateral respecte de l'últim posseïdor legal del títol nobiliari regeix el principi de propinquitat o de major proximitat de grau sense que resulti d'aplicació el dret de representació».

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar l'acció declarativa del millor dret a succeir en un títol nobiliari. L'AP Madrid va revocar la sentència i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat pel demandat, cassa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya^(*)

Víctor Esquirol Jiménez
Notari d'El Masnou

COMPRAVENDA

Retracte de comuners. Notificada la venda al copropietari tres mesos després de la seva inscripció al Registre de la Propietat, aquest pot exercitar el retracte dins dels tres mesos següents a la notificació

Sentència núm. 75/2016, de 29 de setembre (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

RESUM: Es planteja si és possible el retracte de comuners en cas de venda de la meitat indivisa d'una finca quan només es notifica la venda un cop realitzada i havent transcorregut tres mesos des de la data de la inscripció registral. La demanda de retracte es presenta abans que hagin transcorregut tres mesos des de la notificació.

L'art. 552-4.2 CCCat disposa que el termini de tres mesos per exercitar el retracte es compta, si no hi ha la notificació als efectes del temps, «des del moment en què els altres cotitulars tenen coneixement de l'alienació i les seves circumstàncies o des de la data en què s'inscriu la transmissió al Registre que correspongui». Atenent a la literalitat del precepte, havent-se interposat la demanda de retracte un cop transcorregut el termini de tres mesos a comptar des de la data de la inscripció registral, no hi hauria lloc al retracte. Cal tenir en compte, però, que la notificació al copropietari es fa més de tres mesos després de la data de la inscripció al Registre de la Propietat.

Per això, el TSJC, en el cas concret que tractem, entén que no s'ha de tenir en compte la data en què s'inscriu la transmissió al Registre de la Propietat, ja que hi ha hagut mala fe per part del venedor i connivència per part dels compradors. La sentència declara provades aquestes circumstàncies basant-se en la sentència de l'Audiència: «La sentència recorreguda constata la mala fe del venedor i els compradors en l'ocultació de la venda a la copropietària i aquesta declaració no és objecte de recurs. Declara la sentència recorreguda que: "[...] [s'] ha infringit de mala fe els deures més elementals [...], ja que a l'escriptura, el Sr. Notari adverteix expressament del dret de retracte de comuners que l'art. 1522 del Codi Civil [sic] atribueix als copropietaris de la finca objecte d'aquesta escriptura, i els compareixents manifesten que en són coneixedors i no em requereixen perquè notifiqui a aquesta copropietària la present transmissió [sic]"» (FD 2.1; la rodona, la negreta i els sic són de la sentència). Per tant, resol que el termini de tres mesos de caducitat de l'acció de retracte s'ha de comptar, en aquest supòsit, des de la data de la notificació.

La sentència es basa en els arguments següents:

- El principi de la bona fe (recollit per l'art. 111-7 CCCat) és una font autònoma de deures addicionals als estrictament establerts i principi informador de l'ordenament jurídic que ha de tenir la seva projecció en la integració i la interpretació de les normes.
- Per computar la caducitat, s'ha de tenir en compte la cognoscibilitat raonable, que es produeix a partir de la notificació fefaent. Quan l'art. 552-4.2 CCCat computa l'inici del termini de caducitat a partir de la inscripció registral, «no deixa de parlar d'una ficció (que es té coneixement de la venda i de les seves

^(*) El text íntegre de les sentències es pot consultar a <http://www.poderjudicial.es>.



Sentències

circumstàncies des de la data en què s'inscriu la transmissió al Registre)». La finalitat del precepte és «la seguretat jurídica, és a dir, no deixar en suspens l'eficàcia de les transmissions durant un temps massa llarg, per evitar la incertesa que generaria per a qui adquireix la possibilitat que, per l'exercici del dret de retracte legal, se'n pogués col·locar un altre en la seva posició d'adquirent, però, quan el comprador ha estat còmplice del venedor per frustrar els drets del copropietari, no pot impedir que el copropietari utilitzi el mecanisme que la mateixa llei arbitra com a remei en aquestes situacions» (FD 3.4).

- c) En el Dret català, la comunitat no es considera «com una situació que la llei hagi de promoure, i la concentració de la propietat és una de les aspiracions de la tradició jurídica catalana, com assenyala la doctrina més autoritzada, ja que l'eficiència econòmica de les situacions de titularitat compartida per a la presa de decisions és molt inferior a les de titularitat individual» (FD 3.3).

COMENTARI: En la determinació del *dies a quo* per a l'exercici del retracte, es contraposa, en seu de seguretat jurídica, l'interès del comú a poder exercitar efectivament aquest dret amb el del comprador en què la seva adquisició es consumeix en un termini raonable. El CCE afavoreix més l'interès de l'adquirent que el del copropietari, en concedir-li un termini molt breu per exercitar l'acció: nou dies, des de la inscripció al Registre (art. 1524). El CCCat amplia aquest termini a tres mesos, encara que també el computa des de la inscripció registral, per tant, pot succeir perfectament, com en el cas present, que el copropietari no tingui coneixement de la venda fins que no hagi passat el termini de caducitat. La solució del TSJC de considerar com a *dies a quo* el de la notificació, quan aquesta es faci en temps que no permeti l'exercici del retracte, s'ajusta, sens dubte, a l'equitat i a l'esperit de la norma, ja que sembla excessiu exigir a tot comú la diligència d'estar permanentment pendent del Registre de la Propietat per si algun dels copropietaris transmet la seva participació i, en canvi, no exigir a l'adquirent la mínima diligència de comprar després d'esperar el resultat de la notificació prèvia o, almenys, de notificar-la en un termini determinat. No obstant això, la STC 54/1994, de 24 de febrer, va resoldre que la norma de l'art. 1524 CC no és contrària al principi constitucional de tutela judicial efectiva. Tanmateix, a parer meu, seria desitjable una reforma de l'art. 552-4 CCCat que fes necessària la notificació al comú, prèvia o posterior a la transmissió, per tal que l'adquisició es pugui inscriure al Registre de la Propietat, a similitud amb el que es preveu per als drets de tempteig i retracte arrendatíci.

D'altra banda, el retracte ha estat objecte d'una altra sentència recent, la STSJC 56/2016, de 30 de juny, en què es va resoldre:

- a) Que, en interposar la demanda de retracte, el retraient ha de consignar judicialment el preu abonat pel comprador, però no cal que també consignï les despeses que li ha de reemborsar, ja que ho pot fer posteriorment, un cop es resolgui la procedència del retracte, sobre la base de l'art. 266.3 LEC, aplicable a Catalunya per tenir la consignació un caràcter processal.
- b) Que les despeses reparables al comprador són estrictament les necessàries per a l'adquisició (Notaria, impostos i Registre), no així les d'intermediació (API). En aquest últim cas, la sentència contradiu la STS de 30 de juny de 2011, tot i que el TSJC es basa també en l'apreciació que l'import d'aquesta despesa és desmesurat.

CONTRACTES

Simulació. Un cop demostrada la simulació en un contracte, es presumeix absoluta i comporta la seva nul·litat radical, llevat que qui al·legui la simulació relativa demostrï que existeix una altra causa verdadera, suficient i lícita

Sentència núm. 18/2016, de 21 de març (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

RESUM: La part venedora (una societat familiar) pretén la nul·litat d'un contracte de compravenda a favor dels socis d'aquesta (quatre germans) en què es declarava pagat un preu que en realitat no es va satisfer. Un cop declarat provat aquest fet per l'Audiència, declara la nul·litat de la compravenda per simulació absoluta. El demandat (un dels germans) pretén la validesa de la transmissió al·legant simulació relativa, ja que, el mateix dia de la venda, els compradors van formalitzar un contracte de préstec pel mateix import que el preu de la venda, a favor de la societat, i van aportar un altre immoble a aquesta en concepte d'ampliació de capital.

COMENTARI: El TSJC desestima el recurs de cassació per considerar que ni el préstec al·legat (que no consta retornat i figura com a pendent en la comptabilitat de la societat) ni l'aportació d'un altre immoble a la societat (que es va fer a canvi de la subscripció de noves participacions en aquesta) poden constituir contraprestació equivalent al preu de la venda, i declara la simulació com a absoluta. A més, assenyala: «És reiterada la jurisprudència que declara que la simulació relativa constitueix un supòsit d'anomalia de la causa, és a dir, comporta l'expressió d'una causa falsa quan en realitat el resultat contractual volgut i ocultat es basa en una altra causa verdadera, suficient i lícita (art. 1276 CCiv), de manera que, un cop descoberta la simulació, canvia l'efectivitat de la presumpció sobre la causa, atès que ja no es presumeix la seva existència i licitud, ni recau sobre el deutor la càrrega de provar-ne l'existència (art. 1277 CCiv). Per això, de conformitat amb el que disposa l'art. 1276 CCiv, un cop demostrada la simulació, aquesta es presumeix absoluta i davant d'aquesta presumpció legal s'haurà de provar l'existència del negoci dissimulat i que la seva causa és verdadera i lícita, com també la constatació d'un doble contracte (el simulat o inexistent i el real i volgut per les parts), la qual cosa no ha succeït en el cas examinat» (FD 4). També distingeix la causa dels mòbils merament subjectius dels contractants, ordinàriament irrelevants i sense transcendència jurídica, per un principi de seguretat jurídica, a no ser que s'incorporin a la declaració de voluntat, la qual cosa no consta en el cas que ens ocupa, segons el Tribunal. Així mateix, rebutja: a) l'aplicació de la doctrina dels actes propis vinculants (al·legada sobre la base que la societat que pretén la nul·litat està representada pels germans que van intervenir en la venda), ja que per això s'exigeix que aquests actes siguin jurídicament eficaços, cosa que no passa en cas de simulació absoluta, en què el contracte és inexistent, i b) la falta de tradició, ja que, perquè aquesta es constitueixi com a mitjà per adquirir el domini i altres drets reals possessoris conforme a l'art. 531-4.2 CCCat, no solament es requereix l'entrega de la cosa, sinó també la concurrència d'un contracte vàlid i amb justa causa.

DRET SUCCESSORI

Testament. És nul el testament atorgat per una persona cega sense la intervenció de testimonis

Sentència núm. 38/2016, de 30 de maig (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

RESUM: Acreditada la ceguera del testador, la sentència de primera instància havia declarat vàlid el testament atorgat sen-



se la intervenció de testimonis, resolució que va ser revocada per l'Audiència. El TSJC confirma aquesta segona sentència basant-se, entre d'altres, en els arguments següents: 1) el requisit de la forma en el testament s'exigeix per garantir la lliure expressió de la voluntat del testador; 2) la forma assegura no només la publicitat de la voluntat, sinó també que aquesta ha estat formada de manera conscient i lliure de pressions externes; 3) davant d'altres formalitats que es puguin considerar menys transcendents, la intervenció dels testimonis és essencial, ja que té com a finalitat la suplència del sentit que no té el testador, el qual, en aquest cas, no pot fer ús del dret a llegir per si mateix el testament i comprovar que coincideix amb la seva voluntat, i 4) desapareguda l'exigència general de la presència de testimonis per a la validesa dels testaments notariais oberts, tal com el legislador l'ha mantingut per a les persones amb determinades discapacitats, resulta difícil sostenir, sense contradir frontalment la llei, que també en aquests casos resulten prescindibles.

COMENTARI: El testament s'havia atorgat sota la vigència del Codi de Successions, l'art. 107 del qual exigia la intervenció de testimonis si el testador era cec; l'actual art. 421-10 CCCat repeteix el text d'aquest precepte, però el 421-8 remet a la legislació notarial. La tècnica legislativa, tant al CCCat com al Reglament Notarial, és molt deficient en aquest punt. Respecte al CCCat, per tal com dedica dos preceptes al testament del cec sense aclarir la relació entre si: l'art. 421-8 remet a la legislació notarial i el 421-10 exigeix la intervenció de testimonis, i pot passar que la legislació notarial no exigeixi la intervenció de testimonis. Com crec que és el cas, ja que l'art. 193 RN disposa que si algun dels atorgants és cec, n'hi haurà prou amb què presti la seva conformitat a la lectura feta pel Notari, fet que sembla suposar que no cal que hi intervinguin testimonis, ja que, si hi intervinguessin, el més lògic seria que l'atorgant prestés la seva conformitat a la lectura realitzada també pels testimonis, atès que, d'altra manera, no se sabria massa bé quin és el paper dels testimonis. Tot això malgrat que l'art. 180 RN requereix la intervenció de testimonis instrumentals quan l'atorgant no pugui llegir ni escriure, precepte que també es podria considerar aplicable, ja que el cec no pot llegir el document notarial; no obstant això, com que l'art. 193 és més específic, ja que es refereix expressament a l'atorgant cec, es podria entendre que preval davant del 180 i no cal la intervenció de testimonis. Si és així, com crec, caldria determinar la preferència entre els arts. 421-8 i 421-10 CCCat, ja que en aquest punt són contradictoris (o, si no ho fossin, ho poden arribar a ser, si la remissió a la legislació notarial és dinàmica, com hauria de ser). El més lògic, si volem donar un sentit a l'art. 421-10, és interpretar que la intervenció de testimonis en el testament del cec és un requisit especial del CCCat, addicional als que, si escau, estableixi la legislació notarial.

En qualsevol cas, no em sembla encertada l'exigència de testimonis en el testament del cec o del sord, tret que ho sol·liciti el testador. Diverses raons justifiquen aquesta conclusió, entre les quals: una injustificada desconfiança del legislador en la institució notarial, la protecció de la intimitat del testador i la falta d'una comesa clara per als testimonis (que, d'altra banda, solen ser els empleats del Notari). No em resulta clar, per tant, que per aquell a qui interressi es pugui pretendre la rebaixa d'aquest requisit de forma a simple formalitat (com la de l'expressió del lloc en els testaments hològrafs).

Repudiació de l'herència en perjudici dels creditors. Els creditors de l'hereu que repudia l'herència no adquireixen la condició d'hereus ni poden acceptar l'herència en lloc d'aquest

Sentència núm. 42/2016, de 6 de juny (Ponent: Joan Manel Abriol Campoy)

RESUM: La causant, de veïnatge civil català, va morir el 1999, havent atorgat testament en què va instituir hereus els seus quatre fills, substituïts vulgarment pels seus respectius descendents. Els creditors d'un dels fills van instar una *interrogatio in iure*; la interlocutòria va declarar la renúncia de l'hereu i va autoritzar els creditors a acceptar l'herència en nom i en lloc de l'hereu renunciant, la qual cosa van dur a terme en escriptura atorgada juntament amb els hereus restants, en què es van adjudicar el cabal relict per quartes parts; en el mateix acte, els creditors van transmetre la seva quarta part als altres hereus. Posteriorment, els substituïts vulgars del renunciant van demanar judicialment la nul·litat de l'acceptació d'herència, adjudicacions i posterior transmissió pels creditors, com també la dels assentaments al Registre de la Propietat.

L'art. 23 CS, vigent el 1999, disposava que «[s]i el cridat repudia una herència en perjudici dels seus creditors, aquests poden demanar al Jutge que els autoritzi a acceptar-la en nom i en lloc del renunciant, als únics efectes de fer efectius els seus crèdits sobre el patrimoni hereditari».

No obstant això, malgrat el que es pot deduir del precepte, basant-se en el seu últim incís, el TSJC entén que els creditors «no adquireixen la qualitat d'hereu, per molt que acceptin en el lloc i en nom d'aquest, sinó que només disposen de l'acció per impedir que la repudiació de l'hereu els pugui privar d'obtenir la satisfacció del seu dret subjectiu de crèdit. És a dir, el repudiant ja no esdevé hereu, els creditors de l'hereu que exerciten aquesta acció tampoc ho són i es produeix un efecte, que consisteix en la revocació de la repudiació de l'herència, però només en aquella part que perjudica els creditors. En canvi, en allò no afectat per la revocació de la repudiació, l'herència haurà de seguir el destí establert pel testador o per les normes successòries (substitució vulgar, acreixement, etc.)» (FD 2n). Més endavant indica que «es pot sustentar que no ens trobem davant d'una verdadera acceptació de l'herència, sinó davant la concessió d'una acció als creditors de l'hereu per protegir el seu dret». Per tant, el TSJC resol la nul·litat dels actes realitzats pels creditors i la delació a favor dels substituïts vulgars del renunciant (sense que, clarament, tinguin lloc el dret d'acréixer a favor dels cohereus, com pretenia la part demandada).

COMENTARI: La naturalesa jurídica de la impròpiament denominada *acceptació pels creditors* ha estat debatuda per la doctrina. Entre l'acció subrogatòria i la pauliana, no encaixava clarament ni en una ni en l'altra. En tot cas, hi havia consens en què els creditors, malgrat la dicció de l'art. 23 CS, que va ser recollit de l'art. 1001 CC, no es convertien en hereus en lloc del renunciant i que l'acció d'aquests no deixava sense efecte la repudiació, tot això en el mateix sentit que la sentència que comentem. No quedava clar, però, en la doctrina, i així es reflecteix en la sentència que comentem, que parla de «revocació parcial», si la repudiació quedava revocada en la part a què arribava l'import dels crèdits, mentre que subsistia vàlida en el sobrant, com semblava deduir-se del par. 2n de l'art. 1001 CC (el CS callava respecte d'això), en dir que «[l']acceptació només aprofitarà els creditors quan sigui suficient per cobrir l'import dels seus crèdits. L'excés, si n'hi hagués, no pertanyerà en cap cas al



Sentències

renunciant, sinó que s'adjudicarà a les persones a les quals correspongui segons les regles establertes en aquest Codi».

Actualment, el vigent art. 461-7 CCCat redacta el precepte de forma tècnicament més correcta, sota la rúbrica «Repudiació de l'herència en perjudici dels creditors», i disposa que la repudiació «no es pot oposar» als creditors del repudiant. Per tant, aquests es poden dirigir contra els béns o la quota atribuïts a aquest, sense necessitat de convertir-se en hereus i sense que la repudiació quedi revocada, ni tant sols parcialment, com expressa la sentència comentada. Crec que aquesta configuració es pot aplicar a les successions obertes durant la vigència del CS, com a criteri hermenèutic.

Com a conseqüència del que s'ha dit anteriorment, es podria atorgar una escriptura en què els creditors convinguessin amb els hereus l'adjudicació als primers de determinats béns de l'herència en pagament dels seus crèdits, però entre els atorgants hi hauran de figurar necessàriament els qui ocupin la quota vacant o el lloc del renunciant (en el cas que ens ocupa, els substituïts vulgars).

Llegítima. L'hereu ha de pagar la llegítima en metàl·lic, encara que no n'hi hagi en l'herència, quan al cabal relicte no hi hagi béns de propietat exclusiva, plena i lliure del causant i aquest s'ha limitat a atribuir-la mitjançant un legat simple de llegítima

Sentència núm. 45/2016, de 13 de juny (Ponent: Carlos Ramos Rubio)

RESUM: Es planteja si les hereves poden pagar la llegítima, atribuïda mitjançant legats simples de llegítima, per mitjà de l'adjudicació als legitimaris d'una quota percentual indivisa minoritària sobre una finca (un 1,49% per l'herència paterna i un 8,58% per la materna) o si, per contra, els legitimaris, davant la falta de béns de qualitat suficient, poden exigir el seu pagament en diners encara que no n'hi hagi a l'herència. L'herència paterna està subjecta al Codi de Successions i la materna, al CCCat.

La sentència de l'Audiència havia disposat que, en no haver-hi ni diners ni béns de propietat exclusiva, plena i lliure suficients per satisfer les legítimes en l'herència de la mare, s'havia de respectar l'opció de pagament decidida per les hereves. Basa la seva argumentació en «la consideració de la llegítima com una limitació a la llibertat de testar que, com a tal, ha de ser objecte d'interpretació restrictiva, amb manteniment en el sentit de la seva evolució normativa explicitat en el Preàmbul del Llibre IV, en què s'anuncia que es manté "com a atribució successòria legal i límit a la llibertat de testar, però [s']accentua la tendència secular a debilitar-la i a restringir la seva reclamació"».

El TSJC cassa la sentència recorreguda. En primer lloc, «corregeix l'enfocament» utilitzat, en el sentit que la llegítima hagi de ser objecte d'interpretació restrictiva per suposar una limitació al principi de llibertat de testar. El Tribunal entén que la llegítima no s'ha de considerar exclusivament com un límit a la llibertat de testar, ja que, malgrat definir-la així el Preàmbul de la Llei 10/2008, «ni en l'anterior ni en l'actual normativa apareix regulada en seu de successió testada, sinó en seu pròpia, sota la rúbrica "Altres atribucions successòries determinades per la llei"» (FD 2.3). També recull l'opinió d'un sector de la doctrina que identifica en la llegítima una finalitat complementària de protecció a la família directa, i ja el Tribunal de Cassació de Catalunya va declarar, en Sentència de 22 de març de 1937, que la tendència debilitadora de la llegítima no implicava que el jutgador hagués de procedir amb una interpretació restrictiva de la institució. Així ho reafirma

el TSJC, que fonamenta la llegítima en el principi de solidaritat familiar i considera que és al legislador a qui li competeix, com està fent, compatibilitzar aquest principi amb el de llibertat de testar.

En allò que es refereix a la facultat de l'hereu d'optar entre pagar la llegítima amb diners o béns de l'herència, entén que no pot ser impugnada pel legitimari, «tret pel que es refereix, d'una banda, a la qualitat dels béns elegits per al pagament (art. 362 CS, en relació amb l'art. 358 CS; art. 451-11.2 CCCat, en relació amb l'art. 451-7.3 CCCat) i, de l'altra, a la qualitat i al valor d'aquests (art. 363 CS; art. 451-12 CCCat)». En el cas concret que ens ocupa, l'atribució de la llegítima pel testador exclusivament «en forma simple» confereix al legitimari «un determinat i estricte "valor líquid" determinat per la llei [...]». Tant és així que s'ha d'entendre que les excepcions a l'exclusivitat, plenitud i llibertat dels béns utilitzats en pagament del legat de llegítima previstes a l'art. 451-7.2 CCCat [...] no es refereixen al "legat simple" [...], de manera que, en aquest cas, l'hereu només podrà elegir entre pagar amb diners, encara que no n'hi hagi a l'herència, o amb béns hereditaris de qualitat mitjana que, en tot cas, pugui cedir al legitimari en propietat exclusiva, plena i lliure, de manera que, si no n'hi hagués en el cabal relicte o els que hi haguessin no fossin adequats per formar lots que fossin necessaris per pagar als diversos legitimaris, el pagament de la llegítima només es podrà fer amb diners, encara que fos extrahereditari» (FD 2.4).

COMENTARI: L'art. 451-11.2 disposa que si l'hereu opta per pagar la llegítima amb béns, aquests hauran de complir els requisits de l'art. 451-7.2, és a dir, han de ser béns integrants del cabal relicte i atribuir-se en propietat exclusiva, plena i lliure als legitimaris. Si al relictum no hi ha béns que reuneixin aquests requisits i sí que hi ha diners suficients per al pagament de les legítimes, queda clar que el pagament s'ha de fer amb diners. Però no queda clar què passa si a l'herència tampoc no hi ha diners. En aquest cas, com acabem de veure, el TSJC resol que la llegítima s'ha de pagar amb diners extrahereditaris, basant-se en el fet que els diners constitueixen per al legitimari una garantia de que rebrà béns de qualitat mitjana.

Es podria qüestionar aquesta resolució, si es manté que la garantia del legitimari és correlativa a la facultat de l'hereu d'optar entre pagar amb béns o amb diners hereditaris, per evitar que l'hereu pagui la llegítima amb béns de baixa qualitat en relació amb els que integren el cabal relicte (especialment, perquè no es quedi amb l'efectiu metàl·lic i adjudiqui als legitimaris béns de difícil realització dinerària). Ara bé, aquesta garantia perdria la seva raó de ser quan l'hereu no pogués optar entre pagar amb diners hereditaris o amb béns de la qualitat exigida pel codi, per no haver-n'hi a l'herència. Es podria defensar que el pagament amb diners extrahereditaris està establert com una facultat de l'hereu i no com una obligació.

No obstant això, es pot argumentar, en contra d'aquesta postura, que l'opció per a l'hereu es manté en relació amb els diners extrahereditaris. També es pot al·legar que l'art. 451-11 configura l'obligació de pagament de la llegítima o del seu suplement com una obligació alternativa i no com una obligació facultativa. L'hereu ha d'entregar béns d'una determinada qualitat o diners, i si una de les prestacions alternatives esdevé impossible de complir (en aquest cas, estariem davant d'una impossibilitat jurídica), es manté l'obligació respecte de l'altra prestació, com estableix l'art. 1134 CC; a diferència de les obligacions facultatives (com succeiria si l'hereu estigués obligat al pagament mitjançant béns de l'herència però se'l facultés per satisfer el deute amb diners, possiblement el sistema del CC), i en aquest cas la impossibilitat



de complir l'obligació principal comportaria l'extinció de la facultativa.

Finalment, resulta interessant la novetat que suposa el fet que el TSJC situï el fonament de la llegítima en el principi de solidaritat familiar, una qüestió que és objecte de debat en la doctrina, però que dóna per suposada sense justificar ni desenvolupar, potser perquè no és el fonament de la decisió.

PARELLA ESTABLE

Malgrat que falta el requisit del domicili comú, es considera que existeix convivència si hi ha comunitat de vida, als efectes d'excloure la preterició errònia

Sentència núm. 63/2016, de 28 de juliol (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

RESUM: Es planteja la ineficàcia sobrevinguda d'un testament en què el testador instituïa hereva una persona per preterició errònia d'un fill l'existència del qual desconeixia. La qüestió principal rau a determinar si la relació del causant amb l'hereva es pot qualificar com de parella estable, tenint en compte que el causant va patir un ictus cerebral el febrer de 2010, quan la convivència amb l'hereva s'havia iniciat el setembre de 2009. La malaltia del testador, que va afectar de manera important les seves facultats cognitives, va comportar el seu ingrés en una residència, on hi va romandre fins a la seva mort, l'abril de 2012. Entre el començament de la convivència i la malaltia del causant, aquest, a més del testament, va atorgar diversos poders a favor de l'hereva, la va designar com a tutora i van iniciar un expedient matrimonial; durant la malaltia, que no va afectar les capacitats relacionades amb l'afectivitat, l'hereva va visitar cada dia el causant. El fill del testador reclama la ineficàcia del testament per preterició errònia, a la qual cosa l'hereva hi oposa l'art. 451-16.2, lletra a) CCCat, que exceptua de la ineficàcia el cas en què el causant ha instituït com a hereu únic, a tota l'herència, el cònjuge o convivent en parella estable.

El TSJC declara l'eficàcia del testament basant-se en aquesta norma, ja que considera que la relació entre el testador i l'hereva era de parella estable. Com a convivència de vida anàloga a la matrimonial entén «l'existència d'un projecte de vida en comú que, tot i que no passa necessàriament per l'establiment d'un únic i comú domicili, sí que ha de tenir com a fil conductor l'ajuda, el suport i la responsabilitat mútues, i reunir el grau d'estabilitat, d'intimitat, de comunicació d'afectes i interessos i de publicitat paragonables amb la convivència matrimonial» (FD 5). Considera que la voluntat del causant i l'hereva «de constituir una parella estable des de l'inici de la seva relació afectiva, que és el verdader element constitutiu d'aquest tipus d'unions, ve acreditada per tots els elements probatoris previstos a la sentència. [...] La llei no impedeix ni contraure matrimoni a l'incapacitat, en excloure que les deficiències o anomalies psíquiques constitueixin en si mateixes impediment perquè les persones afectades per aquestes deficiències puguin contraure matrimoni (per totes, STS Sala 1a de 29 d'abril de 2015 i art. 236-36.1 d) del CCCat), ni tampoc constituir o continuar amb la unió estable, i prova d'això és que ni l'article 234.2 del CCCat impedeix a les persones la capacitat de les quals ha estat modificada establir aquestes unions, ni tampoc la incapacitació les extingeix (art. 234.4 CCCat)» (FD 7). Per tant, conclou el TSJC que es pot presumir que el testador no hauria modificat el testament si hagués conegut l'existència del demandant, que tampoc no va tenir cap interès a posar-se en contacte amb el seu pare en vida d'aquest, sense perjudici del seu dret a la llegítima.

COMENTARI: Aquesta última consideració, sens dubte ajustada a la norma, és a parer meu injusta, tenint en compte que és causa de desheretament l'absència continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari per causa exclusivament imputable a aquest. En el supòsit que el causant desconeixi l'existència del fill, i encara més si mor sense conèixer-ne l'existència, és evident que no hi ha relació familiar per causa exclusivament imputable al fill (en el cas en qüestió, el causant s'havia separat de la seva esposa quan estava embarassada de dos o tres mesos). Per desconèixer l'existència del fill, el causant no pot desheretar-lo ni reconciliar-se amb ell. No és just ni congruent amb la regulació del desheretament que una persona que no ha tingut cap interès a posar-se en contacte amb el seu pare, podent-ho fer, tingui dret a la llegítima i, per si fos poc, pugui a més impugnar el testament per preterició errònia.

No obstant això, la qüestió central de la sentència és si, als efectes de la seva qualificació com a parella estable, es considera que existeix convivència quan el termini de dos anys exigint per l'art. 234-1, lletra a) CCCat és interromput per l'ingrés d'un dels convivents en una residència. La sentència, seguint la jurisprudència ja fixada anteriorment, fa una interpretació extensiva del requisit de convivència, entenent, en honor a l'equitat, que l'atenció dispensada per un dels membres de la parella a l'altre en el centre geriàtric, unida als altres fets provats, equival a conviure. Aquesta interpretació té el seu suport legal en l'expressió «comunitat de vida anàloga a la matrimonial» de l'art. 234-1 i en què l'art. 234-4.1, lletra a), declari com a causa d'extinció de la parella estable el cessament de la convivència «amb ruptura de la comunitat de vida». Sembla clar, doncs, que més important que l'estricta convivència física de la parella és la comunitat de vida o, el que és el mateix, que els seus membres comparteixin un projecte de vida en comú, encara que per les circumstàncies del cas no sigui possible compartir ininterrompudament un mateix sostre. En definitiva, es tracta de prevaler l'element subjectiu o intencional davant de l'objectiu, sempre que tingui la seva base en fets demostrables, la qual cosa, tot sigui dit de passada, no és exclusiu de la parella estable, sinó aplicable també al matrimoni.

PROPIETAT HORITZONTAL

Constituïda una propietat horitzontal amb l'única finalitat d'eludir normes urbanístiques, no es pot aplicar entre els propietaris la regulació legal d'aquella situació de comunitat

Sentència núm. 16/2016, de 21 de març (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

RESUM: Els propietaris d'una casa que forma part d'un immoble constituït en règim de propietat horitzontal demanden el propietari d'una altra casa del mateix immoble per haver realitzat obres (construcció d'una nova planta i d'una piscina) sense el consentiment de la comunitat. L'Audiència havia decretat la demolició de la nova planta i la conservació de la piscina (en aquest últim cas, perquè el demandant l'havia construït al seu jardí d'ús privatiu sense demanar permís a la comunitat).

El TSJC cassa la sentència i revoca la demolició de la nova planta, per entendre que, malgrat el que determina l'escriptura constitutiva, no existeix propietat horitzontal, ja que: a) les tres cases no tenen unitat constructiva, funcional i estètica; b) no es descriuen ni existeixen elements comuns per naturalesa, per destí ni convencionals, en no haver-se assenyalat a l'escriptura, ni constar de cap manera, cap instal·lació, servei o limitació acceptada per tots



Sentències

com a element comú de la finca; c) no s'han comportat tampoc els propietaris de les tres entitats com a copartípics, ja que han actuat sobre aquestes com els ha plagut, ampliant construccions i construint piscines al seu jardí, i d) l'única finalitat d'haver-se constituït la propietat horitzontal era la d'eludir normes administratives o urbanístiques, com admeten totes dues parts, que reconeixen que, d'altra manera, no s'haurien pogut construir tres cases, sinó només dues. Com a fet fàctic addicional, es fa constar que mai s'ha generat cap despesa comuna i la inexistència d'òrgans de govern de la comunitat, llibre d'actes o reunions de comunitat.

COMENTARI: El TSJC segueix en aquesta sentència, sense esmentar-la, la doctrina del mateix Tribunal i del TS en relació amb els negocis jurídics simulats. En aquest supòsit, ens trobaríem davant d'una simulació absoluta, ja que no hi ha negoci simulat, en declarar-se provat que la constitució del règim de propietat horitzontal es va fer amb l'exclusiu propòsit d'aconseguir la llicència municipal per a la construcció d'una casa addicional. I la conseqüència de la simulació absoluta no és altra que la nul·litat del negoci jurídic simulat, com podem veure a la sentència següent.

La comunitat no pot fer cessar l'ús turístic d'elements privatis, llevat que se'n faci un ús anòmal o antisocial

Sentències núm. 33/2016 i 37/2016, de 19 de maig (Ponents respectius: M. Eugènia Alegret Burgués i Joan Manel Abril Campoy)

RESUM: En totes dues sentències es tracta la mateixa qüestió, amb la mateixa doctrina, però amb resultats diferents. A la núm. 33/2016, el Tribunal de Primera Instància va condemnar els propietaris a cessar en l'explotació dels habitatges per a ús turístic, mitjançant sentència que va ser revocada en segona instància i aquesta, cassada pel TSJC; a la núm. 37/2016, es va donar la raó a la comunitat en primera i segona instància i el TSJC estima el recurs de cassació.

Totes dues sentències es basen, per permetre l'ús turístic dels elements privatis, en els art. 553-40.1 (que prohibeix realitzar en els elements privatis activitats contràries a la convivència normal de la comunitat o que estiguin prohibides pels estatuts o per la normativa urbanística i d'usos del sector) i 553-47 CCCat (que prohibeix, a més, les activitats molestes, insalubres, nocives, perilloses o il·lícites), tots dos segons la redacció anterior a la Llei 5/2015, que no és aplicable, en ser posterior a la interposició de les demandes.

Per al TSJC, «tots dos preceptes responen a la idea que el mateix dret no s'ha de traduir en perjudici del dret aliè, per tant, es legitima la comunitat de propietaris per fer cessar les activitats no permeses, que seran: a) les excloses o prohibides de manera expressa pels estatuts, és a dir, que provenguin de la lliure voluntat dels copropietaris; b) les excloses de manera expressa per la normativa urbanística i d'usos del sector (la qual cosa obligaria a examinar aquesta normativa); c) les que vagin contra les disposicions generals sobre activitats molestes, insalubres, nocives o perilloses, en el cas de Catalunya, regulades a la Llei 20/2009, de 4 de desembre; d) altres il·lícites (sense especificar); e) finalment, com a clàusula general, les activitats o conductes que, sense estar compreses en les anteriors, siguin contràries a la convivència normal en la comunitat o que danyin o facin perillar l'edifici» (FD 7 i 3, respectivament).

Les dues sentències consideren que l'activitat d'ús turístic no només no és il·lícita, sinó que està permesa per la Llei de l'Habitatge de 2007; no va en contra de les disposicions de la Llei 20/2009, i no està limitada pel destí indicat a la descripció de l'element privat. «Tampoc l'activitat per se en abstracte suposa un dany o perill

per a l'edifici, en la mesura que l'ús intensiu dels elements comunitaris per al tràfic dels ocupants, que, sigui dit de passada, no és exclusiu d'aquest tipus d'activitat, sinó d'altres, com ara despatxos professionals o locals oberts al públic, pot ser compensat mitjançant l'activació del mecanisme previst a l'art. 553-45.4 CCCat, conforme al qual el títol de constitució o la Junta poden establir un increment de la participació en les despeses comunes que correspongui a un element privat concret, en el cas d'ús i gaudi especialment intensiu d'elements o serveis comuns com a conseqüència de l'exercici d'activitats empresarials o professionals al pis o el local» (FD 7 i 3, respectivament).

I finalitza la STSJ núm. 37/2016: «En definitiva, no es pot concloure que, en abstracte, l'existència d'habitatges d'ús turístic suposi una activitat contrària a la convivència normal en la comunitat, sinó que és necessari que l'ús que se'n faci es pugui titllar d'anòmal o antisocial, com a conseqüència d'una sèrie de conductes o actuacions que mereixen la consideració d'incíviques, anàlisi que s'haurà de fer cas per cas» (FD 4). Atès que aquestes circumstàncies particulars no s'han produït, la comunitat ha de permetre que els elements privatis objecte de la sentència puguin ser destinats a ús turístic, sense que el simple ús intensiu dels elements comuns sigui motiu suficient per legitimar la seva prohibició.

En canvi, a la STSJ núm. 33/2016, la decisió és favorable a la comunitat, ja que es declara provat que els turistes han reprodutit reiteradament «conductes irrespectuoses» que poden ser qualificades com a «actes incívics de notòria importància que traspassaven el llindar de la simple incomoditat per convertir-se, per la seva durada i intensitat, en conductes reprovables que afecten drets essencials dels membres de la comunitat, com són els seus drets econòmics i els seus drets a la salut i al descans, que l'ordenament jurídic no els obliga a suportar» (FD 10).

COMENTARI: Queda, per tant, clar el criteri del TSJC en relació amb els apartaments d'ús turístic ubicats en elements privatis d'un immoble constituït en règim de propietat horitzontal (com en relació amb qualsevol altre destí que el seu propietari li vulgui donar): la comunitat no es pot oposar a aquest destí, tret que l'ús que se'n faci sigui anòmal o antisocial com a conseqüència d'una reiteració de conductes incíviques, sense que l'ús intensiu dels elements comuns pugui justificar la prohibició.

És més: com indica expressament la STSJ núm. 33/2016, en qualsevol cas, l'acord que limiti les activitats que es poden realitzar en els elements privatis (qualsevol activitat), adoptat per la comunitat amb el quorum previst a l'actual art. 553-26.2 (és a dir, inclús amb l'oposició del propietari o propietaris afectats), és vàlid i inscrivible al Registre de la Propietat. Ara bé, «una qüestió diferent és que el canvi de destí sigui oposable amb efectes retroactius a tercers que van adquirir els pisos o locals sense que constés inscrita la limitació al Registre de la Propietat, en impedir-ho l'art. 553-11.3 del CCCat (tant en la redacció referent als fets que ens ocupen com en l'actual) i per vulnerar el principi de seguretat jurídica establert a l'art. 9.3 de la CE. Això sense perjudici, lògicament, que l'acord, un cop inscrit, sigui eficaç i oposable als futurs tercers adquirents o, fins i tot, pugui ser-ho en el moment en què es produeixi el cessament de l'activitat posteriorment prohibida» (FD 5).

En cas que la comunitat adopti un acord limitatiu de l'ús dels elements privatis, hi ha dos legítims drets contraposats en joc: el de la comunitat a regular el seu propi règim a través dels estatuts (art. 553-11.1) i el dret del propietari a que no li afectin les normes que no estiguin inscrites al Registre de la Propietat en el moment



de realitzar la seva adquisició (art. 553-11.3). Cap d'aquests drets pot ser absolut, ja que comportaria la negació de l'altre. Si als propietaris no els poguessin afectar les normes inscrites, la modificació d'estatuts només seria aplicable als propietaris que adquirissin després de la seva inscripció, la qual cosa limitaria enormement el dret a l'autogovern de la comunitat. I a la inversa: si la comunitat pogués regular sense cap limitació el seu propi règim, podria perjudicar els legítims drets dels propietaris. Si aquests fan un ús inadequat dels elements privatis, aquest podria ser el fonament de la prohibició; en cas contrari, resulta més difícil determinar un criteri que resolgui el conflicte d'interessos.

En la normativa anterior a la Llei 5/2015, es donava preferència clarament a l'interès individual del propietari en aquesta matèria, en requerir l'art. 553-25.4 el consentiment exprés dels propietaris afectats per a la validesa de l'acord limitatiu de l'ús i gaudi dels elements privatis. No obstant això, el nou art. 553-25.4 ha suprimit aquesta exigència, la qual cosa, unit al fet que l'art. 553-26.1 no inclou aquest supòsit entre aquells que requereixen unanimitat, porta a la conseqüència que l'acord es pot prendre en contra de la voluntat del propietari afectat, és a dir que preval l'interès col·lectiu, reforçat pel canvi legislatiu. Ara bé: fins a quin punt pot la comunitat imposar el seu interès al del propietari en aquesta matèria? El criteri del TSJC en aquesta sentència és que la comunitat pot prohibir l'activitat que s'iniciï amb posterioritat a la inscripció de l'acord en aquest sentit al Registre de la Propietat, que justifica al·legant que l'acord no pot tenir efectes retroactius. Aquesta interpretació modera la que es pogués deduir de la modificació normativa indicada, en honor de la seguretat jurídica, però el cert és que no té suport en la mateixa llei, que no es pronuncia sobre els efectes retroactius dels acords de la comunitat. Ens queda la norma de l'art. 553-31.1, lletra b), que permet al propietari dissident de l'acord impugnar-lo per ser-li greument perjudicial, però aquest perjudici greu hauria de ser, a més, injustificat, per a la qual cosa possiblement podria al·legar el principi de bona fe en les relacions jurídiques de l'art. 111-7, sobre la base de la confiança que els estatuts van generar en qui va iniciar l'activitat que permetien o no prohibien.

USUCAPIÓ

El pagament de l'IBI i figurar com a titular cadastral no justifiquen, per si sols, la possessió en concepte de propietari

Sentència núm. 61/2016, de 21 de juliol (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

RESUM: Els anys 1977-1978, el propietari únic d'un edifici va procedir a aixecar dues plantes, una de les quals va passar a ser l'habitatge habitual del seu fill. Aquest, que des d'aleshores ha ocupat aquest pis i n'ha pagat l'IBI, figura també com a titular cadastral, ja que va acordar amb el seu pare que, ja que ocupava el pis, es faria càrrec d'aquest impost.

Davant la demanda del fill per usucapió, el TSJC resol que aquests fets no són per si sols suficients, ja que, tal com ja va declarar a la STSJC núm. 28/2008, de 15 de juliol, la possessió en concepte de propietari no és un concepte purament subjectiu o intencional, per tant, no n'hi ha prou amb la pura motivació volitiva representada per l'ànim de tenir la cosa per si mateix, sinó que cal, a més, l'element objectiu o causal consistent en l'existència d'actes inequívocs, amb clara manifestació externa en el tràfic, és a dir, actuar i presentar-se al món exterior com a efectiu amo i propietari de la cosa sobre la qual es projecten els actes posse-

ssoris. Així, ha resultat que donar-se d'alta com a propietari davant d'organismes oficials es podria considerar rellevant als efectes de justificar la intervenció del títol possessori, però, en canvi, pagar els impostos contra rebuts estesos a nom d'anteriors propietaris podria no ser concloent, com tampoc residir a l'immoble, ja que no és una cosa que socialment sigui exclusiu dels propietaris, ni posseir les claus. En el cas esmentat del 2008, es van considerar actes de possessió dominical donar-se d'alta al Cadastre, assumir a nom seu els rebuts i impostos, actuar com a arrendador i percebre les rendes, i presentar-ho així al món exterior.

Després d'examinar altres sentències de la mateixa sala, conclou que «la fixació dels actes o de les circumstàncies per determinar si la possessió de la finca es realitza a títol de propietari pertany a la quaestio facti, mentre que la seva transcendència o significació jurídica constitueix una quaestio iuris que s'ha de determinar en cada supòsit» (FD 3). En el cas que ens ocupa, els indicis favorables a la usucapió (titularitat cadastral i pagament de l'IBI) són valorats conjuntament amb altres de desfavorables, com són que el propietari no va realitzar cap canvi de titularitat al Registre de la Propietat a favor del seu fill, va signar tots els projectes d'obres com a propietari i va pagar la totalitat de les obres, i que el recurrent figurava com a titular cadastral a petició del seu pare, per fer-se càrrec de l'IBI per ocupar l'habitatge. Per tant, conclou que el recurrent ocupava la finca com a precarista i per simple tolerància dels seus pares, amb la finalitat de fixar el seu domicili familiar al costat d'aquests, que ocupaven la planta inferior.

COMENTARI: La sentència resumida està en la línia de la jurisprudència del TSJC. A més de la ja esmentada de 15 de juliol de 2008, podem citar, com a més recents, la núm. 39/2013, de 30 de maig, que va resoldre a favor de la usucapió en un cas en què l'usucapient havia realitzat encàrrecs de projectes d'obres de tancament, realització de modificacions i edificacions substancials a la finca, instal·lació d'un negoci propi en aquesta i pagament d'impostos i contribucions; la núm. 37/2012, d'11 de juny, que va resoldre en contra de la usucapió per la falta d'actes externs que poguessin donar lloc a la intervenció del concepte possessori, i la núm. 30/2011, de 23 de juny, també en contra, malgrat que el posseïdor (al qual considera simple detentor) havia realitzat obres de reforma i ampliació de la finca, però la propietària seguia pagant l'IBI i les taxes municipals de l'immoble a nom seu. En totes aquestes es requereix que aquest que pretengui usucapir actui i es presenti al món exterior com a efectiu amo i propietari de la cosa sobre la qual es projecten els actes possessoris.

USDEFUIT

Les obligacions d'inventariar i fiançar no són exigibles quan la propietària cedeix la nua propietat d'un habitatge que constituïa la seva residència habitual, i se'n reserva l'usdefruit

Sentència núm. 50/2016, de 27 de juny (Ponent: Núria Bassols i Muntada)

RESUM: El 2012, la propietària d'un habitatge que constituïa la seva residència habitual va fer donació de la nua propietat d'aquesta, i es va reservar el dret d'usdefruit vitalici. Dos anys més tard, va ingressar en un centre geriàtric i, representada per una Fundació tutelar, va intentar arrendar l'habitatge, però no ho va poder fer, ja que estava ocupat per la donatària de la nua propietat, que s'ha negat a pagar-ne un lloguer per al seu ús. Presentada demanda de precari contra la nua propietària, aquesta és nega també a desocupar l'habitatge al·legant l'art. 561-7 CCCat, que



obliga la usufructuària a formar inventari i prestar fiança abans de prendre possessió dels béns objecte de l'usdefruit.

El TSJC resol a favor de la usufructuària basant-se en què l'aplicació de l'art. 561-7 requereix la concurrència de dues premisses: «a) que l'usufructuari no estigui en possessió del bé objecte d'usdefruit, ja que, si no, no s'entendria per què el legislador utilitza la frase "abans de prendre possessió"; b) que hi hagi un risc seriós que la usufructuària pugui danyar o menystenir els béns usufructuats, ja que la literalitat del CCCat així ho fa palès quan diu: "en garantia del compliment de les seves obligacions"» (FD 3). El Tribunal estima que cap d'aquests requisits es dona en el supòsit en litigi, ja que en cap cas la usufructuària ha hagut de prendre possessió de l'habitatge; d'altra banda, durant els dos anys anteriors a l'ingrés de la usufructuària a la residència, «va posseir la finca com a usufructuària sense fer inventari ni prestar caució, cosa que fa concloure que hi va haver un acord tàcit, una dispensa tàcita per part de la nua propietària [...] per no exigir les mesures de garantia de fer inventari i prestar caució. Finalment, aquestes mesures són poc compatibles en un cas en què no es podia dubtar que la usufructuària era la més interessada a cuidar el que era el seu domicili» (FD 3). Per acabar, considera que l'incompliment d'aquestes obligacions no pot comportar la privació del dret a usdefruit.

COMENTARI: Dels diversos arguments que aporta la sentència, el que em sembla de més entitat és aquest últim: la falta

d'inventari i de caució no faculta per si mateixa el nu propietari per privar l'usufructuari de l'ús i gaudi de l'immoble. El CCCat, a diferència del CC, no eximeix de les obligacions d'inventariar i fiançar el donant que s'hagués reservat l'usdefruit dels béns donats (art. 492), ni preveu les conseqüències de l'incompliment d'aquestes obligacions (art. 494). La recurrent al·lega que aquests preceptes no són aplicables a Catalunya, però el TSJC considera que no és necessari que s'apliquin, ja que resol que, basant-se en l'art. 561-7 CCCat, s'arriba a la conclusió que el donant de la nua propietat que es reserva l'usdefruit de la seva residència habitual no està obligat a formar inventari ni prestar fiança. Tanmateix, a parer meu, no resulta tan clara aquesta interpretació. Si més no és dubtós que, en disposar que aquestes obligacions s'han de complir abans de prendre possessió, s'hagi de deduir que el legislador les estigui exclouent en cas que no hi hagi entrega de possessió. Si el legislador hagués volgut introduir excepcions a les obligacions d'inventariar i fiançar, és més lògic pensar que ho hauria establert clarament, sobretot quan el Llibre V del CCCat ha vingut a substituir una normativa que així ho disposava. Pel mateix motiu, tampoc em sembla que s'hagi d'exceptuar en el supòsit que l'usdefruit recaigui sobre l'habitatge de la usufructuària. A més, l'argument que la mateixa usufructuària no ha de tenir interès a danyar la cosa usufructuada es podria aplicar a tota classe d'usdefruits.

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions mercantils i de la propietat

Publicades el segon trimestre de 2016

Fernando Agustín Bonaga
Notari de Calataiud

ARRENDAMENTS

Resolució de 30 de maig de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6109)

Admet la inscripció d'una escriptura de venda d'habitatge i plaça de garatge a favor dels cònjuges que n'havien estat arrendataris, en exercici del seu dret arrendatari. A l'escriptura, les parts fan constar que, un cop notificada la venda a un tercer, el retracte es va exercitar en temps i forma, si bé es va endarrerir a un moment posterior al termini de 60 dies després de la notificació (article 48 LAU-1964); no l'exercici del retracte, sinó la formalització de l'escriptura. La Registradora en va denegar la inscripció, per entendre caducat el dret de retracte.

No obstant això, la Direcció afirma que no s'ha de confondre l'exercici d'un dret amb la seva formalització. El dret ja s'ha consumat en exercitar-se i obliga a passar per aquest el comprador contra el qual s'exercita. La Direcció també ha admès la inscripció de l'exercici en termini del dret d'opció, encara que s'hagi presentat al Registre amb posterioritat al termini de vigència (Resolució de 27 de març de 2000).

BÉNS I DRET DE L'ADMINISTRACIÓ

Actes separables

Resolució de 22 d'abril de 2015 (BOE 133, 2-VI-16: 5318)

Consta inscrita la venda d'una finca promoguda i venuda per un Ajuntament a un particular, amb la prohibició de disposar *inter vivos*

durant 7 anys, que resulta del plec de condicions administratives que va regir l'adjudicació. Posteriorment, el Ple de l'Ajuntament va modificar el plec de condicions i va deixar sense efecte la limitació dispositiva inscrita. Ara es pretén inscriure una escriptura d'augment de capital en què s'aporta la finca a una societat.

La Registradora denega la cancel·lació de la limitació dispositiva i la inscripció de l'aportació, perquè entén que no estem en un dels supòsits en què es pot modificar el contracte conforme a la Llei de Contractes del Sector Públic (Llei 30/2007). No obstant això, la Direcció admet la inscripció, en no considerar aplicable aquesta llei, la disposició transitòria de la qual disposa que els contractes adjudicats abans de l'entrada en vigor de la llei es regiran quant als seus efectes (i, per tant, a la seva modificació) per la legislació anterior, en aquest cas, el RDLeg. 2/2000, segons el qual (article 59) el règim legal de modificació només s'aplica als contractes administratius i no als privats. Segons la doctrina dels «actes separables», els contractes privats dels ens públics es regeixen, quant als seus efectes, modificació i extinció, pel Dret Privat, i només quant a la seva preparació i adjudicació, pel Dret Públic. El fet que mitjançant la compravenda amb limitació dispositiva es pretengués satisfer un interès públic (fixar població) no pot servir de fonament a l'aplicació de les normes sobre modificació dels contractes administratius.

Entitats locals

Resolució de 19 de maig de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5649)

El títol qualificat és un negoci complex en què un Ajuntament constitueix un dret de superfície sobre una finca de la seva propi-



Resolucions

etat a favor d'un particular, a qui atribueix, a més, un dret d'opció de compra durant un termini inferior al dret de superfície. El Registrador inscriu el dret de superfície, però no el d'opció.

La Direcció desestima l'objecció que el dret d'opció desnaturalitza el dret de superfície en treure-li una de les seves característiques essencials, que és la reversió d'allò edificat a l'Ajuntament. Es tracta de dos drets reals compatibles. Quan es tracta d'una opció complementària d'una altra figura jurídica que ho admeti, com ara el dret de superfície, es pot inscriure encara que excedeixi del termini de 4 anys de l'article 14 RH.

No obstant això, la inscripció de l'opció es denega per vulneració de la normativa sobre alienació de béns de les entitats locals, els requisits de les quals s'han d'observar encara que es tracti d'un negoci unitari i complex.

Expropiació forçosa

Resolució de 30 de març de 2016 (BOE 89, 13-IV-16: 3516)

Suspèn la cancel·lació d'uns drets de reversió concretats en una participació indivisa d'una finca inscrita a nom d'una junta de compensació. El dret de reversió correspon als propietaris no adherits a aquesta junta, la qual pretén la cancel·lació mitjançant certificació d'aprovació definitiva del projecte de compensació. No resulten acreditades les circumstàncies determinants de la cancel·lació o l'extinció dels drets de reversió.

La persona expropiada té dret a resoldre l'expropiació infructuosa perquè no s'ha executat l'obra i s'estableix el servei causant de l'expropiació; perquè existeix part sobrant dels béns expropiats, o perquè desapareix l'afectació. Aquest dret és susceptible de reflex registral en cada una de les seves tres frases: expectant, arran de la mateixa expropiació (que s'ha de fer constar, davant de tercers adquirents, a la inscripció d'adquisicions per expropiació); un cop produït qualsevol dels drets que en determinen el naixement, i un cop exercitat, mitjançant restitució de la indemnització i readquisició del domini. Tot i que la jurisprudència nega la procedència de reversió en les transmissions voluntàries, l'expropiació contra el propietari no adherit a la junta de compensació, malgrat l'eventual opció d'incorporació, es considera expropiació forçosa en el si del sistema de compensació. Quant a la seva cancel·lació registral, abans de la Llei 13/2015, la Direcció ha mantingut una doctrina uniforme: els assentaments registrals estan sota la salvaguarda dels tribunals; la seva cancel·lació exigeix consentiment del titular o resolució judicial; la prescripció no pot ser apreciada directament pel Registrador, tret que existeixin procediments especials per a l'alliberament de càrregues, com el de l'article 82-5 LH. El termini d'exercici del dret de reversió serà més breu si l'expropiació perd la seva justificació: 3 mesos a comptar des que l'Administració notifiqui l'excés d'expropiació, la desafectació del bé o el seu propòsit de no executar l'obra o implantar el servei. A falta de notificació, es fixen termes finals més llargs per als diferents supòsits de reversió, més enllà dels quals no es pot exercitar el dret. Però la LEF no estableix terminis de prescripció o caducitat del dret de reversió, sense que la jurisprudència admeti l'aplicació del genèric termini de prescripció de les accions personals, ja que està en mans de l'Administració posar fi a la situació mitjançant una notificació directa.

Per tot això, es pot confirmar la qualificació quant a l'exigència de certificació de l'acte administratiu ferm que, amb audiència de l'interessat, declari l'extinció del dret de reversió, sempre que aquesta decisió hagi adquirit fermesa també en via jurisdiccional per sentència confirmatòria o per transcurs dels terminis d'impugnació judicial, la qual cosa es podrà acreditar per la mateixa certificació administrativa.

Quant a l'admissió d'altres mitjans de cancel·lació del dret de reversió: una renúncia anticipada implicaria que ja no estariem davant d'una expropiació, sinó davant d'una transmissió voluntària; la renúncia del dret ja reconegut no planteja cap problema; la reversió és un dret potestatiu o de modificació jurídica, ja que confereix la facultat d'adquirir el domini mitjançant una declaració de voluntat unilateral, donant-se els pressupòsits legals, cosa que justifica la possible aplicació de la regla 8a de l'article 210 LH, sobre expedient d'alliberament de càrregues i gravàmens, a la reversió en expropiacions derivades de sistemes d'actuació per compensació, sempre que es pugui afirmar l'existència d'un termini preclusiu d'exercici del dret, a partir del qual es poden computar els 5 anys exigits pel precepte.

Resolució de 19 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5309)

Admet la cancel·lació d'un dret de reversió que es pretén mitjançant ofici i resolució de l'Institut d'Habitatge, Infraestructura i Equipament de la Defensa, titular registral actual, a la qual s'hi acompanya certificació acreditativa dels tràmits essencials del procediment: expedient administratiu de depuració jurídica de la finca en què es notifica i es reconeix el dret dels reversionistes; sentència ferma que fixa el preu just i insta els reversionistes a ingressar-lo en el termini determinat, sota pena de caducitat del dret de reversió, i resolució administrativa que declara la caducitat per falta d'ingrés.

Com a regla general, la cancel·lació d'assentaments exigeix el consentiment del titular registral o la resolució judicial supletòria (article 82 LH). Però aquesta regla té excepcions, i una d'aquestes és que el dret s'hagi extingit per imperatiu del mateix títol inscrit o per disposició directa de la llei, que és el que ha passat en aquest supòsit, en què resulta acreditat que el dret de reversió ha caducat de conformitat amb l'article 55-3 LEF.

Forests

Resolució de 12 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5301)

Admet la immatriculació de diverses finques rústiques en el terme municipal en què existeixen forests demaniales, sense necessitat de l'informe exigint per l'article 22 de la Llei de Forests, perquè no s'ha posat de manifest cap indici que les finques a immatricular siguin forests, ni confrontin amb cap forest, ni amb cap altre integrant del domini públic.

La mateixa finalitat que va inspirar l'article esmentat és la que recull ara la Llei 13/2015 respecte a la protecció de qualsevol classe de domini públic (articles 199, 203 i 205 LH).



Resolució de 3 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5487)

Suspèn la inscripció de l'adjudicació d'una forest municipal, en virtut de l'acta de subhasta pública expedida per una comunitat de regants, com a conseqüència de l'impagament de les despeses d'administració i distribució d'aigües per part de l'Ajuntament propietari.

Certament, les comunitats de regants són entitats administratives i tenen reconeguda via de constrenyiment pel procediment de la LGT i el RGR. Però en aquest cas hi concorren els defectes següents: el que es pretén inscriure és només part d'una finca inscrita, és a dir que cal la seva segregació prèvia; la finca matriu és forest catalogada d'utilitat pública i, per tant, bé demanial inembargable; una acta de subhasta no és títol suficient per inscriure, sinó que caldria aportar certificació de l'acte d'adjudicació expedida per l'òrgan competent (en aquest cas, la junta de govern) en què hi ha de constar la transcripció de l'acta i el pagament de la rematada, juntament amb les altres circumstàncies generals exigides per la legislació hipotecària; i, per acabar, no s'ha publicat la convocatòria de subhasta pública al BOE, com exigeix l'article 106 RGR (només consta la publicació al BOP).

Vies pecuàries

Resolució de 15 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3313)

Suspèn la immatriculació d'una finca rústica confrontant amb forest pública, perquè, com a conseqüència de la consulta efectuada per la Registradora conforme a l'article 22 de la Llei de Forests, resulta de l'informe de l'Administració forestal que la finca està travessada per una sendera la superfície aproximada de la qual es determina.

Les vies pecuàries són béns de domini públic i, per això, inalienables, imprescriptibles i inembargables, la propietat de les quals correspon a la Comunitat Autònoma (article 2 LVP). És obligació dels registradors impedir les inscripcions que puguin envair el domini públic, tant si està inscrit com si no, però de l'existència de les quals el Registrador en tingui indicis. Així ho consagra també la Llei 13/2015 (encara no aplicable temporalment al supòsit resolt) als seus articles 9, 199 i 203 (el darrer, sobre immatriculació).

CADUCITAT

Resolució de 20 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5314)

El títol qualificat és una escriptura de compravenda atorgada el 2001, en què es va ajornar durant 14 dies una part del preu representada per una lletra de canvi, i es va pactar que «caducarà de ple dret aquesta condició resolutòria» i la seva inscripció al cap de 3 mesos del venciment de l'obligació, si res no obstés al Registre, de manera que es podria obtenir la cancel·lació per simple instància privada acompanyada de l'escriptura de venda. Com que la venda afectava dues finques i no es va distribuir la responsabilitat de cada una, no es va inscriure ni la condició ni la venda. Ara, la Direcció admet la inscripció parcial de la compravenda sense la condició resolutòria, i al·lega que avui es troba extingida per caducitat.

En el nostre ordenament s'admet la caducitat convencional dels drets reals, encara que de vegades sigui difícil interpretar si es tracta de prescripció o de caducitat, del dret o només de l'assentament. En aquest supòsit, sembla clar que s'han convingut la caducitat de la condició resolutòria mateixa, i si fos un supòsit de prescripció (no de caducitat), el dret a resoldre hauria prescrit l'1 de gener de 2014, segons la norma material aplicable (article 121-20 CCat).

Resolució de 21 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5316)

Denega la cancel·lació d'una condició resolutòria en garantia d'obligació de construir i prohibició d'alienar durant un termini de 3 anys a comptar des del 2007, que es pretén, sense consentiment del beneficiari de la condició, mitjançant instància privada de l'amo de la finca, a l'empara del pla quinquennal de l'article 177 RH.

La Direcció distingeix tres preceptes amb diferent àmbit d'aplicació: l'article 82-5è LH és aplicable només a la cancel·lació d'hipoteques i condicions resolutòries en garantia del preu ajornat de compravendes, quan hagi transcorregut el termini legal de prescripció o el més breu estipulat per les parts; l'article 177 RH fixa un termini de caducitat que permet la cancel·lació d'assentaments sobre drets de modificació jurídica (opció, retrovenda, retracte convencional) que tinguin un termini de vigència convingut per les parts, i l'article 210-8 LH estableix un règim de caducitat dels assentaments que s'aplica a totes les inscripcions de qualsevol garantia real quan consti al Registre la data en què es va haver de produir el pagament íntegre.

Respecte al cas resolt, el còmput del termini de 5 anys de l'article 177 RH s'ha d'iniciar no des que es va poder exercitar l'acció resolutòria, sinó des que va vèncer el termini per a exercitar-la, tenint en compte que, encara que certament el termini de prescripció de les accions personals sense termini especial (article 1964 CC) és avui només de 5 anys, en tractar-se de la prescripció d'una acció iniciada abans de la vigència de la Llei 42/2015, el termini de prescripció s'ha de computar des de la seva entrada en vigor (disposició transitòria 5a).

Resolució de 17 de maig de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5641)

Admet la cancel·lació d'una nota d'afecció caucional a la liquidació definitiva de l'ITP meritat per una compravenda que es va beneficiar provisionalment de la bonificació fiscal prevista a l'article 13 de la Llei catalana 31/2002 (compra d'habitatge que s'incorpora a l'actiu circulant d'una empresa amb la finalitat de revendre'l en un termini màxim de 3 anys). No consta la consolidació de la bonificació aplicada provisionalment, però ara se sol·licita la cancel·lació per prescripció de la nota d'afecció fiscal, un cop transcorreguts 5 anys des de la data, que és el termini establert per l'article 122 RITP per a la durada de les notes d'afecció d'aquest tribut. Per a la Direcció, aquest termini no s'aplica a l'afecció, sinó a la nota, i és termini de caducitat de l'assentament no susceptible d'interrupció (Consulta Vinculant DGT V2126-2009).



Resolucions

Resolució de 18 de maig de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5643)

Denega la cancel·lació d'una anotació d'embargament prorogada a favor d'Hisenda, que es pretén mitjançant escrit privat en què es demana l'inici de l'expedient de cancel·lació de càrregues i gravàmens.

En contra del que sosté el recurrent, la Direcció entén que l'anotació està vigent, ja que el mandat que n'ordenava la pròrroga es va presentar abans de la caducitat de l'anotació inicial. A més, la Direcció entén que l'expedient d'alliberament de càrregues i gravàmens de l'article 210 LH (reformat per la Llei 13/2015) és procedent només respecte de càrregues i drets que s'hagin extingit per prescripció, caducitat o no ús. L'embargament, més que un dret (real, de gaudi o de configuració jurídica), és una mesura d'assegurament. No és una cosa que en si mateixa sigui susceptible de gaudi ni, per tant, de prescripció.

CAUSA DELS CONTRACTES

Resolució de 9 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3308)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'herència per la qual s'adjudica a una de les filles del causant l'únic bé inventariat, que és de guanys i indivisible als efectes de l'article 1062 CC. Els altres interessats es declaren satisfets: els altres fills, quant al seu haver hereditari, per haver rebut en vida del causant béns suficients per a això; la vídua, quant a la seva participació en els guanys, per haver rebut de la filla adjudicatària en vida del causant diverses quantitats en metàl·lic i haver-se adjudicat el parament, els mobles i béns existents en el domicili conjugal.

Certament, els hereus majors d'edat poden verificar la participació en la forma que tinguin per convenient (article 1058 CC), però tot negoci translatiu ha de tenir causa lícita i suficient, que s'ha de reflectir al Registre. Cal exterioritzar degudament la causa de l'excés d'adjudicació realitzat, el qual en l'escriptura es fonamenta: d'una banda, en el fet d'haver rebut la vídua quantitats en metàl·lic de l'adjudicatària, el que determinaria que l'adjudicació es fa en pagament de deutes (amb les conseqüències pròpies de les adquisicions oneroses: caràcter de guanys en el matrimoni de l'adjudicatària i possible condició d'aquesta com a tercera hipotecària), però, d'altra banda, també es justifica l'excés per haver-se quedat la vídua el parament i els béns, la qual cosa determinaria una adjudicació per partició d'herència en quota corresponent, que tampoc no s'especifica.

COMUNITAT

Resolució de 4 d'abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4013)

Pertanyent per herència a dos germans dues finques per meitat i *pro indiviso*, s'admet ara la inscripció d'una escriptura d'extinció parcial de comunitat, per la qual s'adjudica a un dels germans una de les finques en ple domini i un 27% indivís de l'altra, el 73% restant de la qual s'adjudica a l'altre germà.

La Direcció matisa la doctrina de la seva Resolució d'11 de novembre de 2011 (vegeu *infra*), que negava el caràcter de veritable extinció de comunitat a l'extinció parcial i la considerava una simple venda de quota. Ara, però, la Direcció atribueix el caràcter de veritable extinció de comunitat a tot acte que, fins i

tot sense produir la disminució dels seus membres, sinó només l'alteració de les seves quotes, es pugui entendre encaminat per la seva pròpia naturalesa al cessament final de la situació de comunitat, encara que no aconsegueixi aquest efecte totalment. Així, serien exemples de dissolució els següents:

- En una comunitat sobre diversos béns, se n'adjudiquen un o diversos a algun dels partícips, en pagament dels seus drets a la comunitat, la qual subsisteix amb els restants béns i partícips mitjançant reajustament de les seves quotes (cas similar al de l'article 80-1-c RH, respecte de la partició).
- En una comunitat sobre diverses finques, es formen lots que s'adjudiquen a grups de partícips diferenciats, els quals adquireixen en comunitat dins de cada grup.
- En una comunitat sobre un bé indivisible, aquest s'adjudica *pro indiviso* a diversos d'ells, els quals compensen en metàl·lic els no adjudicataris.
- En una comunitat sobre un sol bé, els titulars d'algunes de les quotes (però no de totes) les adjudiquen a un o diversos d'ells, els quals compensen en metàl·lic els altres.

L'acte qualificat, certament, manté el nombre de comuners, però extingeix la comunitat respecte d'una de les finques i està encaminat a l'extinció de la comunitat sobre l'altra: la finca és indivisible; la diferència de valor entre totes dues impossibilita l'adjudicació de cada una d'elles a cada un dels comuners sense que es produeixin diferències importants en les adjudicacions; no hi ha compensació en metàl·lic, per tant, s'adjudica una quota més gran a qui cedeix totalment la seva quota a l'altra finca.

Resolució de 25 de maig de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5692)

Admet la cancel·lació d'unes anotacions preventives d'embargament que graven una quota indivisa de la finca, el condomini de la qual s'extingeix amb plena adjudicació a un comuner per indivisibilitat, sense necessitat d'executòria del tribunal que al seu dia va ordenar l'anotació.

És doctrina de la Direcció admetre que, en les extincions de comunitat, la càrrega que requeia sobre la quota d'un comuner (embargament o hipoteca) s'avoqui exclusivament a la seva adjudicació, i quedi lliure el bé o béns adjudicats als altres, sense necessitat de consentiment de la part creditora. Els tercers poden concórrer, oposar-s'hi o impugnar la divisió, però no poden decidir com es duu a terme ni prohibir-la. L'existència d'una càrrega no afecta les facultats dispositives del condomini.

CONCURS I INSOLVÈNCIA

Resolució de 16 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3316)

Admet la cancel·lació d'una hipoteca anterior a la declaració de concurs de la societat titular. El crèdit garantit està qualificat com a amb privilegi especial. Ordena la cancel·lació el Jutge concursal, un cop adjudicada la finca en subhasta, ja en fase de liquidació.



La STS de 23 de juliol de 2013 admet que el pla de liquidació pugui preveure una forma especial de realització dels actius del deutor alternativa o complementària a les previstes amb caràcter general, però el que no pot és obviar els drets del creditor hipotecari en el concurs. En el manament ha de constar expressament que s'ha donat coneixement als creditors hipotecaris no només del pla de liquidació, sinó també de les mesures preses amb relació a la satisfacció del crèdit amb privilegi especial. No n'hi ha prou amb la mera possibilitat de coneixement resultant de la personació en el procediment concursal, sinó que la cancel·lació només pot ser decretada mitjançant notificació amb expressió de les mesures adoptades o projectades per a la satisfacció dels crèdits.

Ara bé, en el cas resolt, consta que el creditor amb privilegi especial s'ha personat i ha intervingut activament, que ha conegut les mesures preses per a la satisfacció del seu crèdit i que ha rebut una determinada quantitat en aquest concepte.

Resolució de 4 d'abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4014)

Admet l'expedició de certificació de domini i càrregues en un procés d'execució hipotecària, d'aquesta manera la deutora i hipotecant es troba en situació legal de concurs, però havent-se aprovat el conveni en virtut de sentència.

Certament, l'article 56 LC deixa fora de la jurisdicció del Jutge del concurs les execucions de garanties reals que recaiguin sobre béns no necessaris per a la continuïtat de l'activitat professional o empresarial del concursat, i correspon al Jutge del concurs la competència exclusiva per apreciar o no aquesta afecció.

Ara bé, aquesta paralització d'accions i execucions singulars només desplega els seus efectes durant la fase de declaració de concurs, i queda superada per l'aprovació ferma del conveni entre deutor i creditors, sense perjudici d'allò que sobre això pugui establir el mateix conveni. En existir sentència aprovatòria del conveni, el requisit essencial que permet l'execució separada de la hipoteca no és la condició del bé, sinó l'adhesió o no del creditor privilegiat a aquest, que en el supòsit resolt no s'ha produït, o sigui que és procedent continuar l'execució.

Resolució de 25 d'abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5475)

Denega la inscripció d'una escriptura per la qual una societat declarada en concurs, representada pels administradors concursals, ven tres locals en el marc del pla de liquidació aprovat pel Jutge concursal.

La Direcció considera correcta l'acreditació i la constància tant del poder de representació com de les facultats dels administradors concursals. El Notari incorpora consulta telemàtica al Registre Públic de Resolucions Concursals, i declara haver tingut a la vista la interlocutòria judicial que aprova el pla de liquidació (subscrit pels mateixos administradors concursals), el testimoni dels quals incorpora. El judici notarial de suficiència de les facultats representatives dels administradors és congruent i està correctament formulat.

La inscripció es denega per dos motius. Primer, perquè el requisit de publicació de l'oferta de venda durant 15 dies al taulell

d'anuncis del Jutjat es pretén acreditar mitjançant una simple còpia de la diligència d'ordenació, sense segell ni rúbrica del Lletrat de l'Administració de Justícia. Però el principal defecte consisteix en què l'oferta és per a l'adquisició d'un local comercial, mentre que allò transmès són tres locals englobats en una sola referència cadastral i amb un número de policia que no concorda amb l'oferta. L'especial transcendència de la publicitat de l'oferta impedeix accedir a la inscripció.

Resolució de 7 de juny de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6253)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en procediment judicial d'execució hipotecària, a més de perquè no consten amb claredat les dades identificatives exactes de la societat adjudicatària, perquè l'executada, posteriorment a l'inici de l'execució, va ser declarada en concurs, havent-se acordat l'obertura de la fase de liquidació amb anterioritat al decret d'adjudicació. No consta l'existència de resolució del Jutge concursal declarant que els béns executats no són necessaris per a la continuïtat de l'activitat professional de l'executat, per tant, s'ha d'entendre que l'execució hipotecària ha quedat en suspens des de la declaració de concurs (article 56 LC). Un cop oberta la fase de liquidació, les actuacions suspeses es reprendran, però acumulades al procediment concursal com a peça separada.

Resolució de 9 de juny de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6258)

Denega la inscripció al Registre de Béns Mobles d'un manament del Jutge concursal ordenant l'aixecament de qualssevol càrregues o limitacions de disposició existents sobre un vehicle. En virtut de manament expedit pel mateix Jutjat, ja es van cancel·lar al seu dia dues anotacions d'embargament. Ara només consten les inscripcions de declaració de concurs i obertura de la fase de liquidació, de manera que les úniques limitacions de disposició que afectarien el vehicle són les derivades de la situació concursal, que continua actualment.

DELIMITACIÓ

Resolució de 4 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5492)

Admet la inscripció d'una acta notarial de delimitació entre dues finques limítrofes atorgada pels propietaris d'aquestes, la qual va ser autoritzada i presentada abans de la vigència de la Llei 13/2015, per tant, no són d'aplicació els nous requisits introduïts per aquesta. Fins a la seva entrada en vigor, era possible la delimitació realitzada pels interessos quant als límits que afecten respecte de les finques inscrites (possibilitat que subsisteix, via l'article 384 CC, respecte de les no inscrites), sense necessitat d'aportar certificació cadastral descriptiva i gràfica acreditativa de la concreta situació gràfica de la finca.

DIVISIÓ, SEGREGACIÓ, PARCEL·LACIÓ

Resolució de 4 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3304)

Denega la inscripció d'una sentència que declara extingit el condomini sobre una finca rústica i la procedència de dividir



Resolucions

L'immoble conforme a la parcel·lació descrita a la demanda, en consonància amb la descripció cadastral actualment existent. Cal obtenir llicència de parcel·lació o declaració de la seva innecessarietat, segons l'article 245-2 de la Llei d'Urbanisme d'Aragó, aplicable al cas, i l'article 241-3 del qual disposa que els notaris i registradors l'hauran d'exigir, respectivament, per autoritzar i inscriure parcel·lacions. Tot això sense perjudici que es pugui invocar l'antiguitat suficient de la divisió (per exemple, mitjançant la certificació cadastral) que justifica la prescripció de les mesures de restabliment de la legalitat urbanística per exceptuar l'exigència de llicència (Resolució de 26 de maig de 2016).

Resolució de 5 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5499)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de segregació i compra-venda presentada ara però atorgada el 1997. En el moment de l'atorgament estava vigent la LS-1992, que ja imposava la necessitat de llicència o declaració d'innecessarietat i establia un termini de prescripció d'infraccions urbanístiques de 4 anys, tret de les zones verdes. El recurrent al·lega la prescripció de la infracció urbanística, d'acord amb l'analogia que la Direcció ha mantingut amb el règim aplicable a les edificacions fora d'ordenació.

No obstant això, aquesta possible aplicació analògica s'ha de fer conforme a la pròpia naturalesa dels actes de parcel·lació, que és eminentment jurídica, en contraposició amb el caràcter purament fàctic de la finalització d'una obra. La Direcció recorda la seva doctrina consolidada: la segregació és un acte eminentment registral, la inscripció de la qual queda subjecta als requisits vigents en el moment de la presentació, encara que el seu atorgament s'hagi produït sota un règim normatiu anterior. El Tribunal Constitucional i el Suprem han matisat el principi d'irretroactivitat, en el sentit d'admetre l'aplicació de les normes a actes nascuts sota la legislació anterior, però els efectes de la qual no s'hagin esgotat o consumat, i sempre que no perjudiquin drets consolidats de particulars.

Resolució de 8 de juny de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6256)

Admet la inscripció d'una escriptura d'agrupació i segregació, i considera degudament complerta la rogació i les altres exigències per iniciar el procediment registral de l'article 199 LH. Les finques agrupades mesuren en conjunt: 500 metres quadrats, segon el Registre; 635 metres, segons la llicència de segregació, i 616 metres, segons la certificació cadastral descriptiva i gràfica de la finca agrupada, que s'aporta «*havent-se d'entendre que es dona així inici al procediment que preveu l'article 199 de la Llei Hipotecària*», segon es manifesta.

El procediment de l'article 199 LH té per objecte incorporar al full real la representació gràfica cadastral, per a la qual cosa s'exigeix notificació als titulars registrals de la finca, com també als titulars de les finques registrals afectades. Per això, l'article 9 LH exigeix aportar, juntament amb el títol, la certificació cadastral descriptiva i gràfica (tret dels supòsits en què la llei permet aportar una representació gràfica alternativa), però el que no s'exigeix en cap precepte és que en el títol s'hagi de descriure la finca d'acord amb la certificació. Certament, seria convenient recitar la descripció literària del títol qualificat per a més exactitud d'aquest, però aquesta total coincidència descriptiva només s'exi-

geix per a les immatriculacions. Tot això sense perjudici que, en començar el procediment, el Registrador pugui manifestar que té dubtes sobre la identitat de la finca, que s'hauran de referir al fet que la representació gràfica de la finca coincideixi amb una altra base gràfica inscrita; amb el domini públic; que envaeixi una finca limítrofa inscrita, o encobreixi una transmissió o una modificació hipotecària.

També cal apuntar la possibilitat de prescindir de la representació gràfica en els casos en què la finca resultant d'una modificació hipotecària no tingui existència real per haver-se produït una altra modificació posterior, en què s'aporti la representació gràfica que en definitiva té la finca, i totes dues operacions acceixin simultàniament al Registre (així en resulta de la interpretació conjunta dels articles 9-b, 198 i 199 LH). Tanmateix, això no és d'aplicació en aquest cas, ja que la certificació que s'aporta no es correspon amb l'última modificació realitzada (segregació), sinó amb l'agrupació prèvia.

DOCUMENTS ADMINISTRATIUS

Resolució d'1 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3297)

Mitjançant sentència contenciosa administrativa, es declara la nul·litat d'una execució realitzada per la Tresoreria General de la Seguretat Social (TGSS) i conclosa amb adjudicació d'un bé. És la mateixa sentència a executar la que determinarà el contingut dels actes que ha de realitzar l'Administració Pública condemnada: si la sentència es limita a declarar la nul·litat, n'hi haurà prou amb un acte administratiu de contingut negatiu, però si (com en aquest cas) la sentència ordena la retroacció a un moment procedimental determinat, l'Administració haurà de prosseguir l'expedient a partir d'aquest. Ara bé, la inscripció d'actuacions que tinguin efecte contra el titular registral exigeix que la posició d'aquest hagi estat respectada.

Ara, la Direcció denega la inscripció d'una certificació de la TGSS que pretén deixar sense efecte la inscripció de la prèvia adjudicació en el procediment de constrenyiment que ha estat anul·lat judicialment. Correspon a l'òrgan jurisdiccional apreciar si el titular registral afectat ha tingut ocasió d'intervenir en el procés. De la documentació presentada en resulta que l'única demandada va ser la TGSS i no consta cap intervenció del titular registral. Res no canvia el fet que se li hagi intentat notificar la sentència, perquè aquesta notificació posterior no li possibilita d'intervenir en el procediment per a la defensa dels seus drets.

DOCUMENTS JUDICIALS

Resolució de 6 d'abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4017)

Denega la inscripció d'un manament expedit per un Secretari Judicial (avui Lletat de l'Administració de Justícia) que ordena determinades operacions com a conseqüència d'una sentència de delimitació que altera el límit compartit per la finca dels demandants i la dels demandats, i atribueix a la primera (a costa de la segona) una porció concreta de 101 metres quadrats que es considera doblement immatriculada.



La disminució de cabuda de la finca dels demandats és inscrivible i està suficientment causalitzada. No obstant això, un manament és un acte de comunicació processal que no és per si mateix títol material ni formal, tret que inclogui un testimoni de la resolució judicial, cosa que succeeix en el supòsit, ja que el manament no conté cap referència al decret d'aprovació de la delimitació. D'altra banda, aquesta delimitació parcial es presenta a inscripció sota la vigència de la Llei 13/2015, per la qual cosa s'ha d'expressar necessàriament la georeferenciació de cada un dels vèrtexs de la línia de separació entre totes dues finques.

Resolució de 8 d'abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4019)

Resol que una sentència ferma estimatòria d'una tercera de domini interposada al si d'un procediment de constrenyiment és suficient per cancel·lar l'anotació preventiva d'embargament causada en el procediment, però no per inscriure el domini a favor del tercer.

Segons l'Exposició de Motius de la LEC, la tercera de domini no es concep ja com un procés ordinari definitori del domini, sinó com un incident de l'execució que només decideix si és procedent mantenir o aixecar l'embargament. En el cas resolt, la sentència de tercera conté una declaració de domini, però la Jutgesa limita l'efecte de la tercera a l'aixecament de l'embargament, per tant, la declaració de domini és requisit previ de l'aixecament, però no és susceptible d'inscripció. Una altra cosa seria que, a més de l'aixecament de l'embargament, s'ordenés expressament la inscripció a nom del demandant (com passaria en el supòsit de la Resolució de 5 de maig de 2006).

Resolució de 12 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5512)

Suspèn la inscripció d'una sentència dictada en rebel·lia del demandat, per falta d'acreditació del transcurs del termini màxim previst per exercitar l'acció de rescissió de les sentències en rebel·lia (que és de 20 dies des de la notificació de la sentència, si aquesta va ser personal; 4 mesos, si no va ser personal; 16 mesos, en cas de subsistència d'una causa de força major). En particular, el recurrent sosté que, si la notificació és personal, com passa en el supòsit, cal esperar el termini previst per als casos de força major. La Direcció no està d'acord: la possibilitat de força major pot donar-se amb independència de la forma de notificació. El transcurs dels terminis (inclús el de força major) haurà de constar en el mateix document judicial, sense que siguin possibles deduccions presumptives.

Resolució de 2 de juny de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6118)

Suspèn la inscripció d'un manament judicial que insereix una sentència ferma que condemna la demandada a l'elevació a escriptura pública d'un contracte de compravenda subscrit de manera verbal el 1970, però sense dir quin és el contingut d'aquest contracte.

Per poder inscriure un títol, hi han de constar totes les circumstàncies necessàries per practicar l'assentament, dins de les quals tenen especial importància les personals i el títol material (onerós o gratuït) d'adquisició.

DOCUMENTS PRIVATS

Resolució d'11 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5289)

Suspèn la inscripció d'una escriptura actual d'elevació a públic de document privat de venda. Des del 1976, consten inscrites diverses operacions sobre una finca, atorgades pels seus titulars registrals: agrupació del solar amb un altre de limítrof, declaració d'obra nova, divisió horitzontal i disposició de diversos departaments a favor de tercers. Mitjançant document privat de 1994, el matrimoni titular va vendre una meitat indivisa del solar. Ara es pretén la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic del document privat, atorgada pels qui al·leguen ser els hereus del titular i en la part dispositiva del qual es modifica l'objecte de la venda en el sentit de dir que allò venut és la meitat no del solar, sinó de diversos departaments de la propietat horitzontal.

Per a la Direcció, els hereus, en canviar l'objecte del contracte, no estan realitzant una escriptura merament recognoscitiva del document privat, sinó una verdadera *renovatio contractus*. Interpretant *a contrario sensu* l'article 1271 CC, tota modificació que no vagi més enllà de la quantitat (en el cas d'un immoble, de la seva superfície) constitueix una discrepància essencial en l'objecte del negoci. A l'atorgament del document privat, els venedors ja no eren propietaris de molts dels departaments construïts sobre el solar la meitat indivisa del qual venien. Es tracta d'actes contradictoris.

D'altra banda, no consta la presentació a efectes de liquidació de l'impost de successions, sense que aquesta falta estigui suplerta per la nota d'ingrés de l'impost de transmissions també meritat pel títol, malgrat que tots dos impostos estiguin cedits a les comunitats autònomes (per contra, sí que consta la presentació a l'Ajuntament de l'autoliquidació per la plusvàlua municipal). Tampoc s'acrediten ni la data de defunció del causant, ni el seu testament, ja que hi ha un relat (no testimoni) d'aquests a l'escriptura i s'ofereix acompanyar els documents en qüestió, cosa que no es fa.

DONACIÓ

Resolució de 5 d'abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4015)

Denega la inscripció d'una escriptura qualificada com a «*pacte successori de constitució d'usdefruit vital*», mitjançant la qual dos cònjuges, a l'empara de l'article 228 de la Llei del Dret Civil de Galícia, estipulen l'atribució recíproca de l'usdefruit vitalici sobre el dret que correspon a cada un en dues finques de guany.

L'article esmentat permet als cònjuges pactar o disposar l'usdefruit sobre la totalitat o part de l'herència, si bé la doctrina majoritària nega a aquest usdefruit el caràcter de pacte successori. Una donació *inter vivos* condicionada a la defunció sí que seria inscrivible, però no ho és el que les parts han establert, ja que ho qualifiquen de *pacte successori*. Allò establert participa de la naturalesa de les donacions *mortis causa* (article 620 CC), perquè no hi ha transmissió immediata del dret, sinó mera creació d'una expectativa que produirà els seus efectes a la mort del donant, les facultats dispositives del qual no queden limitades. En conseqüència, és revocable i no inscrivible.



Resolucions

EXCÉS DE CABUDA

Resolució de 21 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3324)

Denega la inscripció d'un excés de cabuda declarat per acta de notorietat, en considerar raonable el dubte del Registrador que el que es pretén immatricular realment, més que un excés, és una nova porció de terreny.

En concret, la finca apareix inscrita com a corral de 60 metres quadrats, amb llandes particulars (algunes de les quals, dels mateixos propietaris), i ara es pretén canviar la seva descripció a tres magatzems, espai esportiu i solar annex, tot això de 914 metres quadrats, algunes llandes dels quals passen a ser carrers i vies públiques.

La Direcció recorda la seva doctrina consolidada: la registració d'excessos de cabuda només es pot configurar com la rectificació d'una data descriptiva errònia inscrita, i resulta indubtable que aquesta rectificació no altera la realitat física exterior que s'acota, sinó que la superfície que es pretén fer constar ara ha de ser la que realment s'havia d'haver fet constar al seu dia perquè és la continguda dins de les llandes originals. Fora d'aquesta hipòtesi, pretendre la rectificació de cabuda encobreix l'intent d'aplicar el foli registral original a una superfície adjacent addicional, de manera que la via apropiada seria la prèvia immatriculació d'aquesta superfície adjacent i la seva agrupació a finca registral preexistent.

Resolució de 22 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5320)

Denega la inscripció d'una instància privada de manifestació d'herència, en què es realitzen excessos de cabuda de diverses finques que excedeixen del 10% de la cabuda inscrita, sense que s'hagi sol·licitat la inscripció parcial.

Dels mitjans actuals per registrar excessos de cabuda, serien procedents, en aquest cas, els que inclouen garanties prèvies per a tercers (notificacions a adjacents, edictes al *BOE*, alertes geogràfiques registrals, termini d'al·legacions), que permeten inscriure rectificacions descriptives de qualsevol naturalesa i magnitud, com també obtenir la representació geogràfica de la finca: el de l'article 199 LH, que s'atribueix als registradors, i el regulat a l'article 201-1 LH. Els dubtes que en aquests casos pugui tenir el Registrador s'han de referir al fet que la representació gràfica coincideixi en tot o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, a la possible invasió de finques adjacents o que s'encobreixi un negoci translatiu o operacions de modificació hipotecària.

Resolució de 23 de maig de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 140)

Denega la inscripció d'una sentència ferma que declara la correspondència entre una determinada parcel·la i una finca registral, i atribueix a la primera una cabuda molt superior a la de la finca inscrita. Cal acordar la inscripció d'un excés de cabuda en un procediment diferent dels especialment establerts en la legislació hipotecària, però sempre que es compleixin els requi-

sits d'aquests. En el cas resolt, no han estat esmentats els titulars dels predis adjacents.

Els altres defectes de la qualificació són desestimats. El fet que la demanda demani només la declaració de domini no és obstacle per declarar l'excés de cabuda, ja que es requereix que la declaració inclogui la descripció real de la finca i la seva superfície. D'altra banda, els dubtes sobre la realitat de l'excés, quan es tracten en un procediment judicial, s'aclareixen en l'àmbit de valoració de les proves, que correspon al Jutge. Certament, en el full registral de la finca hi consta la nota d'haver estat aportada a una actuació urbanística, però això no obliga a esperar necessàriament a l'aprovació de la reparcel·lació amb exclusió d'altres procediments de determinació de superfície.

En qualsevol cas, un cop esmenat el defecte assenyalat, la nova presentació del títol ja es registrarà per la Llei 13/2015. Per això, la Direcció es remet a la seva Resolució de 17 de novembre de 2015 i recorda els mitjans existents per registrar excessos de cabuda. Ja no són possibles ni la certificació tècnica, ni el doble títol translatiu. Els mitjans actuals són exclusivament els següents:

- Els que no inclouen tramitació prèvia que permeti la intervenció d'adjacents i tercers: el de les lletres a) i b) de l'article 301-3 LH, limitat al 10% o al 5% de la cabuda inscrita i que només permet rectificar la superfície literària, i el procediment de l'article 9-b) LH, que permet inscriure rectificacions superficials no superiors al 10% de la cabuda inscrita i amb simultània inscripció de la representació gràfica.
- Els que inclouen garanties prèvies per a tercers (notificacions a adjacents, edictes al *BOE*, alertes geogràfiques registrals, termini d'al·legacions) i permeten inscriure rectificacions descriptives de qualsevol naturalesa i magnitud, com també obtenir la representació geogràfica de la finca: el de l'article 199 LH, que s'atribueix als registradors, i el regulat a l'article 201-1 LH (que, al seu torn, remet l'article 203). El supòsit resolt s'enquadra en aquest grup.

HIPOTECA

Cancel·lació

Resolució de 25 d'abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5476)

Suspèn la inscripció d'una cancel·lació d'hipoteca constituïda en garantia de cent vint pagarés, degudament enumerats i identificats, amb venciments successius entre juliol de 2003 i juny de 2013. El primer defecte consisteix en què consta nota d'expedició de certificació de domini i càrregues en un procediment iniciat el 2005 en execució d'alguns dels pagarés garantits. Per cancel·lar la hipoteca respecte d'aquests, cal que la nota d'expedició de certificació sigui cancel·lada en virtut del manament basat en la resolució judicial ferma.

A més, existeixen cinc pagarés respecte dels quals no s'acredita la seva tinença i inutilització, sinó que únicament s'aporta un certificat pel qual Banco Mare Nostrum (entitat actual, successora de Caja Murcia) ha abonat al compte del client els efectes que es detallen. No consta clarament si l'esmentada entitat de crèdit és o no l'actual tenidora (cal recordar que, en les hipoteques canvi-



àries, el creditor hipotecari no ha de ser necessàriament el primer prenedor, sinó que pot ser un endossatari, i no és suficient acreditar el pagament, sinó que, a més, cal evitar que el títol segueixi circulant). En cas de constar que el tenidor és l'entitat bancària certificant, seria suficient la certificació bancària via l'article 45 de la Llei Canviària com a mitjà per suplir la inutilització dels títols garantits. D'altra banda, la notorietat no és mitjà de prova per acreditar les fusions bancàries (article 3 LH), si bé el Registrador hagués pogut consultar el Registre Mercantil.

Resolució de 17 de maig de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5640)

Admet la inscripció d'una cancel·lació d'hipoteca, malgrat que l'entitat atorgant no és la titular actual de la hipoteca, sinó la successora en virtut del procediment de reestructuració bancària, i malgrat que a l'escriptura no hi consten degudament ressenyades totes les operacions de fusió que van desembocar en l'actual titularitat del préstec hipotecari.

A les operacions de modificació estructural bancària, la inscripció al Registre Mercantil té caràcter constitutiu i el Registrador de la Propietat té la possibilitat de comprovar-la telemàticament. La successió també li consta al Registrador dels mateixos assentaments al seu càrrec (article 18 LH).

Consumidors

Resolució de 9 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3307)

Es refereix a un préstec hipotecari en què es discuteix la inscrivibilitat de les clàusules sobre interès de demora i venciment anticipat, com també el compliment per part del Notari dels seus deures d'informació als consumidors. La Direcció es considera competent, perquè la matèria discutida no versa exclusivament sobre Dret català.

Quant als interessos de demora, el títol qualificat no entra en l'àmbit d'aplicació de l'article 114-3 LH estatal, ja que la finalitat del préstec no és l'adquisició de l'habitatge habitual del consumidor amb hipoteca sobre aquest (de manera que, fora d'aquest estricte supòsit, en l'àmbit estatal, el Registrador només podria rebutjar la inscripció si existís una resolució judicial ferma declarant l'abusivitat d'un tipus d'interès de demora concret en els préstecs a consumidors, com ara, per exemple, el 19% de la STS de 23 de desembre de 2015). El supòsit entra en l'àmbit de l'article 251-6-4-a del Codi de Consum de Catalunya, que s'aplica a tots els préstecs i crèdits amb consumidors, i fixa el límit del triple de l'interès legal del diner vigent en el moment de l'escriptura (mentre que la norma estatal el fixa en el moment de la meritació). Segons la norma catalana, l'actual límit legal dels interessos de demora és el 10,50% durant tota la vida del préstec. Per això, l'escriptura infringeix el límit, en establir un interès de demora resultant d'addicionar 6 punts als interessos ordinaris vigents en el moment de la meritació, i una responsabilitat hipotecària per demores del 15% (el caràcter accessori de la hipoteca respecte del crèdit implica la impossibilitat de discrepàncies entre l'obligació i l'extensió objectiva de l'hipoteca).

Quant als deures d'informació notarial, entren en l'àmbit de la qualificació registral, i s'incardinen dins del control d'incorporació de les condicions generals als contractes d'adhesió. En aquest supòsit, Barcelona és el lloc tant d'ubicació de la finca hipoteca-

da com de veïnatge dels consumidors prestataris. S'aplica, per tant, l'article 123-10-2 del Codi de Consum de Catalunya, que és compatible amb el seu homònim 30 de l'Ordre EHA 2899/2011, al qual reforça. El títol qualificat infringeix aquest article català per dos motius: no hi ha constància expressa del requisit de posada a disposició del deutor per al seu examen del projecte d'escriptura durant 5 dies (3 en la norma estatal), de l'efectivitat d'aquest estudi anticipat o de la seva renúncia per part del prestatari, i no hi ha constància del deure d'informar el consumidor, els avaladors i tercers hipotecants sobre les conseqüències jurídiques i econòmiques del préstec i de la seva execució, com també de les fluctuacions del preu de mercat de l'habitatge, dels supòsits en què les entitats de crèdit puguin demanar ampliacions de garantia i dels altres drets i obligacions que comporta el contracte (aquestes obligacions d'informació notarial són més detallades que les de la norma estatal). Per contra, quant a la manifestació de l'entitat creditora d'haver optat per la mediació i no sotmetre's a l'arbitratge de consum, no hi ha obstacles que impedeixin la inscripció per falta d'informació, ja que la informació sobre els mecanismes extrajudicials de solució de conflictes derivats de l'incompliment no repercuteix en la comprensió del prestatari sobre les conseqüències econòmiques i jurídiques d'allò signat, per tant, s'enquadra en els deures generals d'informació per part del Notari, però no afecta la validesa del contracte.

Quant a les clàusules de venciment anticipat:

- Falsedat o ocultació de dades essencials per a la concessió del préstec. En general, es considera proporcional i adequada, perquè l'ordenament imposa que les entitats s'ocupin en la concessió de crèdits preferentment de la solvència del deutor i no exclusivament del valor esperat de la garantia. Ara bé, perquè sigui inscrivible, fa falta objectivar quines han estat les dades que han determinat la concessió del préstec, ja que, altrament, el venciment quedaria a la lliure apreciació del creditor.
- No cancel·lació de les càrregues registrals que graven la finca hipotecada. És inscrivible, perquè respon a una justa causa, com és la suficiència de la garantia hipotecària, i perquè en el títol qualificat compleix dos requisits: es preveu expressament que el prestatari pugui constituir noves garanties complementàries o substitutives de la hipoteca; a més, s'exclou el venciment quan l'absència de la cancel·lació sigui imputable al Banc.
- Existència de càrregues registrals que gravin la finca diferents de les que constin a la prèvia informació registral. Es denega la inscripció perquè: ni es permet al prestatari complementar o substituir la garantia, ni s'exclou el cas de ser imputable la causa al creditor.
- Suspensió o revocació dels actes administratius que hagin autoritzat l'ús del sòl o l'edificació de la finca hipotecada. És inscrivible perquè: té justa causa, basada en el deteriorament de la garantia; és quantificable per tècnic independent, i el client té dret a oferir noves garanties.
- Concurrència de qualsevol altra causa que, d'acord amb el Dret, determini el venciment anticipat. És inscrivible, perquè les normes les consideren d'entitat suficient per generar aquest efecte.



Resolucions

- Suspensió o denegació de la inscripció al Registre de la Propietat per causa no imputable al Banc. Es denega, perquè s'han d'excloure tots els supòsits en què la falta d'inscripció es pugui produir per causa aliena al prestatari, i perquè no se li concedeix la possibilitat de substituir la garantia en cas d'aquesta impossibilitat.

Resolució de 7 d'abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4018)

Denega la inscripció d'una escriptura de préstec hipotecari entre persones físiques, però amb la intervenció d'un intermediari financer, per incloure clàusules abusives: un tipus d'interès ordinari del 14,99% i la retenció per l'intermediari d'un 25% del capital prestat per fer front al pagament de la comissió d'obertura, les despeses i els impostos de l'operació, com també dues mensualitats d'interessos ordinaris, que hauran de ser reintegrats a la devolució del préstec. Es compleixen els requisits d'informació i transparència de protecció del client de serveis bancaris establerts a l'Ordre EHA/2899/2011.

Certament, els prestadors no tenen la consideració d'*empresa*, ja que són persones físiques que no es dediquen habitualment a concedir préstecs (manifestació no contradita pel Registador). No obstant això, per a la Direcció resulta determinant la intervenció d'una societat d'intermediació financera, que fa aplicables al supòsit tant la LGDCU-2007, quant als serveis prestats per la intermediària, com la Llei 2/2009, sobre contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i serveis d'intermediació, tenint en compte circumstàncies com que és la mateixa intermediària, i no els prestadors, qui formula directament l'oferta vinculant i signa l'escriptura, que, per cert, inclou clàusules predisposades per aquesta a la manera dels contractes d'adhesió.

Sobre la base del «*principi d'efectivitat*» derivat de les directives comunitàries, la Direcció conclou que la qualificació registral s'estén al caràcter abusiu de les clàusules dels préstecs hipotecaris (control de contingut), com també a la transparència (control d'incorporació i comprensibilitat) de les estipulacions financeres.

Respecte del tipus d'interès ordinari pactat, el Tribunal Suprem considera que en el nostre sistema econòmic els interessos remuneratoris responen a l'oferta i la demanda en el mercat, sempre que la voluntat de l'interessat s'hagi format correctament. A la clàusula qualificada s'ha complert amb el doble filtre d'informació i transparència. Ara bé, cal tenir en compte que en el nostre ordenament hi ha limitacions a la quantia del tipus d'interès remuneratori: la Llei de 23 de juliol de 1908, de repressió de la usura, prohibeix els préstecs usuraris, és a dir, aquells l'interès dels quals és notablement superior al normal i manifestament desproporcionat; a més, hi ha una altra limitació especial derivada de la funció que li és pròpia, la remuneratòria, per la qual no pot excedir del de demora, la funció del qual és indemnitzatòria o dissuasiva (i que, no obstant això, en el títol qualificat, és inferior: 10,50%).

Quant a la retenció per la societat intermediària d'una part important del capital prestat per fer front a diversos pagaments, cal distingir:

- Quant a les despeses de Notaria, Registre, Gestoria i impostos, en principi, no hi ha problema en què no apareguin indivi-

dualitzades les seves respectives quanties, ja que es tracta de despeses la determinació exacte de les quals correspon a operadors independents, per tant, la seva retenció constitueix una retenció de fons, sense que s'hagi pactat l'apropiació del sobrant per part del creditor. Ara bé, es rebutja la seva retenció perquè la STS de 23 de desembre de 2015 ha declarat abusives les clàusules que imposin al consumidor despeses que per llei corresponen al creditor (que és subjecte passiu de l'import i dels aranzels, com a beneficiari de la hipoteca). Certament, un préstec hipotecari és una realitat inescindible, en què totes dues parts estan interessades, per tant, seria lícit pactar la distribució de despeses. Però en aquest expedient no hi ha distribució ni quantificació de despeses, sinó que a l'oferta vinculant es limita a recollir que totes aquestes despeses seran del prestador.

- No planteja cap problema la retenció d'una quantitat per comissió d'obertura, que estigui recollida en la informació precontractual i en la mateixa Ordre EHA/2899/2011. Tampoc la que correspon a la comissió per a la intermediària, que, tot i ser del 15%, ha estat degudament informada al deutor i acceptada per ell.
- La clàusula de retenció de 2 mesos d'interessos a reintegrar a la devolució del préstec s'ha de considerar com a no posada, ja que no s'hi indica la finalitat de la retenció i, a més, és abusiva, ja que aquesta quantitat retinguda genera, al seu torn, interessos, com si realment s'hagués entregat (falta objectiva de reciprocitat, en perjudici del consumidor).

De quota

Resolució de 16 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3318)

Admet la inscripció d'una escriptura de segregació i extinció de comunitat, mitjançant la qual se sol·licita que la hipoteca que recau sobre la quota d'un comú s'avoqui exclusivament a la finca que se li adjudica a ell, i que quedi lliure la finca de l'altre copropietari.

La Direcció entén que tot això és, en principi, possible sense necessitat de consentiment de la part creditora. Els tercers poden concórrer, oposar-se o impugnar la divisió, però no poden decidir com es porta a terme ni prohibir-la. L'existència d'una hipoteca no afecta les facultats dispositives del condomini, que no necessita el consentiment del creditor per dividir, sense perjudici de la salvaguarda del seu dret per l'article 123 LH quan la hipoteca afecta tota la finca. Quan la càrrega recau només sobre la quota, la divisió implica per subrogació real l'avocació de la càrrega a la finca adjudicada, en virtut de l'article 399 CC.

Execució

Resolució de 12 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5511)

Denega la inscripció d'una adjudicació en execució judicial d'hipoteca, en què, després de quedar deserta la subhasta, s'adjudica al creditor l'habitatge habitual del deutor pel 60% del valor de taxació. Certament, l'article 671 LEC (després de la seva reforma per la Llei 1/2013) admet, en aquest cas, l'adjudicació pel 70% del valor de taxació o, quan la quantitat reclamada sigui inferior a aquest percentatge (com succeeix en el supòsit resolt), pel 60%.



Però la interpretació d'aquesta norma no pot ser contrària a l'esperit i la finalitat de la llei que la va introduir (augmentar la protecció del deutor en cas d'execució del seu habitatge habitual), ni al context de les altres normes modificades per aquesta llei, com l'article 670-4, previst per al cas d'existència de postors en la subhasta. Una interpretació literal del precepte aplicable produiria el resultat distorsionat de causar un greu perjudici al deutor, ja que seguiria existint deute pendent. Per tot això, la Direcció interpreta l'article 671 LEC en el sentit d'entendre que, en cas de subhasta oberta, l'adjudicació al creditor de l'habitatge habitual del deutor es farà pel 70% del valor de taxació o, si la quantitat reclamada és inferior a aquest percentatge, per la quantitat endeutada, però amb el límit mínim del 60%.

Resolució de 19 de maig de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5647)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació en procediment judicial d'execució hipotecària, per incompliment de l'article 575 LEC, segons el qual, en cas d'execució hipotecària d'habitatge, aquesta quantitat no podrà excedir del 5% de la total reclamada.

Aquesta regla va ser introduïda per la Llei 1/2013, la disposició transitòria 1a de la qual va disposar la seva aplicabilitat a tots els processos d'execució hipotecària incoats a l'entrada en vigor d'aquesta en els que no s'hagués executat el llançament; si bé aquesta retroactivitat queda matisada per la disposició transitòria 4a, segons la qual les modificacions introduïdes a la LEC seran aplicables als processos iniciats a la seva entrada en vigor, però només respecte d'aquelles actuacions executives pendents de realitzar. De la documentació presentada en el cas resolt, no en resulta si s'han fixat definitivament les costes d'execució, per tant, és d'aplicació l'efecte retroactiu abans assenyalat.

Resolució d'1 de juny de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6114)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en procediment judicial d'execució hipotecària, la subhasta del qual queda deserta i el creditor demana que se li adjudiqui la finca (que no és habitatge habitual) «per la quantitat que se li degui per tots els conceptes», de conformitat amb l'article 671 LEC. El que es debat és si, en aquest cas, es produeix l'extinció del crèdit executat (com si es produís una dació en pagament), de manera que no hi ha rematada ni sobrant, o si per contra el valor d'adjudicació que excedeix de la garantia hipotecària ha de tenir el mateix tractament que el preu de rematada, de manera que, com que en el supòsit existeix un embargament posterior, ha de quedar a disposició d'aquest.

La Direcció manté aquest últim criteri. L'article 671, vigent en el moment de la subhasta, permet al creditor demanar l'adjudicació, bé pel 50% del valor de subhasta, o bé per la quantitat que se li degui per tots els conceptes. Però aquesta opció no ha d'impedir la satisfacció del crèdit dels creditors posteriors: si el creditor hagués optat per l'adjudicació pel 50% de la taxació i aquest percentatge fos superior al deute, hauria hagut de consignar la diferència, i caldrà procedir de la mateixa manera quan opti per l'altra alternativa.

Novació

Resolució de 13 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5304)

Consta inscrita una hipoteca per garantir dues pòlisses subscrites amb una entitat de crèdit, però sense determinar expressament si es tracta d'una hipoteca de màxim de l'article 153 LH o d'una hipoteca flotant de l'article 153 bis LH, i sense concretar el termini del compte corrent o de la hipoteca flotant. Després es presenta una escriptura de dret d'obtenció de grava i servitud a favor d'un tercer. Per acabar es presenta el títol qualificat, que és una escriptura d'esmena de la hipoteca inscrita, en el sentit d'aclarir que es tracta d'una hipoteca flotant de l'article 153 bis i que la seva durada és de 12 anys.

La Direcció admet la inscripció pretesa, per entendre que es tracta d'una verdadera esmena (aclariment d'alguna cosa que ja constava en la constitució) i no d'una novació, la qual, per conservar el rang de la hipoteca, requeria el consentiment dels titulars de les càrregues intermèdies. És la conclusió més raonable, partint del conjunt de les clàusules. Així, quant al tipus d'hipoteca, cal tenir en compte que allò garantit no era el saldo d'un compte, sinó les pròpies obligacions garantides, excloent-hi, per tant, l'efecte novador, cosa que no resulta contradit per haver-se pactat l'establiment del compte especial de l'article 245 RH, ja que aquest compte no és incompatible amb la hipoteca de l'article 153 bis, el qual obliga a determinar la forma de determinar el saldo exigible, però permet una gran llibertat de pacte respecte d'això. Quant al termini que ara es concreta, és del de 12 anys, que coincideix amb el de la pòlissa de més durada.

Prestador no entitat de crèdit

Resolució de 31 de maig de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6112)

Denega la inscripció d'un préstec hipotecari concedit per una vídua pensionista que té al seu favor trenta-cinc hipoteques més inscrites en diferents registres i que, a fi d'evitar l'aplicació de la Llei 2/2009, manifesta no dedicar-se professionalment a la concessió de préstecs hipotecaris.

L'apreciació del caràcter habitual o no d'una activitat només es pot produir per la valoració de les proves existents. És doctrina reiterada que el Registrador pot tenir en compte les dades que resulten d'organismes oficials als quals pugui accedir directament. En el cas resolt, la manifestació del prestador queda desvirtuada pel fet de ser el creditor titular de diverses hipoteques més inscrites en diversos registres, segons consulta realitzada pel Registrador al Servei d'Interconnexió entre els Registres, el qual revela una continuïtat en la concessió de préstecs hipotecaris. Acreditada l'habitualitat en la concessió, a més de les obligacions de transparència contractual, cal que el cessionari compleixi també els altres requisits exigits per la Llei 2/2009: inscripció al Registre Públic Especial de Prestadors Professionals i subscripció d'una assegurança de responsabilitat civil o aval bancari alternatiu, en garantia dels perjudicis que l'activitat professional del prestador pugui causar als consumidors durant la vida del préstec.

L'incompliment dels requisits de prèvia inscripció al Registre Especial i contractació d'assegurança o aval és defecte esmenable, ja que l'article 7 de la Llei 2/2009 remet a la sanció dels arti-



Resolucions

cles 51 i 52 LGDCU, que no imposa la invalidesa del contracte, sinó només multes i possible tancament temporal de l'establiment. Per contra, la infracció dels requisits d'informació precontractual es considera defecte inesmorable, ja que la Direcció assumeix la doctrina del Tribunal Suprem que considera que la contractació amb condicions generals és una categoria contractual diferenciada de la individual, l'eficàcia de la qual no depèn tant del consentiment de l'adherent com de l'incompliment per part del predisponent dels seus deures d'informació.

IDENTIFICACIÓ

Resolució de 3 de març de 2015 (BOE 83, 6-IV-16: 3302)

Denega la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament, perquè el DNI del deutor embargat no coincideix amb el del titular registral. La perfecta identitat entre tots dos és especialment rellevant per evitar anotacions incorrectes l'execució de les quals produiria conseqüències molt greus, i en aquest sentit té especial importància la indicació del número d'identificació fiscal o altres documents oficials. A més, el Registrador assenyalava en el seu informe que deutor i titular apareixen domiciliats en diferent localitat.

Resolució de 21 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3322)

Admet la inscripció d'una compravenda, malgrat que el NIE de la venedora que consta inscrit (amb dígit de control 91 i lletra W) és diferent del consignat al títol, al qual s'acompanya testimoni de la Targeta de Règim Comunitari (dígit 01 i lletra W), de manera que el Registrador no considerava acreditat que es tractés de la mateixa persona.

És evident que, del document d'identitat el testimoni del qual s'acompanya, se'n desprenen altres dades necessàries per salvar la discrepància, ja que n'hi ha prou amb realitzar el càlcul del dígit de control d'aquest al web oficial del Ministeri de l'Interior per comprovar que l'error està en la inscripció, ja que la lletra W correspon al dígit de control 01 (al 91 li correspondria la M).

IMMATRICULACIÓ

Resolució de 18 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5306)

Denega la inscripció d'un expedient de domini per a la immatriculació d'un edifici, part de la superfície del qual es troba situada, formant un engalavern, sobre una altra finca adjacent dividida horitzontalment. En general, atesa la multiplicitat de situacions fàctiques, la configuració jurídica de les «cases a cavall» es pot realitzar per diferents vies, però sempre que es respectin les exigències estructurals del sistema i la transcendència *erga omnes* de l'estatus jurídic dels béns: el règim de propietat horitzontal o complex immobiliari sobre tot el conjunt, la mitgeria horitzontal o la comunitat *sui generis* sobre cada una de les cases adjacents. En el supòsit resolt, la interlocutòria declara justificat el domini de la finca amb la seva immissió en la volada de l'adjacent, però la seva immatriculació requereix l'agrupació de totes dues finques (modificant el títol constitutiu de la propietat horitzontal) o l'agrupació dels metres objecte d'immissió a l'edifici

que es pretén immatricular. El que no és possible és immatricular mitjançant l'expedient sense efectuar aquestes operacions, i això encara que a l'expedient s'hagi notificat al titular de la finca adjacent, ja que la inscripció requereix el seu consentiment exprés i el de tots els titulars registrals o sentència ferma en procediment en què tots ells hagin estat demandats.

D'altra banda, hi ha una diferència de cabuda entre el títol i el certificat cadastral descriptiu i gràfic. L'article 53 de la Llei 13/1996 exigia total coincidència entre tots dos per a tot tipus d'immatriculació, exigència que també resulta avui de l'article 9-b LH, després de la Llei 13/2015.

Resolució de 21 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5317)

La identitat descriptiva exigida per l'article 205 LH respecte dels dos títols immatriculadors ha de ser raonable, però no necessàriament plena i absoluta, perquè, altrament, no tindria sentit la previsió de la norma que aquesta identitat hagi de resultar «segons el parer del Registrador». Si la identitat hagués de ser plena, no faria falta cap parer. Així, en el cas resolt, els dos títols estan separats per més de 13 anys i les semblances descriptives (cabuda) excedeixen de les discrepàncies (ubicació).

No obstant això, es denega la immatriculació pretesa per falta d'aportació de la certificació cadastral descriptiva i gràfica que exigeix l'actual article 205 LH (i exigia l'article 53 de la Llei 13/1996 avui derogada).

Resolució de 4 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5495)

Admet la pràctica d'una immatriculació per la via de l'article 205 LH, que es pretén mitjançant una escriptura d'herència de 2014, esmenada mitjançant una altra d'agost de 2015, acompanyada d'una acta de notorietat iniciada en número de protocol següent a l'esmena i amb declaració final de notorietat de desembre de 2015. El Registrador denega, perquè entén que es tracta de títols creats *ad hoc* per aconseguir la immatriculació i perquè hi ha diferències importants (de cabuda i construcció) entre les descripcions de l'herència inicial i de la seva rectificació per adequar-la al Cadastre.

No obstant això, la Direcció considera que temporalment aquest cas es regeix per la Llei 13/2015, i que, per tant, no és aplicable la seva anterior doctrina sobre títols creats *ad hoc*. Es remet a la Resolució de 19 de novembre de 2015 per repassar els nous requisits de l'actual article 205 LH: hi ha d'haver dos títols públics (no simple document fefaent); el títol públic a immatricular ha de ser translatiu, i l'adquisició prèvia (no necessàriament el títol que la documenti) s'ha d'haver produït almenys 1 any abans del títol immatriculable. Es podria acreditar la prèvia adquisició mitjançant acta de notorietat, però només si resultés acreditada la prèvia adquisició i la seva data de forma evident per aplicació directa dels preceptes aplicables al cas. D'altra banda, els dubtes del Registrador derivats de les diferències descriptives només poden fundar la suspensió de la inscripció si resulten de comparar el títol immatriculable amb el de la prèvia adquisició, però no entre aquest últim i l'esmena que substitueix la descripció inicial.



Resolució de 5 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5498)

Suspèn la pràctica d'una immatriculació, que es pretén (ja vigent la redacció de l'article 205 LH per la Llei 13/2015) mitjançant escriptura d'aportació a cooperativa el títol d'adquisició previ de la qual és una aportació a guanys en què no es menciona expressament cap causa. El Registrador ha de qualificar no només el títol translatiu immatriculador, sinó també el previ. Per tal que l'aportació a guanys sigui títol i manera de transmetre el domini, no n'hi ha prou amb la mera manifestació, sinó que cal expressar-ne la causa. N'hi hagués hagut prou amb dir que l'aportació és gratuïta, o que es va realitzar en consideració a una *causa matrimonii* com a negoci d'atribució a favor de la societat de guanys.

D'altra banda, la descripció de tots dos títols no coincideix amb la resultant de la certificació cadastral descriptiva i gràfica. La coincidència ha de ser total, sense que en els procediments dels articles 205 i 203 LH s'admetin representacions alternatives a la cadastral. La identitat s'ha de referir a la ubicació i la delimitació perimetral de la finca (identitat que falta en el cas resolt), però no necessàriament a edificacions, títol cadastral o noms dels adjacents, la menció dels quals en la descripció registral no es considera procedent després de la Llei 13/2015.

Per acabar, la Direcció també considera fundats els dubtes del Registrador sobre la identitat de la finca i, en particular, que la seva superfície forma part d'una altra finca inscrita. Considera tàcitament derogat el Títol VI RH per la Llei 13/2015, de manera que ja no regeixen els articles 300 i 306 RH, que permetien recórrer al Jutge de primera instància en cas de suspensió per dubtes del Registrador sobre la coincidència amb altres finques ja immatriculades. A partir d'ara, ja només seran possibles els procediments estrictament jurisdiccionals de caràcter declaratiu que corresponguin en cada cas i que hauran de concloure amb sentència.

Resolució de 9 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5503)

Denega una immatriculació, que es pretén (ja vigent la Llei 13/2015) mitjançant una escriptura d'herència precedida d'una altra de compravenda, en què la descripció de la finca és idèntica, si bé difereix en extensió de la que resulta de la certificació cadastral descriptiva i gràfica. Reprodueix els arguments de l'anterior resolució sobre la coincidència entre les descripcions del títol i el Cadastre.

D'altra banda, reitera el criteri consolidat que els requisits per inscriure «obres antigues» són aplicables als supòsits d'immatriculació d'edificacions. En el cas resolt, certament en la certificació cadastral hi figura el 1992 com a any de construcció, si bé això no és suficient als efectes d'acreditar la finalització de l'obra, ja que hi ha clares discrepàncies descriptives entre el títol i el Cadastre. A més, per a les obres presentades a partir de l'1 de novembre de 2015, la Direcció reitera la seva interpretació dels nous requisits de la LH: l'obligació de georeferenciar la porció de sòl ocupada per l'edificació s'exigeix per a tota declaració d'obra (prescrita o no), si bé a les obres noves no cal fer-ho en el concret format GML, perquè també és vàlid aportar una representació gràfica de la porció de sòl ocupada realitzada sobre un plànol georeferenciat o dins d'una finca georeferenciada, encara que no se n'especifiquin les coordenades concretes; només hi haurà obligació de

georeferenciar la finca sobre la qual es pretén declarar l'obra i de notificar i esmentar adjacents i possibles tercers afectats quan ho exigeixi el Registrador per tenir dubtes fundats sobre el fet que l'edificació es trobi íntegrament inclosa en la finca; a més, l'obligació de georeferenciar la porció edificada només serà exigible en els casos en què l'edificació es trobi finalitzada.

Resolució de 12 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5509)

Admet la inscripció d'un títol (presentat després de l'1 de novembre de 2015) d'adjudicació per extinció de «comunitat valenciana», quan el solar sobre el qual s'ha realitzat la construcció és el resultat d'agrupar una finca inscrita amb una altra sense immatricular. El Registrador havia negat el caràcter de títol translatiu a aquesta dissolució i adjudicació.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre aquest tipus de comunitat: és inscrivible la modificació ordinària per fer constar que cada comuner construeix el seu propi element privatiu i que es fixin *ab initio* les quotes en els elements comuns i altres de particulars del règim de propietat horitzontal (Resolució de 18 d'abril de 1988); els supòsits de comunitat valenciana s'inclouen en l'autopromoció per a ús propi; en aquesta espècie de comunitat no regeixen les normes de la propietat horitzontal, sinó que es constitueixen diversos habitatges per una pluralitat de propietaris, i un d'ells és propietari del seu propi habitatge amb caràcter independent. També és doctrina reiterada que l'extinció de comunitat ordinària és títol translatiu a efectes d'immatriculació, i és habitual que la constitució d'una propietat horitzontal en general vagi precedida d'una comunitat ordinària. A la comunitat valenciana, el que passa és que el títol constitutiu de la propietat horitzontal i l'adjudicació tenen lloc *ab initio*. Per tant, l'adquisició es provoca quan s'inicia la construcció, tot i que es documenti i s'inscriui ara. Certament, l'article 205 LH exigeix «títol translatiu», i la manera més simple és la translació d'un subjecte a un altre, però també és translació el canvi d'objecte quan és extintiva del dret anterior perquè recau sobre objecte diferent. En conclusió, la mutació real que es produeix des de la comunitat valenciana a la propietat horitzontal té la mateixa aptitud immatriculadora que l'extinció de comunitat ordinària.

Resolució de 12 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5510)

Denega una immatriculació, que es pretén (ja vigent la redacció de l'article 205 LH per la Llei 13/2015) mitjançant una escriptura de dació en pagament atorgada el 2009, precedida d'una altra compravenda. Entre les descripcions de totes dues finques hi ha una diferència de cabuda inferior al 10%. La descripció del títol immatriculable coincideix amb la de la certificació cadastral unida a aquest, però no amb la de la nova certificació cadastral actualitzada obtinguda per la Registradora ara.

Segons l'article 205 LH, la identitat descriptiva entre el títol immatriculador i el previ ha de resultar «segons el parer del Registrador», el qual, per tant, ostenta certa flexibilitat d'apreciació, de manera que una qualificació negativa no es pot fundar en la mera constatació d'una diferència, sinó que ha d'expressar el fonament de la no identitat o els dubtes. No obstant això, la identitat



Resolucions

descriptiva entre el títol immatriculable i la certificació cadastral s'exigeix «en tot cas», fet que ja no suposa la mateixa flexibilitat per al Registrador. En el procediment de l'article 205 (i el 203) LH: no s'admeten representacions alternatives a la cadastral; la identitat exigida s'ha de referir a la ubicació i la delimitació perimetral de la finca, però no necessàriament a edificacions, titular cadastral o noms dels adjacents.

Certament, la identitat amb el Cadastre existia el 2009, quan es va atorgar el títol immatriculador, però si, com en aquest supòsit, hi ha hagut canvis (en superfície i alguns adjacents), el que s'ha d'exigir és la identitat actual, ja que, altrament, s'incompliria la finalitat perseguida per la llei: que la finca registral neixi ja coordinada geogràficament amb l'immoble cadastral. Tampoc es compliria el requisit de georeferenciar els vèrtexs de la finca, ja que el 2009 les certificacions cadastrals no ho expressaven.

OBRA NOVA

Resolució d'1 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3296)

Admet la inscripció d'una obra «antiga» respecte de la qual s'acredita una concreta antiguitat, que és: superior al termini de prescripció de possibles infraccions urbanístiques, i anterior a la norma substantiva autonòmica que estableix la imprescriptibilitat d'infraccions en sòl protegit.

En la seva funció qualificadora de la validesa de l'acte, el Registrador ha de tenir present el plantejament urbanístic o d'ordenació del territori, que té categoria reglamentària. Ara bé, els únics requisits necessaris per a la inscripció d'obres «antigues» són: l'acreditació de la seva finalització en una data determinada anterior al termini legal de prescripció de la infracció en què hagués pogut incórrer l'edificant, i la falta de constància registral de la incoació de l'expedient de disciplina urbanística. Respecte del primer dels requisits, el Registrador haurà de constatar, pel que en resulti del Registre i del mateix títol, que la finca no es troba inclosa en una zona d'especial protecció on la llei imposi un règim d'imprescriptibilitat, si bé també té declarat la Direcció que les successives redaccions legals seran d'aplicació als documents atorgats durant els seus respectius períodes de vigència, encara que les corresponents obres s'hagin executat en un moment anterior, tot i que, no obstant això, aquesta regla general no pot servir per aplicar retroactivament un règim sancionador a una infracció anterior a la norma que l'estableix.

En el supòsit resolt, s'ha acreditat la finalització de l'obra en data anterior a l'entrada en vigor de la norma que va establir per primer cop la imprescriptibilitat en sòl no urbanitzable protegit (article 255 RDLeg. 1/1992), de manera que aleshores el termini de restabliment de la legalitat estava esgotat.

A part d'això, la Direcció entén que existeixen elements que permeten apreciar la correspondència entre la parcel·la cadastral (en què es basa el certificat tècnic que acredita l'antiguitat) i la finca registral: el titular i la partida on s'ubiquen són els mateixos; la superfície, semblant; concorden els cognoms de la llinda nord, i la llinda est és la finca de procedència.

Resolució de 19 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5308)

Admet la inscripció d'una obra nova amb antiguitat de l'any 2008, acreditada per certificació cadastral descriptiva i gràfica (anterior al termini de 4 anys per a la prescripció de possibles infraccions urbanístiques). S'aporta, a més, llicència de legalització de 2011.

La decisió d'optar entre els procediments del 28-4 o del 28-1 LS-RU no competeix al Notari, que haurà d'advertir de les conseqüències de l'un i de l'altre. Dels fets del supòsit, en resulta que estem davant d'una obra declarada «per antiguitat», de manera que, acreditada l'antiguitat exigida legalment sense constància registral de la incoació d'expedient de disciplina urbanística, ja no és procedent exigir certificat tècnic que acrediti el final de l'obra i la seva conformitat amb el projecte pel qual es va obtenir llicència.

Tampoc no hi ha obstacles referits a l'obligació de georeferenciar la porció de sòl ocupada per l'edificació, que és una cosa exigida per l'article 10 LH per a tota declaració d'obra (prescrita o no) presentada a partir de l'1 de novembre de 2015, si bé a les obres noves no és necessari fer-ho en el concret format GML, perquè també és vàlid aportar una representació gràfica de la porció de sòl ocupada realitzada sobre un plànol georeferenciat o dins d'una finca georeferenciada, encara que no se n'especifiquin les coordenades concretes, que és el que succeeix en el cas resolt, en constar les coordenades de la porció ocupada en la certificació cadastral descriptiva i gràfica. D'altra banda, només hi haurà obligació de georeferenciar la finca sobre la qual es pretén declarar l'obra i de notificar i esmentar adjacents i possibles tercers afectats quan ho exigeixi el Registrador per tenir dubtes fundats sobre el fet que l'edificació es trobi íntegrament inclosa en la finca. A més, l'obligació de georeferenciar la porció edificada només serà exigible en els casos en què l'edificació es trobi finalitzada.

Respecte de l'obligació d'aportar certificat d'eficiència energètica, és exigible no només a les edificacions de nova construcció, sinó també a les existents, i s'entendran com a tals (Directiva 2010/31/UE) les que siguin objecte de reformes importants, en el sentit que el cost total de la renovació sigui superior al 25% del valor de l'edifici o que la superfície renovada sigui superior al 25% de la superfície envoltant de l'edifici. Per això, no és exigible el certificat en el supòsit resolt, en què es declara una obra per antiguitat.

Resolució de 13 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5515)

Admet la inscripció d'una escriptura per la qual es canvia l'ús d'un local, i es divideix en dos habitatges. Es discuteix l'exigència o no de llicència urbanística, tenint present que s'incorpora una resolució municipal que denega la llicència per a la legalització de dos habitatges per canvi d'ús, i se'n declara la il·legalitat per volum disconforme amb el planejament, però se'n declara la prescripció.

L'article 187 bis del Text Refós de la Llei d'Urbanisme de Catalunya exigeix simple comunicació prèvia per als canvis d'ús d'edificis, però exceptua el canvi a ús residencial, que exigeix llicència urbanística. El que passa és que, dels termes de la resolució



municipal unida, resulta que en la divisió i canvi d'ús del supòsit hi concorren els pressupòsits exigits per a la inscripció d'actes urbanístics respecte dels quals han prescrit les accions urbanístiques, tenint en compte que és doctrina consolidada de la Direcció l'extensió del règim registral d'edificacions consolidades per antiguitat a actes de divisió, segregació o altres de transcendència urbanística, com el canvi d'ús. I tot això, sense perjudici que el Registrador ha de donar compte de la inscripció a l'Ajuntament i fer-ho constar a la inscripció, de conformitat amb l'article 28-4-b de la Llei del Sòl estatal.

Resolució de 23 de maig de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5688)

Admet la inscripció d'una escriptura d'ampliació d'obra nova, que té per objecte incrementar el nombre de plantes, però sense modificar la superfície ocupada per l'edificació en planta. La presentació del títol es fa ja vigent la Llei 13/2015, però no es georeferencia la porció ocupada per l'edificació.

La Direcció recorda la seva doctrina consolidada: l'obligació de georeferenciar la porció de sòl ocupada per l'edificació s'exigeix avui per a tota declaració d'obra (prescrita o no) presentada durant la vigència de la nova norma, si bé a les obres noves no cal fer-ho en el concret format GML, perquè també és vàlid aportar una representació gràfica de la porció de sòl ocupada realitzada sobre un plànol georeferenciat o dins d'una finca georeferenciada, tot i que no se n'especifiquin les coordenades concretes; només hi haurà obligació de georeferenciar la finca sobre la qual es pretén declarar l'obra i de notificar i esmentar els adjacents i possibles tercers afectats quan ho exigeixi el Registrador per tenir dubtes fundats sobre el fet que l'edificació es trobi íntegrament inclosa en la finca; la georeferenciació de la porció edificada només s'exigeix quan l'edificació es trobi finalitzada.

En el cas resolt, la superfície ocupada per l'edificació ja consta inscrita i no és objecte d'alteració, per tant, el rigor de la norma s'ha d'atenuar. Malgrat no poder inscriure's la representació gràfica de la finca ni la constància de les coordenades de la porció de sòl ocupada, no hi ha obstacle que impedeixi la inscripció de l'obra nova.

Resolució de 30 de maig de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6110)

Declaren inscrivible una obra «antiga» respecte de la qual s'acredita per certificat tècnic una concreta antiguitat, que és: superior al termini de prescripció de possibles infraccions urbanístiques, i anterior a la norma substantiva autonòmica que estableix la imprescriptibilitat d'infraccions en sòl protegit.

A més del contingut del Registre i del títol, en la seva funció qualificadora de la validesa de l'acte, el Registrador ha de tenir present el planejament urbanístic o d'ordenació del territori, que té categoria reglamentària. De tot això n'haurà de resultar que la finca no es troba inclosa en una zona d'especial protecció en què la llei imposi un règim d'imprescriptibilitat, si bé també té declarat la Direcció que les successives redaccions legals seran d'aplicació als documents atorgats durant els seus respectius períodes de vigència, malgrat que les corresponents obres s'hagin execu-

tat en un moment anterior, tot i que, no obstant això, aquesta regla general no pot servir per aplicar retroactivament un règim sancionador a una infracció anterior a la norma que l'estableix.

No obstant això, la inscripció finalment es denega, perquè l'escriptura conté, a més, una reducció de cabuda de la finca sobre la qual s'alça l'edificació (de 1.610 a 1.530 metres quadrats), la causa determinant de la qual no s'acredita, per tant, s'entenen fundats els dubtes registrals sobre la identitat de la finca.

OPCIÓ

Resolució de 18 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3321)

Admet la inscripció d'un dret de superfície per un període de 35 anys, prorrogable fins a 99 anys, en què es concedeix al superficiari un dret d'opció de compra que podrà exercitar en qualsevol moment dins del termini de vigència del dret de superfície.

L'article 14 RH impedeix la inscripció d'un dret d'opció per més de 4 anys, però exceptua l'opció lligada a un arrendament, que es pot estendre a la durada de l'arrendament. L'arrendament amb opció de compra és el supòsit més habitual, però, tenint en compte l'esperit de la norma, la realitat social del temps en què ha de ser aplicada i els principis de llibertat civil i *numerus apertus* en matèria de drets reals, s'ha d'admetre la possibilitat de concedir drets d'opció durant la durada de negocis connexos, dels quals en depengui i en què pugui haver-hi una causa justificada. Aquesta possibilitat tampoc atempta contra l'ordre públic, ja que hi ha drets forals que l'admeten: l'article 461 de la Compilació navarresa permet que l'opció assoleixi tot la durada de l'arrendament, superfície, hipoteca o altre dret real inscrivible com a annex d'aquell que s'hagi constituït.

Paradoxalment, aquesta resolució invoca la doctrina de la Resolució de 14 de febrer de 2013 (BOE 67, 19-III-13: 3001), que precisament va arribar a la solució contrària, en denegar la inscripció d'una opció de compra pactada per termini superior al màxim establert a l'article 14 RH, argumentant que no tot dret civilment vàlid és susceptible d'inscripció, sinó que ha de reunir els requisits establerts per a això en honor a la seguretat del tràfic.

PRIORITAT REGISTRAL

Resolucions de 7 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3305) i de 8 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3306)

Consta inscrita una venda per una SA a una SL, sota condició suspensiva. La condició es dona per definitivament complerta per totes dues parts en escriptura de 2 de juliol de 2014, per la qual es deixava sense efecte la venda, però aquesta escriptura no es va inscriure. El 26 d'agost de 2015 es presenta l'escriptura objecte de qualificació, per la qual la SA ven a una segona SL, la qual no s'inscriu per falta de tracte. El 30 de setembre de 2015 es presenta una altra escriptura contradictòria amb la qualificada, en què la SA cedeix la finca en pagament de deute a una tercera SL i que incorpora còpia de l'escriptura de 2 de juliol de 2014, que preveia la recuperació del domini per la SA.



Resolucions

El que ara es debat és si s'ha d'inscriure l'escriptura qualificada (de 26 d'agost de 2015) o la contradictòria de dació en pagament, que incorpora el document pel qual el venedor recupera el domini. La Direcció recorda la seva doctrina modalitzadora del principi de prioritat: el document presentat en primer lloc guanya prioritat no només per a si mateix, sinó també per als documents presentats després però que siguin necessaris per esmenar la falta de tracte, sempre que el disposador en el primer document presentat sigui causahavent del titular registral, i encara que amb això es postergui algun títol contradictori presentat entremig. No obstant la formulació del principi de tracte successiu de l'article 20-2 LH, l'article 105 RH permet als registradors suspendre la inscripció dels documents quan l'atorgant hi al·legui ser causahavent del titular inscrit o aquesta circumstància resulti del Registre i del referit document, i permet al presentador sol·licitar anotació preventiva per defecte esmenable. L'article 105 RH té el seu equivalent, en relació amb les anotacions d'embargament, a l'article 140-1 RH, que ha estat sancionat mitjançant norma de rang legal a l'article 629-2 LEC.

En virtut de la doctrina exposada, el que és procedent és inscriure la venda qualificada (de 26 d'agost de 2015), prèvia inscripció de l'escriptura de resolució de la compravenda inscrita.

Resolució de 16 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3317)

Denega la inscripció al Registre Mercantil d'una elevació a públic d'acords sobre cessament d'administrador únic, dissolució de societat i nomenament de liquidador, perquè es troba vigent un assentament de presentació practicat abans, però referit a una junta posterior convocada judicialment, en què es va acordar el nomenament de nou administrador, si bé aquest acord va ser qualificat negativament.

El Registrador Mercantil ha de tenir en compte en qualificar no només els documents inicialment presentats, sinó també els autèntics i relacionats amb aquests, fins i tot presentats després, amb l'objecte d'aconseguir més encert en la qualificació i evitar inscripcions inútils i ineficaces.

Per tot això, s'ha de considerar fundada la decisió de suspendre la qualificació del segon dels documents presentats, mentre estigui vigent l'assentament de presentació anterior, atesa la impossibilitat de determinar si els acords d'aquest són nuls o si existeix una situació de conflicte entre socis que permet rebutjar la inscripció.

Resolució de 12 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5292)

Admet la inscripció d'una escriptura per la qual una societat (que no és la titular registral) ven unes finques. Després de la presentació d'aquesta escriptura, es presenten altres títols atorgats abans: una venda de la titular registral a la societat venedora en el títol qualificat, i una posterior aportació feta per la titular registral al capital social d'una altra societat.

La Direcció recorda la seva doctrina modalitzadora del principi de prioritat: el document presentat en primer lloc guanya prioritat no només per a si mateix, sinó també per als documents presentats després però que siguin necessaris per esmenar la falta de tracte, sempre que el disposador en el primer document

presentat sigui causahavent del titular registral, i encara que amb això es postergui algun títol contradictori presentat entremig. No obstant la formulació del principi de tracte successiu de l'article 20-2 LH, l'article 105 RH permet als registradors suspendre la inscripció dels documents quan l'atorgant hi al·legui ser causahavent del titular inscrit o aquesta circumstància resulti del Registre i del referit document, i permet al presentador sol·licitar anotació preventiva per defecte esmenable. L'article 105 RH té el seu equivalent, en relació amb les anotacions d'embargament, en l'article 140-1 RH, que ha estat sancionat mitjançant norma de rang legal a l'article 629-2 LEC.

Resolució de 7 de juny de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6255)

El 2002 es va remetre per telefax comunicació notarial d'haver-se autoritzat una compravenda de participació indivisa de local d'aparcament. El títol no es va presentar en el termini de 10 dies hàbils (article 418 RH), per tant, va caducar l'assentament de presentació i va perdre la prioritat que hagués guanyat.

Per això, ara, malgrat l'oposició dels compradors, la Direcció considera correctament inscrita l'adjudicació de la finca en un procediment d'execució de títols no judicials adreçat contra el venedor, el qual encara figura com a titular registral.

PROCEDIMENT REGISTRAL

Resolució de 20 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5312)

Declara procedent la pretensió d'obtenir qualificació substitutòria, i desestima les dues objeccions procedimentals del Registrador substitut: falta de motivació de l'escrit d'interposició, i falta de legitimació del Notari autoritzant.

La negativa a emetre una qualificació substitutòria és una qualificació més i, per tant, és susceptible de recurs. L'article 19 bis-5, 2n paràgraf, diu que el Registrador substitut s'ajustarà als defectes assenyalats pel Registrador substituït respecte dels quals els interessats haguessin motivat la seva discrepància. Però, la Direcció interpreta *motivar* en el simple sentit de *manifestar*. D'altra banda, encara que el Notari no estigui facultat per instar la inscripció (tret que sigui presentador), sí que és un dels destinataris de la notificació de qualificació negativa, per tant, si està legitimat per recórrer, també s'ha d'entendre legitimat per instar la qualificació substitutòria.

Resolució de 26 d'abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5478)

El 18 de novembre de 2015 es va presentar al Registre una escriptura de compravenda, que va ser qualificada negativament per no constar la presa de raó de les capitulacions matrimonials del comprador al Registre Civil. El 15 de gener de 2016 es va tornar a presentar el títol, que va ser de nou qualificat negativament, aquest cop per falta d'acreditació del pagament de l'impost relatiu a la condició resolutòria establerta. La resolució es dicta respecte d'aquesta segona qualificació.

L'esmena del defecte i la pràctica de la inscripció sol·licitada no són obstacle per interposar recurs. Per això, la Direcció resol, tot i haver estat inscrit el títol mitjançant l'esmena exigida per la



qualificació impugnada. L'actuació del Registrador és atípica, ja que la seva qualificació hauria d'haver estat global i unitària, i abastar també els aspectes fiscals. No obstant això, les exigències formals per a la qualificació cedeixen davant del superior principi de legalitat, sense perjudici de la responsabilitat del Registrador.

Quant al fons, el recurrent argumenta que del contingut del títol en resulta que la condició resolutòria pactada no s'inscriurà al Registre, ja que no garanteix el preu ajornat, sinó l'incompliment de clàusula penal. Però la Direcció recorda la seva doctrina: en no resultar supòsits subjecció expressa o clara causa legal d'exempció fiscal, si el Registrador, per salvar la seva responsabilitat, exigeix l'oportuna nota de pagament, exempció, prescripció o no subjecció, haurà de ser l'Administració tributària qui es podrà manifestar respecte d'això, sense que a la Direcció li correspongui pronunciar-se. No obstant això, en aquest expedient, consta nota de la presentació de declaració a l'oficina liquidadora amb data 10 de desembre de 2015, per la qual cosa s'estima el recurs i es revoca la nota.

Resolució de 3 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5488)

La negativa a practicar un assentament de presentació al Diari és una qualificació més i es pot impugnar mitjançant recurs governatiu. Atesos els importants efectes del principi de prioritat derivats d'aquest assentament, és lògic que la seva extensió no sigui mecànica, si bé la qualificació registral serà diferent de la de l'assentament definitiu, i ara es limitarà només a comprovar si concorren els requisits per tal que el títol pugui accedir al Diari, sense perjudicar la futura qualificació definitiva. La genèrica causa de denegació de l'assentament de presentació formulada a l'article 420-3 RH (documents que, per la seva naturalesa, contingut o finalitat no poden provocar cap operació registral) s'ha d'interpretar en el sentit que només és possible denegar la presentació quan el mateix presentador manifesti que el seu objectiu no és obtenir un assentament, o quan de manera evident resulti que el títol mai no podria produir un assentament.

Sobre la base d'aquesta doctrina, la Direcció admet la pràctica de l'assentament de presentació d'un títol judicial pel qual es requereix a l'arrendatari financer perquè li pagui les quantitats pendents a l'arrendador i li restitueixi el bé objecte del contracte, atès que l'impagament es va preveure com a causa de resolució d'aquest.

PROHIBICIÓ DE DISPOSAR

Resolució de 5 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5497)

Amb expressa remissió a la doctrina establerta per la Resolució de 28 de gener de 2016 (*infra*), admet la inscripció d'una interlocutòria judicial d'adjudicació en execució d'una anotació preventiva d'embargament (que garantia un crèdit amb el privilegi de l'article 1923 CC), malgrat que, posteriorment a l'embargament, es va anotar una prohibició de disposar derivada d'un procediment penal.

Les vicissituds del concret supòsit de fet han de ser tingudes en compte. Certament, la prohibició de disposar es decreta en procediment penal, amb el que això suposa de tutela de l'interès

públic, però prevalen les següents consideracions: qui disposa no és el titular, sinó el Jutge, a qui no li afecta la incapacitat de la prohibició, i l'embargament ja estava anotat abans de la rematada de la subhasta i de l'anotació de prohibició.

PROPIETAT HORITZONTAL

Resolució de 6 de juny de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6252)

Denega la inscripció d'una escriptura d'adaptació descriptiva de local comercial, atorgada unilateralment per la propietària del local, la qual al·lega no ser necessària l'autorització de la comunitat de propietaris. En la nova descripció s'hi inclou un accés directe a un carrer, mentre que a la descripció inscrita es diu que el local té el seu accés principal per una altra via pública. L'obertura d'un nou accés per al local suposa actuar sobre la façana de l'edifici, que és element comú (article 395 CC), l'alteració unilateral de la qual està prohibida (article 7 LPH), sense que en el títol constitutiu de l'edifici hi consti cap clàusula per la qual la comunitat anticipi el consentiment requerit per a aquesta operació. Certament, el 2013 es va inscriure un títol de canvi d'ús d'aquest departament, d'habitatge a local, atorgat només per la propietària, sobre la base d'una llicència municipal però sense haver obtingut autorització de la junta de propietaris. Però aquest canvi de destinació no implica en absolut per si sol una autorització per obrir nous accessos. L'apreciació d'un eventual exercici abusiu de les facultats de la junta no correspon al Registrador, sinó que és una qüestió reservada als tribunals.

PUBLICITAT REGISTRAL

Resolució de 7 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5288)

Es refereix a una sol·licitud de certificació i altres documents referits a una determinada finca registral. Els sol·licitants al·leguen com a finalitat l'exigència de responsabilitat per via judicial al Registrador, a qui, per tant, consideren incompatible (article 102 RH), la qual cosa no és compartida pel Registrador, que atén la sol·licitud quant a certs documents, però la denega quant a d'altres. La Direcció entén correcta l'actuació del Registrador.

Quant a la seva competència, el simple anunci de la intenció de planejar una demanda judicial de responsabilitat no és causa d'incompatibilitat.

Quant a la consideració del sol·licitant com a interessat, la Direcció recorda la seva doctrina: l'interès que dóna dret a accedir al Registre ha de ser directe, conegut, legítim i patrimonial; s'ha de provar a satisfacció del Registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i funció de la institució registral; les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només podran ser objecte de publicitat per a les finalitats pròpies de la institució registral, d'acord amb la legislació sobre protecció de dades; és el Registrador qui ha de qualificar no només si és procedent o no expedir la informació, sinó també quines dades inscrites hi pot incloure o hi ha d'excloure.

Quant al criteri del Registrador per atendre la sol·licitud respecte d'uns punts i denegar-la respecte d'altres, l'article 342 RH



Resolucions

estén l'àmbit de les certificacions del Registrador als documents reservats al seu arxiu dels quals en sigui arxiver natural, per tant, l'expedició de còpies de les escriptures presentades correspon al Notari titular del protocol. Es pretén conèixer el contingut de les notes de qualificació que al seu dia van recaure sobre els documents presentats, la qual cosa ha quedat complerta amb la certificació per fotocòpia dels assentaments de presentació i les notes posades al seu marge, en què hi consten reproduïdes les qualificacions (article 435 RH), sense que existeixi obligació legal expressa de conservar les notes de qualificació expedides. Respecte de la sol·licitud de certificació de l'acta de presa de possessió del Registre per part del seu titular i del llibre inventari (articles 400 i 401 RH), no és procedent la seva expedició, ja que ni formen part de l'objecte de publicitat formal, ni tampoc concorre interès legítim suficient.

Resolució de 19 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5310)

Denega l'expedició de certificació registral, referida a la inscripció de la venda d'un local, sol·licitada per qui al·lega ostentar dret de retracte arrendatari. La premissa bàsica per poder emetre la publicitat demandada és l'existència mateixa del dret al·legat. Es tracta d'un contracte d'arrendament per a ús diferent d'habitatge regulat per la LAU-1994, en què l'arrendatari renuncia expressament al seu dret d'adquisició preferent, punt no controvertit pels interessats. La normativa sobre protecció de dades impedeix oferir publicitat registral amb dades protegides, com podrien ser les relatives al preu d'una operació en què el sol·licitant no ostenta un dret rellevant. Tot això sense perjudici que, per via judicial, es pugui al·legar el caràcter abusiu de la clàusula o es proposi com a prova l'aportació de la certificació registral de conformitat amb els articles 284 i 285 LEC.

RECTIFICACIÓ I ESMENA

Resolució de 14 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3309)

Denega la inscripció d'una acta notarial de manifestacions en què el recurrent declara incomplert un acord extrajudicial per l'altra part de l'acord, la qual, havent renunciat en aquest a adjudicar-se diverses finques, les va inscriure després a favor seu per tal de, tot seguit, vendre-les a tercers amb ple coneixement que les finques transmeses no eren de la seva propietat. Els assentaments del Registre estan sota la salvaguarda dels tribunals i produeixen tots els seus efectes mentre no se'n declari judicialment la seva inexactitud (article 1 LH). La seva rectificació exigeix consentiment del titular o resolució judicial (article 40 LH). Pretendre fer constar al Registre una situació litigiosa sense prèvia demanda ni prèvia interlocutòria judicial comportaria el gravíssim risc de publicar reclamacions improcedents que obstaculitzarien el tràfic.

Resolució de 14 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3310)

Denega la constatació d'una referència cadastral, que es pretén en virtut d'instància privada subscripta pels anteriors titulars registrals de la finca, que ara es troba inscrita a nom d'una entitat de crèdit en virtut d'execució seguida contra aquests. Els assentaments estan sota la salvaguarda dels tribunals; la pràctica d'un

assentament exigeix que el negoci sigui atorgat pel titular registral (tracte successiu); es presumeix que el dret inscrit existeix i pertany al seu titular (legitimació); la rectificació d'assentaments exigeix consentiment del titular o resolució judicial.

Resolució de 15 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3312)

Consta inscrita una adjudicació per herència, però només quant a dos hereus, ja que el tercer no en va sol·licitar la inscripció. Tot i que no es va reflectir a la inscripció, al títol hi constava el compromís dels tres hereus d'adjudicar de determinada manera els departaments resultants d'una futura divisió horitzontal. Ara es pretén que es faci constar aquest compromís aportant el títol i una instància privada atorgada per l'hereu no inscrit.

La Direcció ho denega. Els assentaments estan sota la salvaguarda dels tribunals i produeixen tots els seus efectes mentre no se'n declari judicialment la seva inexactitud. La rectificació d'un error de concepte (és a dir, produït en expressar a la inscripció algun dels continguts del títol) exigeix consentiment de tots els interessats i del Registrador o, si no n'hi ha, resolució judicial. Al compromís contingut al títol li és aplicable la regla de l'article 9 RH, segons el qual no és inscrivible l'obligació de constituir el domini, un altre dret real, formalitzar contractes ni altres obligacions personals assegurats amb garantia real.

Resolució de 6 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5502)

Denega la modificació registral d'una finca rústica (afegint la ressenya de polígon i parcel·la), que es pretén mitjançant instància presentada pels qui no en són els titulars registrals. Un cop realitzat un assentament, es troba sota la salvaguarda dels tribunals, i produeix tots els seus efectes mentre no se'n declari la seva inexactitud, i la seva rectificació exigeix complir el que es preveu a l'article 40 LH.

Resolució d'1 de juny de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6115)

Denega l'accés al Registre d'una instància privada en què es demana que es faci constar: la nul·litat d'un assentament de cessió d'hipoteca i d'un altre d'adjudicació en execució d'aquesta, i que revisqui una anotació preventiva que es va cancel·lar com a conseqüència de l'execució esmentada.

La recurrent està legitimada per presentar la documentació (principi de rogació), però, per demanar la rectificació del Registre, ha d'acreditar que ostenta la representació de qui es considera lesionat per l'assentament practicat. D'altra banda, és doctrina reiterada que, un cop realitzat un assentament, es troba sota la salvaguarda dels tribunals, i produeix tots els seus efectes mentre no se'n declari la seva inexactitud, i la seva rectificació exigeix complir el que es preveu a l'article 40 LH: consentiment del titular registral (en aquest cas, la SAREB i una entitat de crèdit) o resolució judicial.

Resolució de 2 de juny de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6117)

Denega la rectificació del Registre, que es pretén per fer constar que tres finques registrals procedents d'una reparcel·lació i inscrites a nom de diferents propietaris han de formar una sola finca pertanyent *pro indiviso* als mateixos propietaris, ja que, d'altra manera, no es complirien els requisits de parcel·la mínima edificable, la qual cosa resulta de certificat administratiu incorporat.



És doctrina reiterada que els assentaments practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals, i produeixen tots els seus efectes mentre no se'n declari la seva inexactitud, i la seva rectificació exigeix o bé consentiment dels titulars registrals, o bé resolució judicial.

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

Resolució de 2 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3300)

Denega la modificació dels assentaments del Registre en el sentit de fer constar el caràcter privatiu de dues finques inscrites, una com a presumptivament de guanys i l'altra com a de guanys, la qual cosa es pretén mitjançant instància privada subscripta per l'esposa en què afirma la procedència privativa dels diners emprats per a la compra, acompanyant una sèrie de documents amb els quals pretén acreditar-ho (declaracions testificals, certificats bancaris acreditatius que les despeses de comunitat es van pagar des d'un compte obert només a nom seu, manifestació de la seva mare afirmant que li havia donat els diners emprats en la compra).

El que s'aporta són simples fotocòpies, però, encara que es tractés d'originals, aquests documents no són aptes per destruir la presumpció de pertinença a la societat de guanys. L'article 95 RH exigeix justificar el caràcter privatiu del preu mitjançant prova documental pública suficient, sense que la simple afirmació de la procedència privativa dels diners sigui suficient, atès el seu caràcter fungible.

Resolució de 3 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5489)

Admet la inscripció d'una adjudicació en procediment judicial d'execució d'hipoteca, malgrat que no ha estat demandada l'esposa del titular registral, que va adquirir, conforme a l'article 92 RH, amb subjecció al règim conjugal de separació de béns, que es va identificar com a legal segons la llei nacional comuna de tots dos cònjuges, la togolesa.

Certament, és doctrina consolidada en matèria d'adquisicions per cònjuges estrangers que és possible la inscripció a favor de tots dos amb subjecció al seu règim econòmic matrimonial, amb indicació d'aquest, si consta al títol. La determinació d'aquest règim i l'acreditació del seu contingut i la seva vigència seran exigibles a l'alienació o gravamen, i es pot obviar, si consta el consentiment de o la demanda a tots dos.

Ara bé, en aquest cas, havent-se constituït i inscrit la hipoteca a nom de l'espòs sobre un bé privatiu d'aquest en virtut del règim de separació de béns, no es pot exigir la demanda a l'esposa, cosa que queda reforçada pel fet que la finca no és habitatge habitual, segons l'historial registral.

Resolució de 3 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5490)

Suspèn l'atribució de caràcter privatiu d'una finca, pretesa només pel comprador, el qual, de conformitat amb l'article 92 RH, es va declarar en l'adquisició subjecte al règim de comunitat de Chihuahua (Mèxic), i que ara manifesta que els diners emprats en

adquirir procedien d'una donació que simplement es relaciona en el document presentat.

En aquest cas, es tracta de fer constar el caràcter privatiu d'un bé que d'altra manera seria comú, per tant, el moment de provar el Dret estranger hauria d'haver estat el de l'adquisició, ja que aquesta constància farà que el titular pugui disposar per si mateix. Provat degudament que aquest Dret estranger admet el caràcter privatiu dels béns adquirits per donació, no hi hauria cap obstacle en admetre prova de privativitat la donació dels diners.

Resolució de 4 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5494)

Denega la inscripció d'una adjudicació verificada en conveni regulador, aprovat per sentència de divorci, relativa a un bé que consta inscrit com a privatiu per meitat, en haver estat adquirit en estat de solters, i que ara s'adjudica en la seva totalitat a un dels esposos com a part de la liquidació del règim econòmic matrimonial. Consta que l'habitatge familiar està ubicat en un altre immoble.

L'efectivitat del conveni regulador és merament liquidador del règim econòmic conjugal, sense que sigui possible estendre'l a d'altres actes amb significació negocial pròpia, que requeririen escriptura pública. En concret, cal escriptura pública i no és inscribible el conveni regulador aprovat judicialment, si en la liquidació de guanys s'hi inclouen béns que pertanyen privativament per meitat a tots dos cònjuges i la transmissió d'aquests béns no implica l'extinció de relacions econòmiques derivades de la vida en comú dels esposos, com puguin ser les relatives a l'adjudicació de l'habitatge habitual o d'altres béns adquirits durant el matrimoni.

Resolució de 4 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5496)

Consta inscrit un habitatge per meitats indivises a nom de dos excònjuges, el divorci dels quals amb atribució de l'ús d'aquest habitatge (com a habitual) a l'esposa també consta inscrit. Ara, la Direcció denega la inscripció de la interlocutòria que homologa judicialment la transacció assolida pels copropietaris, dins d'un procediment de divisió de cosa comuna, en virtut del qual s'adjudica la finca a l'exesposa. Ni la transacció ni la interlocutòria que l'homologa són una sentència, sinó un document privat que no compleix els requisits exigits per la legislació hipotecària per a la inscripció.

Certament, és doctrina de la Direcció admetre el conveni regulador com a títol inscribible per a l'atribució de l'habitatge familiar (encara que procedeixi d'una adquisició *pro indiviso* prèvia al matrimoni), ja que la seva evident afecció a les necessitats del matrimoni justifica sobradament la seva inclusió en les operacions de liquidació. Ara bé, l'acord d'aquest expedient no s'ha assolit en un procediment matrimonial, sinó en un d'ordinari de divisió de cosa comuna. Ni en la documentació aportada, ni en l'acord homologat, es fa cap referència al fet que l'extinció de comunitat tingui el seu origen en la liquidació de la comunitat conjugal.

Resolució de 5 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5500)

Admet la inscripció d'un conveni regulador de divorci homologat per sentència ferma, pel qual s'adjudiquen diversos béns



Resolucions

adquirits durant el matrimoni per meitat i *pro indiviso*; el Registrador només havia inscrit les operacions relatives a l'habitatge habitual i el seu garatge annex, però la Direcció admet també la inscripció de l'adjudicació del bé restant (un local comercial).

Certament, és doctrina consolidada que l'efectivitat del conveni regulador és merament liquidadora del règim econòmic conjugal, sense que sigui possible estendre'l a d'altres actes amb significació negocial pròpia, que requeririen escriptura pública. No obstant això, també és doctrina de la Direcció que és possible el conveni regulador per adjudicar béns adquirits *pro indiviso* si consta el règim de separació de béns. Tot i que aquest règim es basa en la comunitat romana, hi ha diferències entre totes dues regulacions. Així, el règim de separació només és possible entre cònjuges, els béns de tots dos cònjuges estan afectes a les càrregues del matrimoni i existeixen limitacions a la disposició de l'habitatge habitual. La regulació legal del conveni regulador es refereix en general al règim econòmic matrimonial, no només als guanys; en el règim de separació, caldrà la liquidació quan no es vulgui seguir compartint un patrimoni actiu comú o un deute comú.

Resolució d'11 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5506)

Admet la inscripció d'una escriptura en què es realitzen, per aquest ordre, les següents operacions: els copropietaris d'un habitatge adquirir per herència extingeixen la comunitat i l'adjudiquen al copropietari del 10%, el qual compensa en metàl·lic els altres per l'excés; es fa constar que l'adjudicació de l'excés es fa amb caràcter de guanys, ja que els diners amb els quals es paga l'excés també ho són, perquè procedeixen d'un préstec constituït per l'adjudicatari i el seu cònjuge en el número de protocol següent; finalment, el copropietari adjudicatari aporta el seu originari 10% a la societat de guanys.

Tot i que s'hauria d'haver establert un altre ordre en les operacions, les estipulacions d'un contracte s'han d'interpretar atribuït a les dubtoses el sentit que resulti del conjunt de totes i en el sentit més adequat perquè produeixin efecte. El que han volgut els cònjuges és atribuir caràcter de guanys al bé que estan adquirint, malgrat que, per les regles de subrogació real, li correspondria caràcter privatiu. El títol d'adquisició és dissolució de comunitat en virtut de quota privativa, si bé els cònjuges afegeixen un pacte d'atribució de pertinença a la societat de guanys (article 1355 CC).

Resolució de 13 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5514)

Consten inscrites unes finques a nom de dos cònjuges casats en guanys. El marit està incapacitat, i la tutora és la seva esposa. Mitjançant interlocutòria, es concedeix a la tutora autorització judicial per vendre les finques en pública subhasta, si bé el que efectivament es va subhastar després va ser només el 50% que es va dir que pertanyia a l'incapacitat. Ara es debat la inscripció de l'escriptura de venda de la totalitat de les finques a l'adjudicatari de la subhasta pel doble del preu de rematada del 50% subhastat, i es manifesta que la tutora ven una meitat per si mateixa i l'altra, com a tutora del seu marit.

La Direcció denega la inscripció. L'administració i la disposició dels guanys es transfereixen per llei al tutor del seu cònjuge (article 1387 CC), que necessita autorització judicial per disposar dels immobles (1389 CC). L'autorització obtinguda en el supòsit es refereix a la totalitat de les finques. A la societat de guanys, cada cònjuge no és propietari d'una meitat de cada bé comú, sinó que tots dos tenen conjuntament la totalitat del patrimoni de guanys (1344 CC). La subhasta d'una meitat indivisa té menys probabilitats d'obtenir un preu igual a la meitat del valor de tot. En tractar-se de persones sotmeses a tutela, ha de prevaler el seu interès.

REGISTRE DE BÉNS MOBLES

Resolució de 18 de maig de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5646)

Consta inscrita al Registre de Béns Mobles la hipoteca mobiliària d'una màquina. Ara es pretén practicar, al Registre de la Propietat, sobre el fulla del local en què es troba la màquina, la nota de constància de la garantia mobiliària que preveu l'article 75 LHMYPDS, al·legant que l'hipotecant és arrendatari d'aquest local. No obstant això, la Direcció ho denega, perquè no es compleix un dels requisits exigits per aquest precepte: que l'arrendament consti inscrit al Registre de la Propietat.

Resolucions de 30 de maig de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6111) i de 31 de maig de 2016 (BOE 151, 23-VI-16: 6113)

Denega la inscripció al Registre de Béns Mobles d'una escriptura d'elevació a públic de dos documents privats: un de compravenda de llicència de taxi amb preu ajornat, i un altre pel qual el comprador constitueix penyora sense desplaçament sobre la llicència per garantir el pagament del preu ajornat.

El primer defecte és la falta d'acreditació de la titularitat de la llicència pignorada: s'aporta una simple fotocòpia de la llicència, mentre que el que és correcte és aportar una certificació municipal acreditativa de la titularitat actual. El segon defecte és la falta de concreció de la quantitat de responsabilitat per despeses.

Per contra, es desestimen els altres defectes. El principal i interessos apareixen desglossats per quotes mensuals en el títol, sense que sigui exigible la determinació precisa de la fórmula de càlcul del tipus d'interès, exigència que només és procedent per a préstecs atorgats per entitats financeres o per a casos en què no s'hagin fixat amb precisió les quotes de capital o interès. La fixació d'un valor de subhasta (exigida en general per l'article 29 del Reglament de la LHMYPDS) no és exigible en el procediment d'execució directa (article 681-2 LEC, llei posterior que només l'exigeix per a la hipoteca mobiliària), sinó només en l'extrajudicial, que en el títol qualificat no s'ha pactat. Tampoc no és exigible la formalització d'una assegurança, ja que aquesta exigència legal general (article 57-4 LHMYPDS) està pensada per a la penyora de béns susceptibles de consum o deteriorament, cosa que no succeeix amb els drets derivats d'una llicència municipal.



REPRESENTACIÓ

Resolució de 10 de març de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4012)

S'admet la inscripció d'una escriptura de compravenda del ple domini d'una finca, en què el venedor és representat per un apoderat en el poder del qual se'l faculta per vendre la participació de finca que correspongui al poderdant, el qual, en el moment de l'atorgament del poder, era titular només d'una participació, si bé estava en curs un procediment judicial contra l'altra copropietària, que va acabar declarant el poderdant propietari de tota la finca. A l'escriptura, la Notària realitza un judici notarial de suficiència referit genèricament al «negoci jurídic objecte d'aquesta escriptura», la qualificació del qual consta en una altra part d'aquesta.

Recapitula la doctrina de la Direcció sobre el judici notarial de suficiència de facultats representatives exigint per l'article 98 de la Llei 24/2000. El Registrador haurà de qualificar: l'existència i la regularitat de la ressenya identificadora del document del qual neix la representació; l'existència del judici notarial de suficiència exprés i concret en relació amb l'acte documentat i les facultats exercitades, com també la congruència del judici que fa el Notari de l'acte jurídic documentat i el contingut del mateix títol. Certament, el judici notarial del títol qualificat no es refereix al concret acte documentat, sinó que més aviat reproduceix una fórmula d'estil que no ha de ser admesa, però que consta en l'expedient còpia del poder, del qual en resulten específicament les facultats representatives per a aquest acte.

D'altra banda, si bé els poders s'han d'interpretar en un sentit estricte, té declarat el Tribunal Suprem (STS de 27 de gener de 2000) que la possible extralimitació no s'ha de determinar tenint en compte de manera automàtica i submissa la literalitat del poder, sinó principalment la intenció i la voluntat de l'atorgant amb vista a la finalitat per a la qual el va dispensar i en relació amb les circumstàncies concurrents. En el cas resolt, no sembla raonable restringir les facultats del representant exclusivament a la participació de què era titular el poderdant en el moment d'atorgar el poder.

Resolució de 26 de maig de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5694)

Denega la inscripció d'una escriptura d'adjudicació d'herència, en què una de les hereves està representada per l'altra, i la compareixent s'adjudica l'únic bé inventariat. La Notària ressenya correctament el document de poder i considera suficients les facultats representatives per a aquesta escriptura d'adjudicació d'herència, però no menciona de manera expressa que en el poder se salva la contraposició d'interessos, o sigui que el judici notarial de suficiència no està correctament formulat.

SUCCESIONS

Desheretament

Resolució de 6 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5501)

El testador va desheretar el seu únic fill per la causa del núm. 1 de l'article 853 CC (denegació d'aliments) i va instituir hereva universal la seva esposa. Ara es debat la inscripció de l'escriptura

d'herència a favor únicament de la vídua, que manifesta no tenir contacte amb el fill des de fa més de 40 anys i desconeix si té descendents.

La Registradora exigeix acreditar que, a la defunció del testador, no existien fills o descendents del fill desheretat, els quals, si existissin, tindrien dret a la seva llegítima (article 857 CC). No obstant això, la Direcció aplica la seva doctrina sobre la dificultat (i, de vegades, impossibilitat) de provar fets negatius i entén suficient l'afirmació de desconeixement de la vídua, sense exigir acreditació sobre aquest punt.

Estrangers

Resolució de 21 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3323)

Admet la inscripció d'una escriptura d'herència atorgada a Espanya, referida a una causant holandesa morta abans de la vigència del Reglament Europeu de Successions (per la qual cosa resulta aplicable la llei nacional del causant, segons l'article 9-8 CC). A l'escriptura s'incorpora certificat d'hereus expedit pel Notari holandès, que certifica, «després d'haver vist els documents pertinents», la mort de la causant i relaciona la declaració del Registre d'Últimes Voluntats holandès, del qual en resulta haver atorgat un determinat testament, en què nomena hereus el seu cònjuge i els seus fills, els quals queden perfectament identificats.

La Direcció no considera necessari aportar, a més, el certificat de defunció de la causant, el seu testament i el certificat del Registre d'Últimes Voluntats d'Holanda. El certificat successori notarial holandès és títol successori abstracte conforme al Dret d'aquest país, té una funció probatòria de la llei aplicable, de legitimació dels beneficiaris de la successió (estableix una presumpció a favor de la persona considerada hereva en aquest), i el testament serveix com a base per a la remissió del mateix certificat. L'aportació dels certificats sol·licitats pel Registrador serà necessària en els supòsits en què no resultessin del mateix certificat successori (article 78 RH), però, en aquest cas, el Notari certificant afirma haver vist els documents pertinents.

Resolució de 9 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5504)

Es refereix a una escriptura autoritzada per Notari espanyol en què es protocol·litzen les operacions particionals a la mort de dos cònjuges causants francesos, residents a França, amb dos fills i que van morir sota testament fet a Espanya, en què instituïen recíprocament hereus en el ple domini d'una quarta part de l'herència més l'usdefruit, a elecció seva, de les tres quartes parts restants o de tota l'herència, en què en tot cas els fills són hereus per parts iguals.

Reitera la doctrina de la Direcció sobre acreditació del Dret estranger. Igual que en l'àmbit processal, també ha de ser objecte de prova en els àmbits notarial i registral, quant al seu contingut i vigència. Les normes processals són subsidiàries de les registrals en aquest tema, però amb especialitats: si al Registrador no se li acredita degudament el Dret estranger, haurà de suspendre la inscripció, sense que sigui possible sotmetre la validesa de l'acte al Dret espanyol, com succeeix en l'àmbit judicial. L'acreditació es regeix per l'article 36 RH (inicialment previst per a la determinació de les normes aplicables sobre forma i capacitat, però extensible a les normes sobre validesa de l'acte). Els mitjans de prova previstos en aquesta norma són, entre altres, l'informe o l'asseveració



Resolucions

del Notari o Cònsol espanyol, o del Diplomàtic o funcionari del país en qüestió. Notaris i registradors estan obligats a determinar quina llei nacional resulta aplicable, mitjançant la corresponent norma de conflicte, però no estan obligats a conèixer el Dret estranger, si bé poden realitzar sota la seva responsabilitat un judici de suficiència si asseguruen conèixer-lo. La nova regulació de la Llei 29/2015, de cooperació jurídica internacional en matèria civil, no modifica ni afecta aquestes regles d'aplicació extrajudicial.

La Direcció declara inscrivible la partició qualificada, sempre que es presenti acompanyada de dos testimonis de vigència de la llei aplicable, que és la francesa (ja que el supòsit és anterior a l'entrada en vigor del Reglament Europeu de Successions). Aquests testimonis es van aportar en la primera presentació del títol, però no ja en la presentació posterior, la qualificació dels quals va donar lloc a la present resolució. Tots dos testimonis estan expedits pel mateix Notari espanyol autoritzant de l'escriptura, el qual fa constar el seu coneixement de la llei francesa quant al seu contingut i vigència i respecte dels causants morts. El que reproduïx els articles aplicables al Codi Civil francès està en llengua francesa, i el que els declara vigents i aplicables està en espanyol. Per a la Direcció, de l'examen conjunt de tots dos, en resulta excessiva l'exigència d'una traducció jurada del que està redactat en francès.

Resolució d'11 de maig de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5507)

Es refereix a la successió d'un kuwaitià resident a Kuwait, que va morir sota testament atorgat davant de Notari espanyol, en què va llegar tots els seus béns situats a Espanya a la seva esposa (quant al 12%), a les seves cinc filles (el 8% a cada una) i als seus tres fills homes (el 16% a cada un), i va ordenar, a més, que, en cas de premoriència d'alguns dels anomenats, la seva porció es repartirà per parts iguals entre els altres hereus. Ara es pretén la inscripció de l'escriptura de partició de la seva herència, atorgada davant de Notari espanyol i ratificada per la vídua, els set fills supervivents i cinc néts, únics fills d'una filla premorta, que s'efectua tal com en resulta de dos documents expedits pel Ministeri de Justícia de Kuwait, degudament legalitzats, els quals incorporen: certificat de «limitació d'hereus», que especifica individualment qui són els hereus del causant, i certificat de «partició d'herència», en què es determinen les quotes corresponents a cada un dels hereus.

La Direcció entén que la llei aplicable a la successió és la kuwaitiana, atesa la data de defunció del causant i la seva nacionalitat en aquell moment, si bé la solució hagués estat la mateixa, encara que hagués mort després de la vigència del Reglament Europeu de Successions, atesa la residència del causant a Kuwait. El testament atorgat es refereix només al patrimoni a Espanya, pràctica que, en general, serà incompatible amb l'esmentat Reglament. Reiterant la doctrina de la resolució anterior, també entén correctament acreditat el Dret estranger, per la qual cosa accedeix a la inscripció.

Herència jacent

Resolució de 17 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3320)

La Direcció recorda la seva doctrina sobre la qualificació del principi de tracte successiu (article 20 LH) en relació amb resolucions judicials dictades contra l'herència jacent. Per poder

inscriure-les, cal acreditar: o bé el nomenament i la demanda a l'administrador judicial de l'herència jacent, o bé (per tal que l'exigència d'aquest nomenament no resulti excessivament feixuga) que la crida a hereus indeterminats no ha estat purament genèric, sinó que la demanda s'ha adreçat contra persones determinades com a possibles hereves, i sempre que dels documents presentats en resulti que el Jutge ha considerat suficient la legítimació passiva de l'herència jacent.

En el supòsit resolt, s'admet la inscripció d'un decret dictat en procediment d'execució hipotecària seguit contra desconeguts hereus del titular registral i el seu cònjuge, també titular registral, a qui es considera interessat a aquests efectes.

Resolució de 17 de maig de 2016 (BOE 139, 9-VI-16: 5639)

Admet la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament per deutes de la titular morta, tot i que l'hereu amb qui s'ha entès el procediment ha renunciat a l'herència. Sense perjudici del caràcter i les conseqüències de la renúncia a la vocació hereditària, s'han complert les exigències de la tutela judicial efectiva en el sentit de l'article 166-1 RH, que exigeix identificar la persona cridada i haver seguit el procediment amb aquesta.

Llegats

Resolució de 4 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3303)

El testador va prelleugar un bé a una de les seves dues filles i, en el romanent, va instituir hereves les dues. Ara, la Direcció suspèn l'escriptura d'entrega del llegat atorgada només pels hereus de la legatària, sense intervenció dels hereus de l'altra filla i hereva. Fora dels casos en què el legatari fos ja posseïdor, només es pot posseccionar per si mateix del llegat quan, sense existir legitimar, el testador l'hagi facultat expressament per fer-ho, o quan la prelegatària sigui o hagi esdevingut única hereva (i res de tot això succeeix en aquest supòsit).

Resolució de 28 de març de 2016 (BOE 89, 13-IV-16: 3511)

El testador va llegar la propietat d'un immoble a una fundació, la constitució de la qual ordenava en el mateix testament, amb l'exclusiva finalitat que constituís el domicili fundacional, però havent de respectar el dret d'ús i d'habitació que reconeixia a la recurrent. Un cop mort el causant, es va atorgar i inscriure una escriptura, en virtut de la qual s'entregava el llegat de l'immoble a la fundació, en ple domini i sense fer cap excepció.

En una altra escriptura posterior (que motiva el recurs), s'entreguen altres llegats disposats a favor de la recurrent, sense que s'entregui el llegat del dret d'ús i d'habitació, si bé, en la part expositiva, es fa constar l'existència d'aquest dret en els ressenyats termes del testament. La recurrent ara pretén la inscripció del seu dret. La Direcció el denega: la finca ja figura inscrita en ple domini a nom d'una entitat diferent de la causant (la fundació, ja constituïda); tot i que es menciona l'existència del dret d'ús i d'habitació en la part expositiva de l'escriptura qualificada, no es disposa la seva entrega o constitució a l'atorgament. Certament, el testament no es limita a declarar l'existència del dret, sinó que conté una ordre o deixa del testador que s'ha de complir i es va haver de tenir en compte en inscriure a nom de la fundació, però els assentaments registrals estan sota la salvaguarda dels tribu-



nals i la seva rectificació exigeix el consentiment del titular registral o resolució judicial.

Resolució de 28 de març de 2016 (BOE 89, 13-IV-16: 3513)

El testador va instituir hereves les seves tres filles, va establir uns llegats a favor d'una d'elles i no va designar marmessor ni comptador-partidor. Ara, la Direcció suspèn la inscripció d'una instància privada atorgada només per la legatària, que demana la inscripció al seu nom de les finques llegades.

A més de l'exigència de titulació autèntica establerta als articles 3 i 14-2 LH, en aquest cas, existeixen altres legitimàries i hereves, que també han de formalitzar la corresponent escriptura, perquè no concorre cap dels altres supòsits de l'article 81 RH que n'exceptuarien la seva intervenció (en particular: absència de legitimàries, existència de comptador o distribució de tota l'herència en llegats).

Partició

Resolució de 2 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3299)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'adjudicació d'herència atorgada per comptador-partidor judicial, juntament amb les herències dels hereus que posteriorment han mort, als quals es considera transmissors als efectes de l'article 1006 CC. En concret, s'acredita la mort d'un dels hereus, que mort intestat. El comptador-partidor presumeix, a partir de certs documents que s'acompanyen: que aquest hereu ha mort casat i sense descendents; que la seva hereva és la seva esposa, la qual, al seu torn, ha mort sense acceptar ni repudiar l'herència del seu marit i sense altres hereus, i que, per tant, ha d'heretar la Comunitat Autònoma, en pagament dels drets hereditaris de la qual es consigna una quantitat.

La inscripció es denega per falta de títol successori de l'hereu mort, la seva esposa i la Comunitat Autònoma. Cal recordar que, en la successió intestada, el títol successori és la declaració d'hereus i la declaració administrativa a favor de l'Estat (article 14 LH). El principi de tracte successiu registral no permet que els hereus de la titular registral no intervinguin en la partició. No correspon al comptador-partidor declarar hereus.

Resolució de 16 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3315)

Admet la inscripció d'una escriptura d'herència atorgada per tots els hereus, inclús una d'elles sotmesa a curatela, i la mateixa persona intervén en el doble concepte de curadora i de comptador-partidora.

Aprovant la partició la totalitat dels hereus, la intervenció d'aquesta persona ho és només com a curadora, sense que sigui essencial la seva intervenció com a comptadora-partidora. Segons l'article 1060 CC (substancialment igual abans i després de la LJV), no és necessària la intervenció ni l'aprovació judicial quan la persona amb capacitat modificada judicialment estigui legalment representada en la partició. Tampoc es necessita defensor judicial, atès que la curadora no té interès personal en l'herència, cosa que no queda desvirtuat pel fet d'haver estat també designada comptadora-partidora, ja que la partició ha estat acceptada per tots els hereus.

Resolució de 5 d'abril de 2016 (BOE 101, 27-IV-16: 4016)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'herència atorgada només per un dels vuit fills i hereus, el qual s'adjudica un bé que li ha estat prelegat en el testament, en què s'al·ludeix a un document privat de partició subscrit pel causant i els seus hereus un any abans.

L'article 1056 CC preveu dos supòsits diferents de partició, segons es faci en testament o per acte *inter vivos*, si bé en el segon cas sempre fa falta un testament anterior o posterior. En aquest supòsit, la partició privada només es menciona en el testament i no s'hi acompanya, de manera que no és títol autèntic als efectes de l'article 3 LH. Cal distingir entre una verdadera partició ordenada pel testador, que seria obligatòria i determinaria l'adquisició directa de la propietat exclusiva dels béns hereditaris pels hereus (article 1068 CC), i unes simples normes de partició, que és el que hi ha en el supòsit resolt, de manera que estem davant d'una partició realitzada pels hereus (article 1057 CC).

D'altra banda, encara que el legatari de cosa determinada adquireix la propietat des de l'obertura de la successió (article 882 CC), no pot ocupar per si mateix la cosa llegada (article 885 CC), per tant, la seva inscripció requereix escriptura d'entrega atorgada per comptador-partidor, marmessor o, si no n'hi ha, els hereus (article 81-c RH). L'entrega no serà necessària en cas de prelegatari, però només quan sigui hereu únic. En cas que existeixin altres hereus (com passa en aquest supòsit), cal la concurrència de tots ells a l'entrega.

Substitució

Resolució d'11 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5290)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de protocol·lització de quadern particional realitzat per comptador-partidor, en l'inventari del qual s'hi inclouen uns béns que el causant havia heretat com a fiduciari de la seva esposa, amb facultat de disposar només *inter vivos* i a títol oneros, essent hereus fideïcomissaris de residu certs nebots, que han renunciat a l'herència del causant dins del procediment de divisió d'herència d'aquest.

Aquesta renúncia s'ha realitzat en un formulari privat, per tant, no és indubtable ni autèntic als efectes de l'article 1008 CC (ni abans ni després de la LJV). Però és que, a més, la renúncia s'ha produït respecte de l'herència del causant, quan el cert és que els béns fideïcomesos pertanyen a l'herència de la seva esposa premorta. En conseqüència, són els hereus fideïcomissaris de residu d'aquesta, o els seus substituïts vulgars, els qui han de prestar el seu consentiment.

Resolució de 26 de maig de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5695)

La testadora va llegar els seus béns privats a la seva germana i els seus nebots, i va instituir hereu universal el seu espòs, amb la seguretat que aquest respectaria la voluntat de tots dos que, un cop morta, el seu patrimoni passés a determinada fundació. L'espòs va premorir a la testadora. A l'escriptura anterior, la germana i els nebots han rebut el seu llegat. Ara es debat si és inscrivible l'escriptura d'herència del romanent a favor de la fundació. Si interpretem el testament en el sentit que la clàusula d'institució d'hereu al cònjuge conté un simple prec, en haver



Resolucions

premort l'espòs sense substitució, seria procedent obrir la successió intestada. No obstant això, la Direcció interpreta que realment estem davant d'un cas de substitució fideïcomissària que implica (segons doctrina reiterada) la vulgar tàcita.

La voluntat del testador és la llei de la successió (articles 667 i 675 CC). Per esbrinar-ho, ha de prevaler el criteri subjectivista, i harmonitzar en la mesura del possible les diferents clàusules del testament i acudir amb prudència a la prova extrínseca. En aquest cas, ja s'han tingut en compte, per haver assumit prèviament el seu llegat, els qui haurien estat hereus *ab intestato*. El marmessor, persona qualificada per interpretar la voluntat del testador, és, al seu torn, patró de la fundació, la qual cosa evidencia la voluntat de la testadora d'una successió ordenada quant a la fundació. Encara que el testador no hagi emprat materialment la paraula *hereu*, si la seva voluntat és clara, valdria la disposició feta a títol d'herència (article 668 CC).

Resolució de 6 de juny de 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6250)

El testador va instituir hereva la seva filla i va deixar llegats a favor de dues nétes, i va ordenar substitució per la respectiva descendència en tot allò que disposa en el seu testament. Un cop mort el causant, les dues legatàries van renunciar als seus llegats. Ara es pretén inscriure l'escriptura d'herència del causant, en què l'hereva única s'adjudica també els béns que van ser inicialment llegats a les dues renunciants, al·legant que no té lloc la substitució, perquè: respecte d'una de les renunciants, l'hereva fa constar que està soltera i no té descendents, i respecte de l'altra, es justifica amb el seu llibre de família que només té una filla, besnéta del testador, nascuda després de la mort d'aquest i abans de la renúncia de la seva mare.

La inscripció es denega, perquè, quant a la primera reunun- ciant, la circumstància de no tenir descendents s'ha d'acreditar, sense que sigui suficient la mera manifestació, i s'admet a aquests efectes l'acta notarial de notorietat (article 82 RH).

Ara bé, respecte de l'altra renunciat, no és necessària la inter- venció de la seva filla, ja que no està cridada per la substi- tució. Per qualificar la capacitat de l'hereu o legatari, es tindrà en compte el moment de la mort del causant, i si fos institució condicional, es tindrà en compte «a més» el moment en què es compleixi la condició (article 758 CC). D'això se'n dedueix que el substitut, per poder heretar, necessita haver sobreviscut tant al testador com a l'acte jurídic de la repudiació (són excepcions d'aquesta regla les del *nasciturus*, el *concepturus* nascut amb tècniques de reproducció assistida, els substituïts fideïcomissaris i els descendents comuns, en cas de delegació de la facultat de millorar de l'article 831 CC). Així, la besnéta, la renúncia de la qual exigeix la Registradora no té capacitat per succeir, perquè encara no havia nascut en el moment de l'obertura de la successió.

TRACTE SUCCESSIU

Resolució d'1 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3298)

Denega la inscripció d'un expedient judicial de domini que, tot i que es titula d'«*immatriculació*», realment, pel seu contin-

gut, és de represa del tracte interromput respecte d'una finca que consta immatriculada.

El promotor havia adquirit en document privat del titular registral. La Direcció recorda la seva doctrina consolidada que, tot i que no és temporalment aplicable al supòsit, es recull avui a l'actual article 208 LH (després de la Llei 13/2015), el qual no considera interromput el tracte quan la persona a favor de la qual s'hagi de fer la inscripció hagi adquirit directament del titular registral o dels seus hereus. D'altra banda, tampoc no s'ha exposat ni s'ha justificat en el document judicial una dificultat excepcional en la formació del títol perdut o absent.

Resolució de 17 de març de 2016 (BOE 83, 6-IV-16: 3319)

Admet la inscripció d'una sentència ferma declarativa de domini referida a un habitatge que consta inscrit a nom de l'Institut de l'Habitatge de Madrid. Per al Jutge, resulta acreditat que l'Institut: va vendre l'habitatge a un primer adquirent, casat amb determinada persona; va autoritzar una alienació posterior a dos cònjuges, i va tenir coneixement posterior del conveni regulador del divorci d'aquests, en què s'adjudicava l'habitatge a la deman- dant, el domini de la qual es declara.

Quant a l'aptitud del procediment declaratiu per reprendre el tracte, és doctrina consolidada que, mitjançant judici declaratiu, es pot realitzar qualsevol modificació dels assentaments del Registre, sempre que s'hagi seguit contra el titular registral, si bé la sentència declarativa només valdrà per reprendre el tracte quan hagin estat demandats els titulars registrals, els qui d'ells van ad- quirir i tots els titulars intermedis fins a enllaçar amb la titularitat del demandant, i es declari la realitat, vàlidesa i eficàcia de tots els títols translatius intermedis.

En el cas resolt, la demanda es va dirigir contra l'Institut i con- tra el primer adquirent, però no contra la seva esposa, la qual cosa no constitueix defecte per a la Direcció, ja que l'esposa mai no ha estat titular registral, no consta que el seu règim conjugal fos de comunitat ni de caràcter del bé adquirit. D'altra banda, es considera que resulta de la sentència el títol material i formal d'adquisició de la demandant.

Resolució de 14 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5305)

Reitera doctrina consolidada: l'expedient de domini per a la represa del tracte interromput és un mitjà excepcional que no- més és procedent quan hi ha vertadera interrupció del tracte, és a dir, quan la inscripció d'una adquisició no es pot basar immediatament en el dret del titular registral, la qual cosa exclou de l'àmbit de l'expedient, entre altres supòsits, aquelles en què el promotor va adquirir de l'hereu del titular.

No obstant això, en el cas resolt, la Direcció admet la proce- dència de l'expedient i la inscripció de la interlocutòria recaiguda en aquest, en un supòsit en què el promotor va adquirir per la compra a dos germans del titular registral. No s'aporta el títol par- ticional i no s'acredita que el promotor hagués adquirit de tots els hereus del titular. Quan s'adquireix només d'algun o alguns hereus, sí que hi ha vertadera interrupció del tracte i és procedent l'expedient de represa, ja sigui el judicial, per via transitòria (com



passa en aquest cas, en haver-se iniciat l'expedient abans de la Llei 13/2015), o el notarial de l'actual article 208 LH.

Resolució de 28 d'abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5482)

Suspèn la inscripció d'un expedient judicial de domini per a la represa de tracte, el promotor de la qual va comprar en document privat directament de la societat titular registral, la qual avui es troba dissolta i liquidada.

No és possible acudir a aquest expedient quan el promotor va adquirir directament del titular, tal com resulta de l'actual article 208 LH i resultava abans de l'antic article 201 LH (anterior a la Llei 13/2015, i aplicable transitòriament al supòsit resolt). No obstant això, també és doctrina de la Direcció exceptuar d'aquesta regla els casos en què existeixi una dificultat extraordinària per atorgar la documentació que permeti completar la cadena de titularitats. El que passa és que la interlocutòria qualificada es limita a establir la relació causal directa entre titular i promotor, però sense fer constar cap circumstància que pogués habilitar la procedència de l'expedient de domini.

Resolució de 23 de maig de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5689)

Suspèn la inscripció d'un expedient judicial de domini notarial de represa de tracte tramitada ja conforme a la Llei 13/2015. Consta del Registre que el titular registral va llegar en el seu testament la finca per meitat a dues filles i va instituir hereu un altre fill. El promotor de l'expedient manifesta haver adquirit la totalitat de la finca per compra a una de les filles legatàries, que, al seu torn, havia adquirit una meitat pel referit llegat i l'altra, «*per justos i legítims títols*» que no s'especifiquen. El Notari notifica als hereus del titular registral de forma no personal, sinó mitjançant edictes publicats al BOE, en tractar-se d'inscripcions contradictòries de més de 30 anys.

La identificació del títol d'adquisició del promotor i els adquirents previs resulta imprescindible perquè el Notari autoritzi l'expedient i perquè el Registrador el qualifiqui. No consta el títol d'adquisició d'una meitat indivisa, ni tampoc consta que els edictes s'hagin notificat de manera nominal a l'hereu del titular, la identitat del qual consta al Registre i constaria a la qualificació registral que s'hauria d'haver aportat a l'expedient (articles 203 i 208 LH), l'omissió del qual no ha estat objecte de qualificació.

Resolució de 25 de maig de 2016 (BOE 140, 10-VI-16: 5691)

Denega, per falta de tracte successiu, la inscripció d'una partició en què s'inventaria, com pertanyent als causants, una finca inscrita íntegrament a nom d'una de les hereves per títol de compravenda.

Certament, la titular ha consentit l'escriptura, però no ha expressat la causa del canvi de titularitat. Allò consentit és una partició, però no una transmissió, per tant, no hi ha títol hàbil per al canvi de titularitat.

TUTELA

Resolució de 31 de març de 2016 (BOE 89, 13-IV-16: 3517)

Denega la inscripció d'una escriptura de venda en què una de les venedores és una persona incapacitada representada per la seva tutora, que està autoritzada judicialment per a la venda. No s'acredita la celebració de subhasta pública, ni se n'exculsa judicialment.

Als expedients judicials tramitats abans de la vigència de la Llei de Jurisdicció Voluntària (amb independència que l'escriptura tingui data posterior), se'ls aplicava l'article 2015 LEC-1881, segons el qual l'autorització es concedirà, en tot cas, sota la condició d'haver-se d'executar la venda en subhasta pública, i la jurisprudència admet que el mateix Jutge pugui apartar-se d'aquesta exigència. La LJV deroga el precepte esmentat, però estableix, en el seu article 65-2, una regla que encara reforça més l'exclusivitat de la reserva judicial en aquesta matèria: l'autorització per a la venda es concedirà sota la condició de fer-se en subhasta pública, tret que s'hagi instat l'autorització per venda directa o persona especialitzada, sense necessitat de subhasta, i que el Jutge així ho autoritzi.

Quan la llei vol excloure el requisit de la subhasta pública, ho fa. A més de l'article 65-2 esmentat, es pot esmentar el 5-2 de la Llei 41/2003 (de protecció de persones amb discapacitat), respecte de l'alienació de béns integrants d'un patrimoni protegit, i el 636 LEC, respecte de les alienacions en procediment de constrenyiment.

URBANISME

Resolució de 13 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5303)

La doctrina de la Direcció estableix requisits per inscriure les transferències d'aprofitament urbanístic entre finques. Són dos: que la legislació aplicable admeti aquesta possibilitat (article 33 RD 1093/1997), i que, quan aquesta legislació exigeixi una autorització prèvia o la inscripció en un registre administratiu, aquests requisits s'hagin complert prèviament. Si l'Administració autoritza la transferència, es podrà obrir foli independent (articles 39-4 i 43), i la consolidació dels drets transmissibles quedarà condicionada a l'efectiva aprovació de la reparcel·lació amb assignació de l'aprofitament pactat. En cas contrari, el que serà procedent és la transmissió de quota indivisa de la finca originària.

En aplicació d'aquesta doctrina, la Direcció denega la inscripció d'una escriptura de compravenda d'aprofitament urbanístic entre dues societats, per no acreditar el compliment dels requisits de l'article 62 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia: no s'identifiquen les parcel·les, no s'acredita l'existència d'un excedent d'aprofitament en la parcel·la, tampoc la cessió gratuïta al municipi ni l'autorització d'aquest a la transferència.

Resolució de 25 d'abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5474)

Denega la inscripció d'una sentència que resol la venda i extingeix el condomini sobre una finca resultant d'un projecte



Resolucions

d'equidistribució inscrit, perquè el títol no es pronuncia sobre la distribució de la càrrega real que garanteix el pagament de les despeses d'urbanització. L'Ajuntament no ha tingut intervenció en el procediment judicial. Els recurrents apliquen els articles 82 i 123 LH, al·legant la llibertat de pactes entre els particulars i la condició d'agent urbanitzador d'un d'ells.

A la legislació urbanística valenciana, la relació jurídica entre l'Administració i l'agent urbanitzador conserva el seu caràcter públic. Són els propietaris del sòl els qui retribueixen l'agent, però és l'Administració qui decideix la quantia real de les contraprestacions i, amb independència de la forma de gestió, controla i dirigeix el procés urbanístic. L'afecció no només garanteix la retribució de l'urbanitzador, sinó que la garantia legal és d'interès públic, per tant, la seva alteració requereix la intervenció de l'Administració urbanística.

Resolució de 28 d'abril de 2016 (BOE 136, 6-VI-16: 5483)

Denega la inscripció d'una clàusula, continguda en una escriptura de compravenda de finca aportada a una actuació urbanística, per la qual el venedor es reserva tots els drets d'indemnització i reallotjament derivats de les edificacions existents a la finca. Es tracta de drets personals.

Quant als drets de reallotjament i retorn, el seu reconeixement requereix: que l'habitatge s'estigui ocupant legalment i com a residència habitual (article 19 LSRU estatal i bàsica en aquest punt); que la legislació urbanística aplicable ho reconegui (així succeeix a l'article 87 de la Llei murciana 13/2015); és un dret personal i intransferible, si bé la Llei estatal el reconeix també als hereus forçosos i al cònjuge que hi tinguin la seva residència habitual. És possible el seu reflex registral mitjançant nota marginal, per aplicació analògica de l'article 15 RH, inicialment previst per al dret de retorn arrendatari, i el títol de la inscripció no pot ser altre que el títol administratiu que el reconegui. En el

cas resolt, es denega la inscripció, precisament per defectes relatius al títol: si es tractés del dret de reallotjament o el de retorn derivats legalment d'una actuació urbanística, no s'acredita el títol administratiu que els reconegui, i si es tractés d'un dret atribuït convencionalment, no es delimiten els elements essencials bàsics que permetin configurar davant de tercers el contingut i termini del dret.

Quant als drets d'indemnització, es tracta d'un dret vàlid i reconegut a l'escriptura, però no es pot admetre el seu caràcter real ni, per tant, la seva inscripció, en faltar la nota essencial de poder directe i immediat sobre l'immoble (sense perjudici que es pogués assegurar amb una garantia real expressa inscrivible).

VINCULACIÓ OB REM

Resolució de 22 d'abril de 2016 (BOE 133, 2-VI-16: 5319)

Admet la inscripció d'una escriptura de venda de finca rústica que havia estat denegada pel Registrador, en tenir aquesta finca vinculada *ob rem* una quota indivisa d'un altre immoble, i estar aquesta inscrita a nom d'un altre titular.

La conseqüència essencial d'aquesta configuració jurídica és que la titularitat de la finca vinculada ve determinada per la titularitat de la finca principal, de manera que els actes de transmissió o gravamen s'han de produir sobre totes dues finques conjuntament. El que passa en el supòsit resolt és que s'ha produït una inexactitud registral, sense que es pugui al·legar falta de tracte, ja que en els supòsits de titularitat *ob rem*, el tracte al qual ha de fer front és el de la finca principal, i no el de la subordinada. És doctrina consolidada que es pot rectificar el Registre, sense necessitat d'acudir al procediment general de rectificació, sempre que el fet que desvirtui l'assentament sigui provat mitjançant document fefaent independent de la voluntat dels interessats.

Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notari d'El Masnou

CENSOS

Les normes del Llibre V CCCat són aplicables als drets de cens amb caràcter retroactiu, sigui quina sigui la data de la seva constitució

Resolució JUS/1852/2016, de 21 de juny (DOGC de 2 d'agost de 2016)

RESUM: Es pretén la inscripció d'una sentència que declara el comís d'un cens per impagament de pensions, la vigència del qual no es va acreditar conforme a la Llei 6/1990. La demanda la va interposar la que es qualificava com a propietària del domini directe contra els «ignorats hereus» del titular del domini útil i es va dictar en rebel·lia d'aquests. El Registrador de la Propietat basa la nota de qualificació negativa en quatre consideracions: 1) cal el nomenament d'un defensor judicial, perquè la demanda s'ha interposat amb els hereus ignorats; 2) en haver-se dictat en rebel·lia dels demandats, s'han de complir els terminis dels art. 501 i seg. LEC; 3) el cens està extingit, per no haver-se acreditat la seva vigència en el termini legal, i 4) la legislació catalana vigent no preveu el dret de comís.

La recurrent al·lega bàsicament que la legislació aplicable al cens és la que estava vigent en el moment de la seva constitució (any 1908), que permet el comís, i que el seu dret està emparat per l'art. 33 CE, per tant, només en pot ser privada per causa justificada d'utilitat pública o interès social.

La DGDEJ desestima el recurs, ja que entén que el cens està extingit, en no haver-se acreditat la seva vigència conforme exigien les disp. trans. 3a i 13a de les lleis 6/1990 i 5/2006. A més, declara que el comís no és causa d'extinció del cens, en haver-lo exclòs el Llibre V CCCat, ratificant el criteri establert amb anterioritat per la Llei de Censos de 1990. Aquestes conclusions es basen en la consideració que la Llei aplicable al cens no és la vigent en el moment de la seva constitució, sinó la vigent en el moment de presentació de la demanda (any 2011), és a dir, el CCCat, ja que la Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre V del CCCat, i la Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos, «no només van derogar —tal com es desprèn de la seva disposició derogatòria i de la seva disposició final primera, respectivament— la legislació anterior i, per tant, aquella sota la qual es va constituir el cens la titularitat del qual pretén ostentar la recurrent, sinó que, a més, es van aplicar efectes retroactius —com posen de manifest les disposicions transitòries d'una i altra— als censos constituïts sota aquesta legislació» (FD 1.2).

En declarar-se extingit el dret del censalista, no té interès l'examen de les qüestions restants. No obstant això, afegeix la DG que les lleis 6/1990 i 5/2006 no determinen l'extinció *ope legis* del dret de cens, sinó que condicionen la seva existència a la diligència del seu titular, de manera que només se'n produeix l'extinció si aquest no acredita la seva vigència en el termini legalment establert. I, en relació amb l'exigència de defensor judicial plantejada pel Registrador, entén que no és necessària, ja que correspon al mateix Jutge la tutela judicial efectiva.

COMENTARI: Malgrat que resulta evident que el dret de cens ha quedat extingit per aplicació de les disposicions transitòries esmentades per la resolució, no comparteixo el criteri d'atribuir caràcter retroactiu a les lleis 6/1990 i 5/2006, fora dels casos d'extinció que expressament regulen aquestes lleis a les seves disposicions transitòries. Per aplicació del principi d'irretroactivitat de les lleis, recollit amb caràcter general per les disp. trans. 1a i 2a CC, el règim d'exercici del dret de cens es regeix per la legislació



Resolucions

vigent en el moment de la seva constitució, per tant, a parer meu, el dret de comís segueix vigent per a aquests censos. No hi ha ni a la Llei 6/1990 ni a la Llei 5/2006 cap disposició transitòria que estableixi que el règim general dels censos sigui el regulat per aquestes lleis. El fet que el dret transitori disposi l'extinció del cens en determinats casos no implica que totes les causes d'extinció dels censos es regeixin per aquest dret transitori, és a dir, per la normativa vigent. Si se seguís aquesta interpretació, resultaria, per exemple, que la causa d'extinció introduïda per la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'harmonització, a l'art. 565-11.1, lletra c), és a dir, la falta d'exercici de les pretensions del censalista durant un termini de deu anys, s'aplicaria a tots els censos, sigui quina sigui la data de la seva constitució, cosa que implicaria el 2005 l'extinció de pràcticament tots els drets de censos antics.

COMUNITAT DE BÉNS

No hi ha dissolució parcial de comunitat, sinó cessió onerosa de quota, quan un dels comuners surt de la comunitat a canvi de ser compensat econòmicament pels altres, i subsisteix entre aquests la indivisió

Resolució JUS/1855/2016, de 21 de juny (DOGC de 2 d'agost de 2016)

RESUM: S'atorga una escriptura en què un dels partícips en una comunitat que recau sobre diversos béns indivisibles «cessa en la indivisió» i cedeix la seva participació als altres dos partícips a canvi d'una compensació en metàl·lic. La Registradora de la Propietat denega la inscripció basant-se en les consideracions següents: a) el negoci jurídic atorgat no és d'adjudicació per extinció de comunitat, sinó de venda d'una quota indivisa als altres comuners, ja que el nostre Dret no admet la dissolució parcial de comunitat, i b) s'està desnaturalitzant la causa onerosa de l'adquisició, la qual cosa podria afectar el caràcter de tercer hipotecari d'un possible subadquirent als efectes de l'art. 34 LH.

La DGDEJ revoca la nota de qualificació, basant-se en els arguments que podem sintetitzar de la manera següent:

1. És fonamental l'aplicació del principi de llibertat civil, proclamat a l'art. 111-6 CCCat, que té un correlat en seu de comunitat als art. 551-2.1 i 552-11.1, que permet als comuners arribar als pactes que considerin convenients sempre que no s'oposin a la Llei.
2. Només impròpiament es pot dir que el negoci jurídic realitzat sigui la dissolució parcial de comunitat, ja que, en realitat, es tracta d'un contracte de disposició de quota que passa a créixer proporcionalment les dels partícips restants o, simplement, un contracte de cessió onerosa de quota.
3. Malgrat això, es tracta d'una mera qüestió nominal i dogmàtica que no justifica l'atorgament d'una nova escriptura, la qual cosa sembla contrari al dret de la ciutadania que l'actuació dels poders públics sigui proporcionada a les finalitats que la justifiquen, emparat en l'art. 9.3 CE.
4. Atès que els béns que integren la comunitat procedeixen de les herències dels progenitors dels partícips, aquests, en cap cas són tercers de bona fe. Si la nota es refereix als possibles adquirents a títol oneros dels partícips que continuen a la comunitat, no es requereix cap especial protecció, en haver transcorregut sobradament el termini de dos anys des de l'adquisició per herència previst per l'art. 28 LH.

COMENTARI: De la relació de fets de la resolució no resulta que el negoci jurídic realitzat s'hagi qualificat a l'escriptura com de dissolució parcial de comunitat; més aviat es parla de cessament en la indivisió en relació amb un dels partícips. En qualsevol cas, les qüestions que planteja aquesta resolució són, bàsicament, dues: si és possible la dissolució parcial d'una comunitat i si el fet que el negoci es qualifiqui com a dissolució parcial o com a cessió de quota té conseqüències pràctiques. Desgraciadament, la DG, malgrat l'extensió dels fonaments de Dret (gairebé quatre pàgines), no entra a fons en cap de les dues qüestions.

- A) En relació amb la dissolució parcial de comunitat, tant la DG com la Registradora coincideixen en què aquesta figura no és possible en el nostre Dret: o es dissol la comunitat, o no es dissol, però no és possible conceptualment un estat intermedi pel fet que es redueixi el nombre de copropietaris. Inclús la DG arriba a amonestar el Notari per la falta de precisió tècnica («*És desitjable que les escriptures es redactin amb la cura més exquisida respecte dels conceptes jurídics*», FD 3.3). No obstant això, la qüestió no és pacífica en la doctrina i en la jurisprudència. Hi ha autors favorables al concepte *dissolució parcial* en un supòsit com el que examinem, com ara Miquel GONZÁLEZ, Laura ZUMAQUERO GIL, Carmen PÉREZ CONESA i Isabel ARANA DE LA FUENTE, esmentats per Francisco MARIÑO PARDO al seu blog *Iuris Prudente* (http://www.iurisprudente.com/2014/04/la-disolucion-parcial-de-comunidad_23.html, consulta: 17 novembre 2016). Aquest últim autor també és favorable a la seva admissió emparant-se en les SSTS d'1 d'abril de 2009, de 30 d'abril de 2009 i de 30 de novembre de 2010, i en els següents arguments: 1) en ser la comunitat una institució en què el dret de cada cotitular recau sobre el tot, limitat pel dret dels altres cotitulars, l'acte de separació d'un no implica transmissió de quotes entre els cotitulars, sinó desaparició de la limitació d'un dret que ja originàriament requeia sobre la cosa; 2) no hi ha raó per impedir als comuners que assolixin la dissolució total a través de diversos actes de finalitat concurrent a aquest fi, quan cada un d'ells suposi la reducció del nombre de comuners subsistent; 3) en l'àmbit de la comunitat hereditària s'admet la partició parcial i el CC preveu l'aplicació supletòria a la dissolució de la comunitat de les normes de la partició, i 4) l'art. 80.1, lletra c) RH recull un cas de partició parcial.

La DGRN ha tractat la qüestió en profunditat a les resolucions d'11 de novembre de 2011, de 9 de desembre de 2011 i de 24 d'abril de 2012 (esmentades per la Registradora al seu informe), i a la posterior de 4 d'abril de 2016 considera que la institució de la dissolució parcial no és possible. La Resolució d'11 de novembre de 2011 declara: «*L'extinció de comunitat o és total o no és tal [...]. La reducció del nombre de comuners no constitueix un supòsit d'extinció o dissolució de comunitat, sinó de mera alteració de la seva configuració subjectiva, mentre aquesta segueixi sent plural per la concurrència de diversos cotitulars*». Per tant, parlar de *dissolució parcial* seria un oxímoron, de la mateixa manera que no seria possible un estat intermedi entre l'existència i la inexistència.

No obstant això, la Resolució de 4 d'abril de 2016, malgrat reproduir literalment l'argumentació de la d'11 de novembre de 2011, arriba a un criteri diferent. La de 2011 va rebutjar la inscripció d'un negoci jurídic al qual se li donava el nom d'*extinció parcial de comunitat*, en què els titulars de tres cin-



quenes parts indivises d'una finca adquirien una cinquena part d'un altre cotitular; en canvi, la de 2016 ha admès la inscripció, com a extinció parcial de comunitat, d'una escriptura en què un dels copropietaris adquiria la totalitat d'una de les dues finques tingudes en comú i es repartia amb l'altre copropietari la propietat indivisa de l'altra. A més, accepta l'ús del terme *dissolució* (no parcial) per a aquells actes que, «*per pròpia naturalesa, es puguin entendre encaminats al cessament final de la situació de comunitat, encara que no s'aconsegueixi aquest efecte totalment*» (FD 3). L'expressió «*per pròpia naturalesa*» sembla prescindir dels motius subjectius de les parts i al·ludir a la causa en sentit objectiu. Atesa la dificultat de determinar quan concorre aquest requisit, aclareix que si l'acte no produeix la disminució de membres de la comunitat, sinó simplement l'alteració de les quotes d'aquests, no es podrà qualificar com a *acte de dissolució*, i esmenta una sèrie de supòsits en què es pot considerar l'existència d'un acte de dissolució: a) en una comunitat que comprèn diversos béns, els partícips n'adjudiquen un o diversos a algun d'ells, en propietat exclusiva, en pagament dels seus drets en la comunitat, i subsisteix la comunitat entre els restants partícips no adjudicatari sobre la resta de béns no adjudicats, amb reajustament de les quotes entre aquests últims; b) en una comunitat de béns integrada per diverses finques, es formen lots que s'adjudiquen a grups de partícips diferenciats, i aquests grups d'adjudicatari reben els lots en comunitat *pro indiviso*; c) en una comunitat sobre un bé indivisible, materialment o econòmicament, els copropietaris acorden adjudicar-lo *pro indiviso* a diversos d'ells, que compensen en metàl·lic els no adjudicatari, i d) en una comunitat sobre un sol bé, els titulars d'algunes de les quotes, però no de totes, s'adjudiquen entre ells les quotes de què són titulars, i les reben un o diversos d'ells, que compensen en metàl·lic els altres.

A parer meu, crec que es podria simplificar aquesta doctrina en el sentit que s'entengui que hi ha un acte de dissolució si el negoci jurídic en qüestió produeix la reducció del nombre de copropietaris o la del nombre de béns en copropietat. Tots dos actes tendeixen, «*per la seva pròpia naturalesa*», amb independència dels motius de les parts, cap a la dissolució. Trobo a faltar, però, un nom per designar aquest negoci jurídic que el distingeixi del de *dissolució de comunitat* (total); potser no seria desaconsellable mantenir el ja estès a la pràctica (malgrat que sigui tan poc tècnic com es vulgui) de *dissolució parcial*.

- B) La segona qüestió és si la qualificació del negoci jurídic com a compravenda o com a dissolució de comunitat té rellevància quant al seu règim jurídic. Des del punt de vista fiscal, no la té, ja que el criteri de l'Administració és el mateix en un i altre supòsit: considerar l'acte com una transmissió onerosa.

Des del punt de vista civil, la Registradora al·lega en el seu informe, seguint la Resolució d'11 de novembre de 2011, que això afecta qüestions: a) de capacitat, perquè el representant del menor no necessita autorització judicial per fer la divisió de la cosa comuna i sí per cedir onerosament; b) de regulació dels règims matrimonials de comunitat de béns, perquè, en cas de dissolució, si el bé era privatiu, l'objecte segueix sent privatiu i, en cas de cessió, és comú, i c) de protecció, conforme a l'art. 34 LH, ja que, si es tracta de dissolució parcial, el títol d'adquisició de l'adjudicatari segueix sent l'originari —en

aquest cas, gratuït, en haver adquirit per herència—, i si és venda, el títol d'adquisició és oneros.

En el cas que ens ocupa, possiblement aquestes diferències, que existeixen, no tenen més incidència, ja que: a) no hi intervé cap menor; b) el règim econòmic matrimonial dels adquirents segurament és el de separació de béns, la qual cosa s'hauria d'especificar, i c) l'art. 34 LH difícilment serà aplicable, ja que el copropietari no es pot considerar com a tercer de bona fe.

DRET DE RABASSA MORTA

Caducitat d'un dret de rabassa morta. El principi que els assentaments registrals estan sota la salvaguarda dels tribunals té una excepció en el cas de la caducitat dels drets de rabassa morta, basant-se en la disp. trans. 12a de la Llei 5/2006

Resolució JUS/1851/2016, de 21 de juny (DOGC de 2 d'agost de 2016)

RESUM: Es planteja si es poden cancel·lar per caducitat uns drets que són qualificats pels propietaris de les finques com de rabassa morta, a l'empara de la disp. trans. 12a de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre V del CCCat.

La primera qüestió a dilucidar és si realment aquests drets es poden qualificar com de rabassa morta o si, per contra, constitueixen un dret de cens emfiteutic, ja que el seu règim legal és diferent, atès el caràcter temporal inherent al primer davant del perpetu del segon. Malgrat que els contractes d'establiment formalitzats contenen expressions relatives al dret de cens, la DGDEJ considera que, en realitat, es tracta de drets de rabassa morta. Per a això, es basa en la indeterminació en la doctrina i en la Llei de la naturalesa jurídica d'aquests drets en l'època en què es van constituir (entre els anys 1860 i 1870), en la fixació de terminis de durada en els contractes (entre vuitanta i cent anys) i en la inclusió d'una clàusula específica d'extinció en cas que les finques deixin de destinar-se al cultiu de la vinya (cosa que és pròpia de la rabassa morta i allunya el contracte de l'emfiteusi, que no requereix un ús específic de la finca), entre altres elements interpretatius, i sense que el fet d'haver-se obert un foli registral a cada un dels drets constituïts es pugui considerar favorable al caràcter real propi de l'emfiteusi, ja que la Reial Ordre de 3 d'agost de 1864 permetia aquesta forma d'accés al Registre.

Un cop dilucidada la qüestió de la naturalesa jurídica de la institució prevista, correspon determinar si es pot cancel·lar el dret de rabassa morta pel propietari de les finques, a l'empara de la disp. trans. 12a de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre V del CCCat, que permet la cancel·lació per caducitat, si no se n'ha acreditat la vigència registralment abans del 18 d'abril de 2007. Per això, la DG examina l'historial registral de cada una de les finques, i conclou que «*el principi de salvaguarda de les inscripcions registrals pels tribunals de Justícia que al·lega la Registradora de la Propietat en la nota de qualificació no resulta afectat per la cancel·lació per caducitat dels drets inscrits al Registre. Les normes sobre caducitat són de naturalesa imperativa (article 122-1 CCCat), i la caducitat opera de forma automàtica quan ha estat al·legada, com és el cas aquí plantejat (art. 122-3). Admesa la caducitat dels drets de rabassa morta i de les inscripcions que porten causa d'aquests drets que no han donat lloc a adquisicions a non domino en els supòsits que hem assenyalat als punts 4.3 a 4.7 d'aquesta resolució, conclouem que la caducitat opera*



Resolucions

de forma automàtica, sense que s'hagi de declarar expressament pels tribunals de Justícia, com estableix expressament la disposició transitòria 12a de la Llei 5/2006, de 10 de maig» (FD 4.8).

A la majoria de les finques es dona la circumstància que, en les inscripcions següents a la de l'establiment, es qualifica el dret de rabassaire de «*domini útil*», com si d'un dret de cens es tractés, havent arribat fins i tot en una de les finques a cancel·lar-se el dret de cens, i actualment consta com a propietari l'anterior titular del «*domini útil*», que no ha estat ni tan sols citat en l'expedient, de manera que la DG no considera procedent la cancel·lació del dret de rabassa morta i confirma la nota de qualificació. En la resta, el fet que al Registre es qualifiqui el dret dels rabassaires com de «*domini útil*» hauria pogut donar lloc a alguna adquisició a *non domino* a favor d'alguna persona protegida per l'art. 34 LH, la qual cosa no es produeix, ja que unes inscripcions posteriors reflecteixen adquisicions per títol d'herència i en les realitzades a títol oneros es feia constar el caràcter temporal del dret transmès, per tant, la DG entén que aquest precepte no és aplicable, com hem vist, i decreta la cancel·lació per caducitat.

COMENTARI: Un cop qualificats els drets com a rabassa morta i no com a censos, la disp. trans. 12.4 de la Llei 5/2006 en decreta l'extinció, i pel que ara interessa, la cancel·lació de l'assentament per caducitat, un cop transcorregut el termini indicat, a petició dels titulars de la propietat, segons el que estableix la legislació hipotecària i sense que sigui necessari tramitar l'expedient d'alliberament de càrregues i gravàmens de l'art. 210 LH. L'art. 210.8 LH estableix altres supòsits de cancel·lació d'assentaments sense necessitat de tramitar aquest expedient, entre els quals no s'inclou el dret de *rabassa morta*, que, per la seva naturalesa temporal, no és possible dins dels «*assentaments relatius a censos, emfiteusis i altres gravàmens de naturalesa anàloga, establerts per temps indefinit*», que es poden cancel·lar pel transcurs de seixanta anys des de la data del darrer assentament (encara que s'entenguéssin que s'inclou en aquesta categoria, caldria esperar seixanta anys des de l'acreditació de la seva vigència, la qual cosa ens conduiria a haver d'esperar encara uns cinquanta anys).

DRET SUCCESSORI

Substitució vulgar. El Registrador no pot apreciar d'ofici la falta d'acceptació expressa de l'herència, en un supòsit en què el testador havia previst aquesta falta d'acceptació com a causa de la substitució vulgar

Resolució JUS/2217/2016, de 14 de setembre (DOGC de 10 d'octubre de 2016)

RESUM: Es planteja si ha d'operar la substitució vulgar en un supòsit en què el testador, mort el 1974, la va ordenar per als casos de premerència, incapacitat, repudiació o «*falta d'expressa acceptació*» de la instituïda hereva, la seva esposa, quan no consta que aquesta acceptés expressament l'herència després de sobreviure molts anys al causant. La mateixa hereva de la instituïda és qui atorga ara una escriptura en què «*reitera formalment l'acceptació expressa*» de l'herència del testador, que la instituïda va fer al seu dia però que no pot acreditar. El Registrador de la Propietat denega la inscripció per entendre que havia caducat el dret d'acceptar l'herència (per aplicació de l'art. 461-12.1 CCCat, en la redacció vigent, en el moment en què havien passat trenta anys des de la defunció del testador) i que ha d'operar substitució vulgar ordenada pel testador, atesa la falta d'acceptació expressa.

La DGDEJ revoca la nota de qualificació. En primer lloc, declara que la Llei aplicable a la successió és la CDCC, per estar vigent en el moment de l'obertura de la successió, i, supletòriament, el CC espanyol, integrat pels principis generals de Dret català procedents del Dret romà.

En segon lloc, interpreta la clàusula de la substitució vulgar prevista per al cas de falta d'acceptació expressa en el sentit que el testador desitjava «*evitar el dret de transmissió en el cas hipotètic que la instituïda en primer lloc no hagués pogut acceptar l'herència per haver mort molts pocs dies després que el causant*» (FD 2.7). Considera també que aquesta interpretació és la més conforme a la voluntat del testador, s'avé millor amb el to de les paraules utilitzades i amb el concepte de *substitució vulgar*, i és la més plausible, atès l'enorme lapsus de temps transcorregut entre la mort del testador i la de la seva vídua. Entre altres arguments, entén que «*la clàusula testamentària no podia pretendre excloure l'acceptació tàcita de l'herència, ja que la regulació dels requisits de l'acceptació de l'herència no és matèria disponible*»; el testador no pot endurir aquests requisits (FD 2.5). Interpretar el contrari, a més, seria com atribuir a l'acceptació expressa el caràcter d'una condició suspensiva, la qual cosa excedeix de la naturalesa de la substitució vulgar. Per acabar, *acceptació expressa* no equival a *acceptació formal*, ja que es pot fer en document privat, com permet l'art. 79 RH, o per actes positius i inequívocs que comportaran que, en realitzar-los, s'hagi pres el títol o la qualitat d'hereu (art. 99 CDCC).

En relació amb la caducitat pel transcurs del termini de trenta anys establert per l'art. 257 CDCC, «*sent un supòsit de caducitat d'una relació jurídica disponible, la caducitat no ha de ser tinguda en compte d'ofici, sinó que ha de ser al·legada per una persona legitimada, com avui es desprèn de l'art. 122-3.2 CCCat, i per això no pot apreciar-la d'ofici el Registrador, sinó que ha de ser al·legada per aquella part a qui interessi*» i declarada judicialment (citant a aquest respecte la STSJ de 28 de maig de 1990) (FD 2.4). De la mateixa manera, tampoc no correspon al Registrador, sinó al Jutge, en cas de litigi, dictaminar quins actes de la instituïda poden suposar una acceptació expressa i si aquesta realment ha tingut lloc. A més, l'hereva de la instituïda, com a successora en la seva personalitat (art. 108 CDCC), té la facultat d'aclarir si el seu causant va acceptar l'herència o no i, per tant, la de confirmar si el seu causant va exercir el *ius delationis*, amb la qual cosa compleix el requisit exigint per la Resolució de 6 de març de 2014 de l'acreditació de l'acceptació expressa de forma autèntica.

Acaba afirmant la DG que «*els drets subjectius —com el dret dels substituïts vulgars cridats en el testament— pertanyen a l'esfera privada de les persones i, si no s'exerceixen oportunament, el seu exercici no es pot imposar ni correspon al Registrador anar més enllà de la voluntat dels seus titulars [...]. En qualsevol cas, el procediment registral es mou dins dels límits absolutament determinats dels documents aportats al Registre i dels drets exercitats i no controvertits per cap persona. Qualsevol reclamació, impugnació, afirmació de falsedat de les declaracions contingudes en un instrument públic notarial que les persones que són part del negoci jurídic o que puguin tenir dret vulguin presentar ja no es podrà dirimir dins de l'àmbit del Registre, sinó que serà en l'àmbit judicial on es podrà establir el dret després d'haver plantejat la controvèrsia*» (FD 3.3).

COMENTARI: A parer meu, que coincideix amb el de la DG-DEJ, el Registrador s'excedeix en l'apreciació de l'existència del fet que produiria l'operativitat de la substitució vulgar: la falta d'acceptació expressa de l'herència. La simple circumstància que



l'acceptació no hagi accedit al Registre no significa que no hagi tingut lloc, ja que es pot fer inclús verbalment i no per això deixaria de ser expressa. En tot cas, el Registrador ha de procedir a la inscripció, sense que el fet que l'acte atorgat pugui resultar ineficax li atorgui un estatus diferent de qualsevol altre subjecte a múltiples causes d'impugnació (com un vici del consentiment). En el mateix sentit, vegeu la posterior RDGDEJ de 21 de novembre de 2016 i el seu comentari, en aquest mateix número.

Ineficàcia sobrevinguda d'institució d'hereu per crisi matrimonial. Es produeix *ope legis* i ha de ser apreciada d'ofici pel Registrador, si resulta dels documents presentats o dels assentaments del Registre. La no revocació de la disposició a favor del cònjuge no pot ser considerada com a reveladora de la voluntat del testador de mantenir la disposició malgrat la crisi matrimonial

Resolució JUS/2666/2016, de 21 de novembre (DOGC de 30 de novembre de 2016)

RESUM: El causant, mort el 2016, havia atorgat el seu únic testament el 1979, instituint hereva la seva esposa i ordenant una substitució preventiva de residu a favor dels futurs descendents del testador, i si no n'hi hagués, a favor d'un germà d'aquest. El causant i la seva esposa es van separar judicialment el 1987 i es van divorciar el 1992, però la instituïda hereva, declarant-se d'estat civil vídua, accepta l'herència el 2016. El germà del testador, abans d'inscriure's l'adjudicació hereditària a favor de la instituïda hereva, presenta al Registre de la Propietat una instància sol·licitant el canvi d'estat civil del causant, i adjunta un certificat del Registre Civil en què hi consten la separació i el divorci. A més, el divorci resulta d'una inscripció practicada al Registre que la Registradora de la Propietat qualificant portava accidentalment. La Registradora suspèn la inscripció de l'acceptació d'herència basant-se en l'art. 422-13.1, que declara la ineficàcia de les disposicions ordenades a favor del cònjuges si, després de ser atorgades, els cònjuges se separen de fet o judicialment, o es divorcien, o el matrimoni és declarat nul. La interessada recorre al·legant que el fet que el testador no revocqués el testament posa de manifest la seva voluntat de mantenir-ne l'eficàcia i que, en tot cas, la Registradora no pot apreciar-la d'ofici.

La DGDEJ confirma la nota de la Registradora. En primer lloc, declara aplicable l'art. 422-13.1 al supòsit de fet, ja que, malgrat haver-se atorgat el testament el 1979, la successió es regeix per la normativa vigent en el moment de la seva obertura, conforme a les disposicions transitòries de la Llei 10/2008. Amb una precisió important: l'art. 422-13.1 té la seva excepció en l'apt. 3r, quan del context del testament en resulti que el testador hauria realitzat la disposició a favor del cònjuge malgrat el divorci; no obstant això, aquest precepte només l'entén aplicable la DG als testaments posteriors a la vigència de la Llei 10/2008, ja que abans no existia aquesta causa d'ineficàcia, la qual cosa exclou la possibilitat que del context del testament en resulti el manteniment de la disposició. El testador «*ni sabia ni podia saber que, si es produïa aquesta crisi, aquesta circumstància determinaria la ineficàcia de les disposicions a favor del seu cònjuge, raó per la qual no es preocuparia tampoc d'exterioritzar una voluntat, deduïble del context del testament, a favor del manteniment de la disposició malgrat la crisi*» (FD 2.1). A més, tampoc es pot admetre l'argument de la recurrent de què el fet que el testador no revocqués la disposició després

del divorci sigui un indicatiu de la seva voluntat de mantenir-la, ja que, d'una banda, aquesta voluntat ha de resultar «*del context del testament*» i, de l'altra, «*d'una actuació purament d'omissió no es poden extreure conclusions relatives a la voluntat determinant de l'abstenció [...]. D'una abstenció o d'una omisió no es pot deduir cap voluntat, ja que poden obeir als motius més diversos, i això impedeix que l'abstenció o l'omissió siguin susceptibles de qualificar-se com a "concloents" o "inequívocues"*» (FD 2.2).

Per acabar, queda la qüestió de si la Registradora pot apreciar la ineficàcia de la disposició o si, per contra, es requereix una declaració judicial en aquest sentit. La DG assenyalava que la ineficàcia es produeix, en aquest supòsit, *ope legis* i de forma automàtica, en produir-se la crisi matrimonial, com dedueix que l'art. 132 CS, antecedent immediat de l'art. 442-13, a diferència d'aquest, disposava una presumpció de revocació. En canvi, el precepte actual imposa una afirmació d'ineficàcia (les disposicions «*esdevenen ineficaces*», diu). D'això se'n dedueix que el Registrador la pot aplicar d'ofici, sense que per això sigui obstacle la doctrina de la mateixa DG emanant de la Resolució de 5 de desembre de 2013, que la recurrent al·lega, «*ja que no és el mateix valorar conductes, la qual cosa certament no és competència del Registrador, que apreciar la producció de fets o circumstàncies fàctiques, que sí que ha de tenir en compte el Registrador, i encara més si la seva existència es desprèn dels documents presentats i dels mateixos assentaments del Registre que té al seu càrrec, ja que així ho exigeix l'exercici de la seva funció qualificadora, segons l'article 18.1 de la Llei Hipotecària*» (FD 1.2).

COMENTARI: A les resolucions de la DGDEJ publicades aquest any, ha estat un tema recurrent el de si el Registrador pot i/o ha d'apreciar la ineficàcia d'un dret inscrit o la caducitat d'un assentament. Evidentment, aquesta doctrina l'han de tenir en compte també els notaris en relació amb els negocis jurídics que autoritzin. A la Resolució 1851/2016, de 21 de juny, es tractava de la caducitat d'un dret de rabassa morta, resolta amb claredat a favor de la cancel·lació de l'assentament basant-se en les disposicions transitòries de la Llei 5/2006; a la Resolució 1852/2016, de 21 de juny, el mateix en relació amb un dret de cens; a la Resolució 2217/2016, de 14 de setembre, es resolvia que la caducitat del dret a acceptar l'herència no pot ser apreciada pel Registrador, per tractar-se d'un supòsit de caducitat d'una relació jurídica disponible, i a la Resolució de 25 d'octubre de 2016, que el Registrador no pot entrar a valorar la possible ineficàcia derivada d'un acte hipotèticament anul·lable. En la present, sí que ha d'apreciar, inclús d'ofici, la ineficàcia de la disposició successòria, quan a la Resolució de 5 de desembre de 2013 havia declarat que ni el Notari ni el Registrador podien aplicar d'ofici l'art. 442-13 (tot i que no es tractava del mateix supòsit de fet que el present, sinó el d'un testament atorgat a favor de l'esposa estant separats de fet els cònjuges). Tot i que hi ha supòsits que a la pràctica no plantegen problemes (com l'apreciació de la ineficàcia d'un testament quan n'hi ha un altre de posterior), sí que n'hi ha molts d'altres que poden plantejar dubtes (com ara la ineficàcia del testament en cas que el testador hagi tingut fills posteriorment al seu atorgament), com demostra la recurrència de resolucions sobre la qüestió, que faria convenient la fixació d'una doctrina general en relació amb aquesta.

D'altra banda, en relació amb els mitjans de què pot servir-se el Registrador per basar la nota de qualificació, s'ha de tenir en compte que, conforme a l'art. 18 LH, els registradors qualificaran la validesa dels actes dispositius continguts a les escriptures públiques, pel que



Resolucions

resulti d'aquestes (és a dir, del mateix títol objecte de qualificació, segons reiterada doctrina de la DGRN) i dels assentaments del Registre. En aquest cas, es dona la circumstància que el fet que ocasiona la ineficàcia de la disposició successòria resulta d'un certificat del Registre Civil que s'adjunta a una instància no inscrita (i, a parer meu, difícilment inscrivible, però que, en tot cas, no és el mateix document que es qualifica) i dels assentaments d'un Registre que no és el mateix en què s'ha presentat el títol per a la seva inscripció, tot i que sigui portat accidentalment per la mateixa Registradora. És dubtós que aquests mitjans entrin dins l'estricta àmbit de l'art. 18 LH, encara que sigui de justícia que en el present supòsit l'actuació maliciosa de la interessada no prosperi.

PARELLA ESTABLE

L'adjudicació a un dels membres d'un immoble de propietat exclusiva de l'altre, feta en el conveni de cessament de la convivència, requereix que porti causa de la situació econòmica derivada de la convivència

Resolució JUS/1853/2016, de 21 de juny (DOGC de 2 d'agost de 2016)

RESUM: Es planteja si és inscrivible una sentència que aprova la proposta del que es denomina *conveni de liquidació del règim econòmic d'una parella estable*, en què s'adjudica a un dels membres de la parella un immoble que és propietat exclusiva de l'altre.

El Registrador basa la seva nota de qualificació negativa en la consideració que aquesta adjudicació és aliena al procediment de liquidació de la situació econòmica establerta durant la convivència de la parella i que ha de ser objecte d'un negoci jurídic independent, sense que, a més, estigui causalitzada per la mateixa extinció de la convivència, com podria succeir en els casos —entre altres— d'atribució en virtut de compensació econòmica per raó del treball o de prestació alimentària.

En el recurs s'aporta un altre conveni, homologat judicialment, en què es reconeixia que el preu pel qual es va adquirir l'immoble en qüestió havia estat pagat amb diners propietat de tots dos, que no és tingut en compte per la DGDEJ, en no haver estat aportat per a la seva qualificació. També s'al·lega que, durant la convivència en parella, «*van mantenir les relacions pròpies d'un matrimoni amb societat de guanys*», consideració que tampoc és acceptada per la DG, ja que, en no existir matrimoni, no es pot aplicar el règim de societat de guanys, i «*fins i tot portant l'equiparació entre la parella matrimonial i la no matrimonial a l'extrem de fer aplicables a la segona les regles del règim econòmic pròpies de la primera*», a Catalunya el règim legal supletori és el de separació de béns. Dit sense embuts, en una relació de parella estable, no existeix cap règim econòmic específic derivat d'aquesta situació.

La qüestió central és si per conveni regulador del cessament de la convivència es pot adjudicar a un dels membres de la parella un immoble que és propietat exclusiva de l'altre. La DG confirma també la nota del Registrador en aquest punt: «*L'adjudicació d'un immoble —que, en qualsevol cas, no té la consideració d'habitatge familiar— privatiu d'un dels membres de la parella a l'altre, sense que existeixi cap causa —per exemple, atribució en virtut de compensació econòmica per raó de treball o de prestació alimentària— que la justifiqui, constitueix una transmissió aliena al procediment de liquidació de la situació econòmica establerta durant la convivència i aliena també al procediment de divisió de béns*

comuns, i ha de ser objecte d'un negoci dispositiu independent, en què concorrin tots els elements i tots els requisits necessaris per a la seva validesa i eficàcia» (FD 3.2).

COMENTARI: En el negoci jurídic en qüestió, ens trobaríem davant d'una falta de causa a la qual seria aplicable l'art. 1275 CC, que el sanciona amb la ineficàcia. En no poder tenir en compte el document no presentat davant del Registrador per a la seva qualificació, es desconeix si el negoci és gratuït o oneros i, en aquest darrer cas, la contraprestació de l'altra part. Malgrat que l'art. 1277 disposi que, encara que la causa no s'expressi en el contracte, es presumeix que existeix i és lícita mentre el deutor no demostrï el contrari, el cert és que és doctrina consolidada de la DGRN que per a la inscripció de qualsevol títol translatiu es requereix que aparegui manifestament la causa onerosa o gratuïta que el determini, ja que és l'únic mitjà per tal que el Registrador, en qualificar, tingui en compte els requisits de capacitat i forma que exigeix la Llei (resolucions de 15 de març de 1999, de 20 de febrer de 2003 i de 10 de març de 2004, entre les més recents).

PODER PREVENTIU

El contracte formalitzat per l'apoderat sense autorització judicial quan el poderdant l'ha exclòs amb caràcter general en el poder preventiu és inscrivible al Registre de la Propietat

Resolució JUS/2614/2016, de 25 d'octubre (DOGC de 28 de novembre de 2016)

RESUM: S'atorga una escriptura de cessió en pagament de deutes en què el cedent està representat pels seus dos fills en virtut d'un poder preventiu en què es fixava la seva eficàcia des del seu atorgament i s'excloïa expressament l'autorització judicial per a tots els actes transcrits, entre els quals queda inclòs el contracte formalitzat.

El Registrador de la Propietat suspèn la inscripció de la cessió per entendre que dels art. 222-2 i 222-46.2 CCCat en resulta que els actes de l'apoderat realitzats sense autorització judicial són anul·lables a instància del tutor després que s'hagi constituït la tutela, a instància del poderdant o a instància dels seus hereus, segons els casos. A més, considera que «*el caràcter "definitiu" dels "pronunciaments derivats de la inscripció" impedeix la inscripció dels actes anul·lables i que la possible anul·lació de l'acte d'inscripció de la propietat a favor del Banc suposaria que renaixessin les hipoteques*» (les cometes altes figuren a la resolució).

La Notària autoritzant interposa recurs governatiu i la DGDEJ l'estima i revoca la nota de qualificació. Els fonaments de Dret es basen, d'una banda, en el principi de llibertat civil, que empara la facultat de les persones d'autoregular els seus interessos particulars i que té la seva manifestació, entre d'altres, en la potestat de realitzar determinats actes per configurar la pròpia tutela o la pròpia incapacitat, com és el cas dels poders preventius. D'altra banda, considera clar, d'acord amb l'art. 222-44.3, que, en aquest tipus de poders, el poderdant, en ús d'aquesta llibertat, pot excloure la necessitat d'autorització judicial per als actes inclosos en l'àmbit del poder. Afegeix la DG que «*la norma de l'art. 222-46.2 [anul·labilitat de l'acte realitzat per l'apoderat sense autorització judicial] és una norma general, mentre que la de l'art. 222-44.2 [suposo que es refereix a l'art. 222-44.3, que faculta el poderdant per excloure l'autorització judicial] és especial i, si es dona el cas per al*



qual s'ha previst, ha de prevaler la norma especial. Entre l'autorització concreta establerta clarament pel particular interessat i l'autorització abstracta posada a mans del Jutge per la Llei, en aquest cas, per disposició de la Llei, preval l'autorització particular» (FD 2.3). Per tant, si l'acte no requereix l'autorització judicial, no serà anul·lable per aquesta raó. Finalment, admet que accedeixin al Registre de la Propietat actes que puguin resultar ineficaços, ja que mai no es pot descartar un vici del consentiment o una rescissió per lesió, però la funció qualificadora del Registrador no pot justificar un judici de valor sobre una hipotètica causa d'anul·labilitat que no es desprèn de la dicció clara i literal de la Llei.

COMENTARI: La redacció de l'art. 222-46 presta a confusió. L'art. 222-46.1 disposa que els actes realitzats pel «tutor» o per l'«administrador patrimonial, sense autorització judicial, quan sigui necessària», són anul·lables a instància del nou tutor o, si de cas hi manca, de les persones legalment obligades a constituir la tutela i del mateix tutelat o els seus hereus. En canvi, a l'apt. 2n, diu que els actes celebrats per l'«apoderat preventiu, sense autorització judicial», són anul·lables a instància del tutor o del poderdant o dels seus hereus. Salta a la vista que a l'apt. 2n hi falta la precisió «quan sigui necessària» (l'autorització judicial), la qual cosa podria portar a la conclusió, per comparació amb l'apt. 1r, que els actes realitzats per l'apoderat sempre són anul·lables, encara que no sigui necessària l'autorització judicial (que, segons sembla, és el que interpreta el Registrador de la Propietat). Aquesta diferència podria haver dut al legislador a regular el règim aplicable al tutor i a l'apoderat en dos apartats diferents. Aquest règim diferenciat entre tutor i apoderat podria tenir un fonament en què l'actuació del tutor està subjecta al control judicial, encara que es tracti d'un acte que es pugui realitzar sense l'autorització del Jutge, mentre que l'actuació de l'apoderat, especialment si la tutela no està constituïda, com serà en la majoria dels casos, escapa a aquest control i podria perjudicar greument el poderdant.

No obstant això, dubto que sigui aquesta la intenció del legislador, bàsicament perquè si hagués volgut que els actes realitzats per l'apoderat sense autorització judicial, malgrat no ser necessària, poguessin ser anul·lats en cas que fossin perjudicials per al poderdant, ho hauria establert clarament. Díficilment es pot sostenir que l'ordenament jurídic sancioni amb la nul·litat actes que compleixen tots els requisits de validesa. També es pot al·legar que l'art. 222-46 diferencia entre els supòsits del tutor (apt. 1r) i els de l'apoderat preventiu (apt. 2n), no perquè la causa de l'anul·labilitat sigui diferent, sinó perquè el que varien són les persones que poden exercitar l'acció. Per tant, entenc que l'apt. 2n de l'art. 222-46 és aplicable en cas que l'acte s'hagi atorgat sense autorització judicial, només quan aquesta fos necessària, i que aquest precepte no ha d'impedir la inscripció de l'acte al Registre de la Propietat.

PROPIETAT HORITZONTAL

Vinculació ob rem. S'admet la vinculació ob rem entre un element privatiu d'una propietat horitzontal i un element comú d'ús privatiu d'aquest departament per preservar la legalitat urbanística

Resolució JUS/1857/2016, de 21 de juny (DOGC de 2 d'agost de 2016)

RESUM: Es presenta al Registre de la Propietat una instància per la qual es demana la vinculació ob rem de dues finques, requi-

sit exigit per la normativa urbanística (en concret, pel Pla Director Urbanístic de les construccions agrícoles tradicionals de les Terres de l'Ebre, d'ara endavant PDU) per construir una d'aquestes construccions, denominada *maset*, en una d'aquestes finques. El problema, posat de manifest pel Registrador de la Propietat, radica en què totes dues finques, encara que són dues parcel·les cadastrals diferents, formen part d'una única finca registral, si bé dividida en règim de propietat horitzontal, i es pretén la vinculació entre un habitatge que és element privatiu i el terreny, que és element comú d'ús privatiu d'aquest habitatge. També al·lega que el PDU exigeix que el sol·licitant tingui el seu domicili habitual dins de l'àmbit del PDU o municipis limítrofs, quan de la instància en resulta que no és així.

La DGDEJ estima el recurs i revoca la nota, i afirma que «malgrat l'aparent duplictat i superposició de vinculacions, hi ha raons d'utilitat jurídica que han de permetre la vinculació sol·licitada, i això encara que sigui entre l'element privatiu i l'element comú d'ús i gaudi exclusiu d'aquest element privatiu. En els mateixos termes hauríem de concloure que és possible la vinculació ob rem d'una parcel·la cadastral a una altra, malgrat estar integrades en una sola finca registral, de manera que hauria de permetre a l'Administració més control sobre hipotètiques segregacions futures» (FD 3.4). La utilitat jurídica referida consisteix, segons la DG, en què, amb la vinculació, l'Administració garanteix que podrà preservar la legalitat urbanística en el cas hipotètic que, un cop obtinguda la llicència i construït el nou *maset*, la comunitat de propietaris alterés el règim dels elements comuns. Afegeix la DG que aquest negoci jurídic de vinculació, per la seva transcendència en relació amb les facultats de disposició del propietari i per la seva eficàcia davant de tercers, hauria de constar en document públic en què es determinés clarament les finques registrals a les quals es circumscriu la vinculació, sense que sembli suficient ressenyar les finques cadastrals; no obstant això, no pren en consideració aquestes qüestions, en no haver estat plantejades a la nota de qualificació.

Finalment, pel que fa al domicili de l'interessat, considera que no és rellevant, ja que, en tractar-se d'una llicència urbanística, tots els requisits són de naturalesa real, i és competència de l'Administració —i no del Registrador— la comprovació del seu compliment en concedir o denegar la llicència, segons es donin o no les condicions establertes al PDU.

COMENTARI: La DGDEJ ha tingut ocasió de tractar les vinculacions ob rem en altres dues ocasions. En la Resolució de 22 de juliol de 2010 va resoldre, en la línia de la precisió que indica la que comentem, que una instància privada no és títol adequat per procedir a la vinculació, que és un acte que té efectes semblants al d'una agrupació de finques, per la qual cosa s'ha de formalitzar en escriptura pública en què es descriguin adequadament les finques, amb les seves dades registrals i amb el contingut previst pel pla urbanístic. En aquesta resolució, rebaixa els requisits materials, ja que no considera necessari que les finques vinculades siguin finques registrals independents, i n'hi ha prou amb què siguin parcel·les cadastrals diferents i que siguin identificades amb les seves dades cadastrals. Possiblement no es pugui estendre aquesta conclusió amb caràcter general, sinó únicament quan la vinculació ob rem vingui exigida per la legislació urbanística.

A la més recent Resolució de 2 de juliol de 2014, es vinculaven dos elements privatis integrants de dos edificis diferents constituïts en règim de propietat horitzontal. La DG va resoldre que no era necessari el consentiment de les respectives comunitats, ja



Resolucions

que no s'estava davant d'una modificació del títol constitutiu, sinó davant d'una limitació de les facultats dispositives del propietari d'aquests que no afectava la comunitat. *A contrario sensu*, cal preguntar-se si en el cas objecte de la present resolució seria exigible el consentiment de la comunitat, ja que un dels elements vinculats és un element comú, o si, inclús tractant-se d'un únic propietari, com sembla ser, s'hauria d'exigir almenys la modificació del títol constitutiu de la comunitat, per donar compliment a l'art. 553-9.1, lletra b) CCCat, que exigeix que en el títol constitutiu hi constin les vinculacions entre elements de la comunitat.

La Junta de Propietaris pot acordar la meritació d'un recàrrec i d'interessos sobre les quotes impagades

Resolució JUS/2216/2016, de 14 de setembre (DOGC de 10 d'octubre de 2016)

RESUM: La Junta de Propietaris, amb el vot favorable de tots els assistents i sense cap oposició per part dels absents en el termini legal, acorda la meritació d'un recàrrec i d'interessos de demora al tipus del 10% anual sobre les quotes de la comunitat impagades. Presentada l'escriptura de modificació d'estatuts al Registre de la Propietat, la Registradora denega la inscripció, al·legant que aquest acord queda fora dels límits legals i que l'obligació de pagament no es pot alterar amb efectes davant de tercers fora dels límits que la mateixa llei determina.

La DGDEJ estima el recurs i revoca la nota de qualificació de la Registradora. Per a això es basa en el principi de llibertat civil de l'art. 111-6 i en l'absència d'alguna norma imperativa que prohibeixi que la Junta pugui prendre aquest acord. A més, l'art. 553-4.4 disposa que els crèdits de la comunitat davant dels propietaris meritin interessos des del moment en què s'ha de fer efectiu el pagament, i l'art. 553-11.1, lletra c), que els estats poden contenir regles sobre el compliment de les obligacions. Addicionalment, argumenta la DG que: 1) el recàrrec no recau sobre la quota, sinó sobre el deute; 2) no són estranyes al nostre ordenament jurídic les figures de la clàusula penal ni dels interessos de demora; 3) determinar si la penalització és excessivament costosa per al propietari no correspon al Registrador, sinó als tribunals, i 4) tampoc crea indefensió als propietaris, ja que tots han acceptat la seva inclusió als estatuts.

COMENTARI: De l'exposició de fets de la resolució, sembla que un dels arguments principals que al·lega la Registradora per no admetre el pacte estatutari que examinem és el derivat de l'afecció real que estableix l'art. 553-5.1 dels elements privatis en relació amb els imports que deguin els propietaris per raó de les despeses comunes i el fons de reserva. D'alguna manera, excediria la previsió legal la interpretació de què aquesta afecció real es pogués estendre a supòsits diferents dels legalment previstos per afectar tercers; en particular, la Registradora al·lega que «*vista la naturalesa de la quota de participació com a manifestació del dret de propietaris dels art. 552-1, 553-3 i 553-4, no resulta que l'obligació real esmentada es pugui alterar amb efectes reals, davant de tercers, fora dels límits que la mateixa llei determina*». No obstant això, com molt bé assenyalava la DG, la clàusula penal i els interessos de demora acordats no recauen sobre la quota, sinó sobre el deute, mentre que els preceptes esmentats per la Registradora fan referència només a la quota; en canvi, l'art. 553-5 estableix l'afecció real no sobre les quotes, sinó sobre els imports que deuen els titulars per raó de despeses comunes, ordinàries i extraordinàries, sense especificar-ne l'origen: si la Junta pot acordar una despesa extraordinària l'im-

pagament de la qual generi un deute que produeixi l'afecció real de l'element privatiu, no hi ha raó perquè aquesta conseqüència no es pugui derivar d'un recàrrec per falta de pagament de les quotes. En tot cas, ni dels preceptes esmentats per la Registradora ni de l'art. 553-5 en resulta cap limitació per a l'adopció d'acords com el que examina aquesta resolució.

És suficient la majoria simple per adoptar un acord simplement ratificador d'un altre anterior, vàlidament adoptat, encara que aquest requereixi una majoria qualificada i malgrat que alguns propietaris que van votar a favor del primer acord canviessin el seu sentit de vot en el segon

Resolució JUS/2448/2016, de 25 d'octubre (DOGC de 10 d'octubre de 2016)

RESUM: La junta general extraordinària de propietaris va prendre, el 17 de març de 2015, l'acord de prohibir les activitats de tipus turístic en els elements privatis. L'acord va ser pres per unanimitat dels propietaris presents i sense oposició dels absents. Posteriorment a l'elevació a públic d'aquest acord, s'expedeix un segon certificat de la comunitat, de data 25 de maig de 2016, en què, a fi d'esmenar l'anterior certificat, figura la llista de propietaris que van assistir a aquesta junta i en què consta la celebració d'una segona junta general extraordinària, l'1 de març de 2016, en què es va ratificar l'acord de 17 de març de 2015, encara que aquesta vegada amb el vot en contra d'un propietari i l'abstenció d'un altre (tots dos havien estat presents i havien votat a favor de l'acord en la primera junta), i sense l'oposició dels propietaris absents.

Un cop presentats al Registre de la Propietat còpia autèntica de l'escriptura esmentada i el certificat de 25 de maig de 2016 amb les signatures legitimades, la Registradora suspèn la inscripció per faltar el consentiment del propietari que s'ha oposat a l'acord, sobre la base que les limitacions de les facultats dominicals s'han d'interpretar restrictivament a nombroses sentències del TSJC i del TS i resolucions de la DGDEJ i de la DGRN, i en què ha de prevaler el consentiment exprés exigít per l'art. 553-25.4 CCCat davant del sistema de majoria presumpta de l'art. 553-26.2. A l'informe al·lega que, encara que s'apliqués l'art. 553-25.4 en la seva nova redacció després de la Llei 15/2015, de 13 de maig, s'ha d'interpretar en el sentit que el consentiment dels propietaris afectats s'ha d'exigir no només en els acords que limitin les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns, sinó també en els que ho facin sobre els elements privatis. Entén també vulnerat l'art. 20 LH, que estableix el principi de tracte successiu, que obliga a la intervenció del titular registral en qualsevol acte o negoci jurídic que afecti els drets que ostenta sobre la finca.

La DGDEJ estima el recurs presentat per la comunitat de propietaris i revoca la nota de qualificació. Després de rebutjar la cita d'interpretacions del TS i de la DGRN relatives a una normativa, la Llei de Propietat Horitzontal espanyola de 21 de juliol de 1960, l'aplicació de la qual cedeix davant de la del CCCat i de la dels principis que l'informen, entra a analitzar si la nova redacció de l'art. 553-25.4 és aplicable al cas que ens ocupa. La conclusió és que sí que és aplicable en relació amb la segona junta, celebrada després de l'entrada en vigor de la Llei 15/2015, però no amb la primera, celebrada abans, amb la precisió que la Llei aplicable és la vigent en el moment d'adopció de l'acord, que ha de coincidir amb el final del termini de què disposen els propietaris absents per oposar-s'hi, és a dir, un mes des de la notificació dels acords presos pels propietaris presents o representats a la junta (art. 553-26.3).



A continuació, es planteja la virtualitat de l'acord adoptat per la segona junta. La DG entén que «aquest acord de ratificació, en si, ve a ser una renovació de la voluntat col·lectiva de complir l'acord anterior i no és un nou acord sobre la mateixa matèria, ja que aquest suposat nou acord exigiria requisits de convocatòria i d'elevació a públic que, en el nostre cas, no s'haurien complert. Per tant, el quòrum de ratificació de l'acord és el de l'article 553-25.2, en la redacció vigent a la data de la segona reunió: la majoria simple dels propietaris que representi la majoria simple de les seves quotes de participació, amb la condició que aquesta ratificació no afegeix ni modifica res de l'acord anteriorment adoptat» (FD 2.4). I, sobre el canvi de criteri dels propietaris que en el segon acord van votar en contra o es van abstenir, quan en el primer havien votat a favor, la DG assenyala que no es pot fer valer aquest canvi de criteri per anar contra el principi de l'art. 111-8 (doctrina dels actes propis), «atès que, a l'anterior junta, el seu anterior criteri va contribuir a formar la voluntat col·lectiva de modificar els estatuts per introduir la limitació d'ús relativa a allotjaments turístics. I, formada la voluntat col·lectiva a través de l'adopció del corresponent acord, només un segon acord modificatiu de l'anterior, adoptat en forma, podria deixar-lo sense efecte» (FD 2.4). I és en la formació d'aquesta voluntat a la junta quan s'han de ponderar els diferents interessos en joc i, en particular, el just equilibri entre el principi de vinculació dels propietaris dels elements privatis a les normes estatutàries que prohibeixen determinades activitats i la vocació de l'exercici del dret de propietat amb el màxim abast possible, emmarcat en un context del seu exercici amb una funció social. Aquestes circumstàncies de fet escapen a la qualificació de la Registradora i la seva hipotètica lesió als interessos particulars només és apreciable en seu judicial.

Per tant, fixada la voluntat col·lectiva a la primera junta, la de 15 de març de 2015, i havent-se pres l'acord pel 100% del coeficient de propietat, es compleixen els requisits de l'art. 553-25.4 en la redacció anterior a la Llei 5/2015, sense necessitat d'aplicar la nova norma, que no és aplicable per ser posterior a la data d'adopció del primer acord.

COMENTARI: En un nou episodi del reiterat tema de la prohibició d'usos turístics per part de la Junta de Propietaris, l'especificitat del supòsit el priva de l'interès general que suscitaria, per exemple, el cas de la limitació d'usos turístics en elements privatis amb un acord adoptat després de la reforma de l'art. 553-25.4. La Registradora de la Propietat ja apunta en el seu informe que, a parer seu, el nou precepte no altera el règim anterior sobre la qüestió (és a dir, es requereix inexcusablement el consentiment del propietari o propietaris afectats), punt de vista que no comparteixo, com ja he exposat en una altra ocasió (vegeu *RJC*, núm. 1/2016, p. 231). Però la DG no entra en la qüestió, ja que l'acord que fa valer va ser adoptat abans de la reforma. No obstant això, si el de la Registradora no és un criteri aïllat, tindrem ocasió d'assistir al debat sobre un tema que crec que és de gran interès.

A part d'això, la resolució aplica la doctrina dels actes propis al canvi de sentit del vot entre dues votacions sobre la mateixa qüestió i el requisit de majoria simple per a l'acord simplement ratificatori d'un altre d'anterior, tot això de forma encertada, a parer meu. Possiblement, reforçaria aquest últim criteri amb l'aplicació als acords simplement ratificatoris de la lletra f) de l'art. 553-25.2, que exigeix només la majoria simple dels propietaris i de les quotes per als acords que no tinguin fixada una majoria diferent per adoptar-los.

SERVITUD

Renúncia a un dret real de servitud. La renúncia al dret de servitud es pot realitzar de forma unilateral pel propietari del predi dominant, sense necessitat del consentiment del propietari del predi servent

Resolució JUS/3150/2015, de 17 de desembre (DOGC 14 de març de 2016)

RESUM: El juliol de 2015 s'atorga una escriptura de renúncia unilateral a un dret de servitud, efectuada pels propietaris dels predis dominants. La servitud consistia en l'ús d'una zona comunitària d'un edifici constituït en règim de propietat horitzontal. Segons sembla, en el títol constituït d'aquesta, es preveia que aquest edifici formaria part d'un conjunt residencial en què s'integrarien habitatges d'altres edificis per construir, però, en no estar constituïda la propietat horitzontal complexa, es va constituir una servitud a favor dels propietaris d'habitatges d'aquests edificis futurs, que es van constituir com a propietaris horitzontals simples i independents els uns dels altres. Els renunciants són alguns dels propietaris d'habitatges d'aquests edificis i notifiquen la renúncia a l'Administradora de la comunitat de propietaris sobre el predi servent.

El Registrador de la Propietat suspèn la inscripció per falta de l'acord de la Junta de Propietaris acceptant la renúncia, ja que l'extinció d'aquesta servitud comporta un augment per a la comunitat de les despeses de manteniment i conservació. En el seu informe, el Registrador afegeix que la renúncia comporta una modificació unilateral del títol de constitució de la propietat horitzontal, ja que «la servitud s'exerceix sobre una zona comunitària de l'edifici predi servent i que consta en la divisió horitzontal de l'edifici predi servent i en la de l'edifici del predi dominant que les despeses de la piscina i zona d'insolació s'han de satisfer per tots els propietaris, sense que el fet que no s'hagi completat la totalitat dels habitatges previstos, ni s'hagi aprovat el reglament a què feia referència la constitució de servitud, ni s'hagi adaptat la normativa urbanística per fer-ho sigui motiu per a la modificació». La DG aclareix (RH V) que, tant registralment com urbanísticament i físicament, es tracta de finques separades i independents.

La DGDEJ estima el recurs presentat pels interessats. Després d'examinar diverses qüestions formals a propòsit de la tramitació de l'expedient —el Registrador no havia donat trasllat del recurs al Notari autoritzant i va incloure a l'informe arguments que no havia manifestat a la nota de qualificació—, considera admissible la renúncia unilateral com a causa d'extinció del dret real de servitud, basant-se en l'art. 532-4 CCCat —per remissió de l'art. 566-11.1—, que regula la renúncia dels titulars com a causa general d'extinció dels drets reals, sempre que sigui «unilateral i espontània, és a dir, no és renúncia la translativa, que no extingeix el dret, ni la bilateral, que cal reconduir a altres figures jurídiques, com pot ser el cas de la redempció. La renúncia és un negoci de disposició, però no necessita, a priori, ni el coneixement ni el consentiment d'altres persones, ni tan sols de les que puguin resultar afavorides» (FD 2.1). A la Resolució JUS/975/2015, de 21 d'abril, ja va afirmar que la renúncia als drets reals d'usdefruit o servitud és inscrivible sense necessitat del consentiment del titular del domini. En el cas que ens ocupa, el dret d'ús s'instrumentalitza a través de la constitució d'una servitud, i no a través d'una norma de comunitat: «Hem de concloure que, en el cas present, no ens trobem davant



Resolucions

d'un supòsit en què una persona, propietària d'un element privatiu d'una propietat horitzontal, renuncia a utilitzar unes instal·lacions o serveis comuns per no satisfer les despeses [...], [sinó] davant del supòsit en què unes persones, propietàries d'uns habitatges que són predis dominants en una servitud que grava un predi servent, renuncien unilateralment al seu dret de servitud» (FD 3.6).

COMENTARI: Un cop determinat en el present supòsit el fet que l'objecte de la renúncia no és un dret d'ús dimanant del règim de propietat horitzontal, sinó del dret real de servitud, el que interessa destacar d'aquesta resolució és la no necessitat del consentiment dels propietaris del predi servent perquè sigui inscrivible la renúncia unilateral i gratuïta dels propietaris dels predis dominants. A la recent RDGDEJ de 21 d'abril de 2015, ja esmentada, en un supòsit de renúncia a un dret d'aprofitament per torns, va exigir el consentiment dels copropietaris a qui legalment acreixeria la quota, però no per inscriure la renúncia, sinó per inscriure aquest acreixement, sobre la base dels principis de rogació registral i del fet que ningú no pot ser obligat a adquirir un dret contra la seva voluntat, especialment quan aquesta adquisició el pugui perjudicar per suposar un increment de les despeses i els tributs que ha de satisfer a l'adquirent. En el cas dels drets reals limitatius del domini, per contra i per definició, el beneficiari de la renúncia unilateral no adquireix cap dret, de manera que, encara que li pugui reportar un perjudici, aquest queda compensat amb el benefici que li suposa la renúncia i, en qualsevol cas, no s'ha de practicar cap inscripció a favor seu. Requerir els seus consentiments equivaldria a privar d'eficàcia la renúncia unilateral i espontània, recollida com a causa d'extinció dels drets reals a l'art. 532-4.1.

HABITATGE FAMILIAR

Atribució de l'ús de l'habitatge familiar. La inscripció de l'atribució de l'ús d'habitatge familiar als fills menors i a un dels progenitors requereix la fixació de forma clara d'un termini màxim de durada

Resolució JUS/1856/2016, de 21 de juny (DOGC de 2 d'agost de 2016)

RESUM: Es presenta per a la seva inscripció una sentència dictada en un procediment de guarda i custòdia en què s'atribueix

l'ús de l'habitatge familiar als fills menors i a la mare, sense especificar el termini d'aquest dret, ni vincular-se a la minoria d'edat dels fills. El Registrador de la Propietat considera que això infringeix l'art. 233-20 CCCat i el principi d'especialitat, que exigeix la determinació dels drets que pretenen accedir al Registre de la Propietat. La recurrent entén que dels termes de la sentència se sobreentén que la durada del dret d'ús és per tot el temps que duri la guarda de la mare sobre els menors d'edat, segons en resulta de l'expressió «sota la custòdia de la qual queden».

La DGDEJ confirma la nota de qualificació, ja que considera que aquesta expressió no és suficient i no equival a «mentre duri la custòdia». I afegeix: «En qualsevol cas, la data d'extinció o el termini de durada del dret d'ús de l'habitatge ha de resultar de forma clara, encara que sigui a través de la utilització d'uns termes que permetin l'aplicació mecànica del termini legal, i no pot ser objecte d'una interpretació d'un redactat poc clar» (FD 1.5). Quant a l'aplicació del principi d'especialitat, declara que «el fet que sigui un dret de caràcter familiar no ha de servir de base per a cap excepció, perquè del que es tracta és que aquest dret a utilitzar un immoble per habitar-lo pugui tenir eficàcia no davant dels cònjuges, sinó davant de terceres persones que no han estat part en el procés matrimonial» (FD 2.2).

COMENTARI: En el present supòsit es planteja únicament una qüestió d'interpretació de la sentència, ja que totes dues parts admeten que el dret d'ús de l'habitatge, sigui quina sigui la seva naturalesa jurídica, no pot tenir caràcter indefinit. L'art. 233-20 CCCat exigeix clarament que s'expressi la durada del dret d'ús en els casos dels apt. 3r i 4t («S'ha de fer amb caràcter temporal», diu l'apt. 5è). En canvi, la norma aplicada a aquest supòsit és el de l'apt. 2n: «Si no existeix acord o si aquest no és aprovat, l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar, preferentment, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills menors mentre duri aquesta». A la sentència comentada no es conté aquesta última expressió, tot i que la part recurrent entén que la durada queda determinada pel sol fet que el Jutge atribueixi l'ús de l'habitatge familiar al progenitor que tingui la guarda dels fills menors i pel termini de durada de la minoria d'edat, interpretació que tampoc seria descabellada i que no posa en dubte l'aplicació del principi d'especialitat.

Recensió bibliogràfica

Per David López Jiménez

Doctor (amb menció europea) per la Universitat de Sevilla

Doctor per la Universitat Rey Juan Carlos

Acreditat a Professor Titular d'Universitat

"Derecho Privado Romano"

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

Ed. Iustel, 9a ed., Madrid, 2016, 605 p.

Durant el segle XX hem estat testimonis d'una destacada producció literària en l'àmbit del Dret Privat romà. En aquest sentit, i pel que fa a l'àmbit universitari espanyol, podríem esmentar, juntament amb la que es ressenya aquí, sense ànim esgotador, les obres d'Arias Ramos-Arias Bonet, D'Ors, Fuenteseca, García Garrido, Iglesias, Miquel, Torrent o Valiño. Tots, no hi ha dubte, han estat d'utilitat, tant en matèria docent com de recerca, redundant, en última instància i de manera decisiva, en tota la comunitat acadèmica i, per tant, en l'alumne. Cadascun dels textos assenyalats aporta visions, metodologies i continguts plurals i enriquidors, que suposen un progrés en el coneixement del Dret Privat i, amb això, de l'àmbit jurídic en un sentit ampli.

Amb caràcter general, les obres referides permeten que l'estudiant de primer any de Llicenciatura (modernament anomenada Grau) assimili els conceptes i les categories essencials del Dret que, sens dubte, son al Dret romà, i prengui, alhora, un primer contacte amb les Ciències Jurídiques, que, a diferència d'altres branques del saber (Física, Química, Matemàtiques o Història), no tenen un espai propi als estudis previs a l'ingrés a la Universitat, per la qual cosa es fa imprescindible un aprenentatge d'aquests conceptes i categories jurídiques essencials.

Cal cridar l'atenció respecte al fet que l'entrada en vigor del denominat Pla Bolonya no ha estat, al meu parer, afortunada ni per a la formació del futur Jurista (per la reducció desmesurada dels plans d'estudis i, amb això, cal dir-ho, del seu bagatge jurídic), ni pels perniciosos efectes que comporta respecte d'algunes assignatures. Aquest és el cas del Dret romà, ja que es disminueix de manera sensible el nombre d'hores (per a un examen dels plans d'estudis jurídics en èpoques pretèrites fins a avui, cal recórrer 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 aquesta línia, s'ha arribat a parlar de la crisi del Dret romà (com s'han fet altres manifestacions igualment criticables), la qual cosa ha de vincular-se, en gran part, amb l'etapa codificadora, que és quan la disciplina romanista desapareix com a Dret susceptible d'aplicació, passant a ser una reputada as-





Bibliografia

signatura històrica. No hi ha dubte que, en efecte, el Dret romà està indefectiblement vinculat a la història, però aquesta obvietat no ha de servir de fonament per negar les estretes relacions que manté amb el Dret Privat actual, al qual segueix prestant la seva base dogmàtica i, per tant, el seu estudi encara segueix representant un notable benefici (així, entre d'altres, Antonio Fernández de Buján, «Clasicidad y utilidad de los estudios de Derecho romano», a *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 1987). Potser, per mitigar aquests efectes nocius, es podria recórrer a implementar una assignatura (als plans d'estudis de Grau) relativa als fonaments del Dret europeu, per a l'explicació del qual caldria conèixer, amb caràcter previ, l'ordenament jurídic romà.

El manual del Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján, dedicat al seu germà Federico (que, convé destacar, és un reconegut romanista de la UNED), s'erigeix en una obra d'absoluta referència per diversos motius que exposarem tot seguit de manera succinta. Abans, esbossarem, de manera breu, la seva àmplia i fecunda biografia, per prendre consciència de la rellevància de l'autor.

És Catedràtic de la Universitat Autònoma de Madrid i autor de més de 250 articles científics i 20 llibres, la qual cosa, prenent com a base aquesta trajectòria investigadora, li ha suposat el reconeixement de sis sexennis de recerca (el màxim possible). Igualment, és Director de la *Revista General de Derecho Romano*, editada per lustel –indexada, entre altres bases de dades, a Latindex, Carhus (grup B) i Circ (amb valor superior a D)–, i de la col·lecció de monografies de Dret romà de l'editorial Dykinson. També és, entre d'altres molts mèrits, Acadèmic Numerari de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación i de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación; Vocal de la Comissió General de Codificació, i Doctor Honoris Causa per la Universitat de Plovdiv (Bulgària). Ostenta, per la seva labor de Jurista, digna d'encomi, les més altes condecoracions, entre les quals poden enumerar-se les següents: la Gran Creu de l'Orde de Sant Ramon de Penyafort (concedida pel Ministeri de Justícia); la Medalla Castelao (atorgada per la Xunta de Galícia); la Comanda amb Placa de la Reial Orde Civil d'Alfons X el Savi i la Medalla d'Or del Col·legi Nacional de Lletres de l'Administració de Justícia. Vull destacar, com a biografia de l'autor, que es tracta del màxim especialista en matèria de jurisdicció voluntària en l'àmbit nacional i internacional, com delaten les seves múltiples publicacions paradigmàtiques sobre la matèria. De fet, i així va ser reconegut en seu parlamentària en aprovar-se la Llei de Jurisdicció Voluntària vigent, és, sens dubte, l'Autoritat en l'àmbit de la jurisdicció voluntària. Com ell mateix determina a l'obra que aquí es ressenya, «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 preferentment dirigida a l'alumnat universitari adquireixi èxit editorial d'una manera tan notable i ràpida posa de manifest molts aspectes

Que una obra preferentment dirigida a l'alumnat universitari adquireixi èxit editorial d'una manera tan notable i ràpida posa de manifest molts aspectes (cal tenir en compte, en aquest sentit, que l'obra *Derecho Privado Romano* ja ha arribat a la 9a edició, i, al seu

torn, *Derecho Público Romano* acumula 19 edicions). Entre els aspectes innovadors es pot destacar, sense ànim esgotador, l'enorme acceptació i arrelament per part dels destinataris als quals va dirigit i la permanent actualització (en diversos apartats, ja que aquesta actuació inclou no només la bibliografia, sinó també els continguts). El llibre del Prof. Fernández de Buján, àmpliament reconegut a l'espai europeu i el llatinoamericà, és una obra oberta, fet que de cap manera mereix un judici de retret (és objecte d'ampliació en cada nova edició que veu la llum periòdicament). En efecte, el fet que resti incorporar alguns aspectes, com «els contractes en particular» (sense perjudici que, amb bon criteri, es tractin de manera independent els contractes verbals, literals, consensuals i el de societat), «els delictes», «els quasidelictes» i «el dret hereditari», no impedeix constatar-ne l'alta qualitat, ja que es tracta, com es va avançar, d'una obra acadèmica en permanent actualització –fet que podria *a priori* resultar contradictori per a alguns (que, delibèradament, incorrerien en error), atès que ens trobem davant d'una disciplina marcadament històrica.

El llibre del Prof. Fernández de Buján, àmpliament reconegut a l'espai europeu i el llatinoamericà, és una obra oberta, fet que de cap manera mereix un judici de retret

Ja amb el contingut actual, ens trobem davant d'una obra d'absoluta referència al segle XXI, suggeridora i necessària per a qualsevol Jurista (i no només els més afins a la disciplina romanista) que opti per prendre consciència de la incidència que el Dret romà ha protagonitzat al sistema jurídic occidental. De fet, considero que el contingut present a l'obra que es ressenya resulta útil per a qualsevol Jurista que persegueixi formar-se sobre els orígens de qualsevol institució de Dret Privat. En aquest sentit, cal assenyalar, com és ben sabut, que l'antecedent de l'actual Dret és, precisament, el Dret romà. En aquest sentit, podríem enumerar un notable elenc de supòsits sobre el particular. Així, per exemple, a les últimes lleis del Dret català (entre d'altres, el Codi de Successions per Causa de Mort al Dret Civil de Catalunya, en l'àmbit del Preàmbul), poden observar-se referències explícites al Dret romà. També és patent al Codi Europeu de Contractes, que té com a objecte superar les diferències dels diversos ordenaments comunitaris per assolir una eficàcia real. Dins d'aquest ordre de qüestions, cal tenir en compte que el Dret romà ha exercit el paper transcendental de ser el Dret comú europeu des del segle XII fins a gairebé el segle XX. I tot el que es manifesta també és extrapolable al context llatinoamericà, ja que, en aquest espai, el Dret romà és un element bàsic per la seva incidència en les diferents codificacions existents (així, Antonio Fernández de Buján, «Derecho romano y sistema jurídico iberoamericano», a *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, Ed. Civitas, Madrid, 1996).

Són moltes les bondats inherents a l'obra del Prof. Fernández de Buján. Entre d'altres, cap destacar, en primer lloc, l'equivalència o correspondència que l'autor fa entre el Dret romà i el Dret Civil, citant, quan resulta procedent, un bon nombre d'articles del Codi Civil actual, de 1889. Aquesta relació, encertada i necessària per les seves bondats, s'escomet amb una avidesa i subtilesa ex-



traordinàries, sobretot en relació amb els aspectes del Dret romà que han tingut incidència en el Dret Privat actual (tot i que dins d'aquesta matèria podríem enumerar molts temes, podem ressenyar, entre d'altres, el dret de propietat i els diferents drets reals, i classificació i fonts de les obligacions). De la mateixa manera, semblen molt oportuns els elements comparatius que es fan respecte d'altres codis europeus.

Com apunta l'autor, els codis representen una evolució certament complexa en la qual, dit sigui de pas, es creuen moltes influències. Així, respecte del text que ens ocupa, el Codi Civil, hi ha presents elements d'índole diversa: Dret romà, germànic, canònic i d'altres. Tot això posa de manifest que el Dret romà segueix essent fonamental per assimilar el Dret actual. No ha d'obviar-se que el Dret romà suposa tretze segles d'experiència, susceptible d'aportar una completa formació jurídica dirigida al coneixement del Dret, però també per a la crítica, quan sigui procedent, i per a, arribat el moment, una eventual reforma (el Jurista s'allibera de la visió legalista). L'evolució inherent al Dret pot comprendre's gràcies al Dret romà (la història és, entre altres coses, el nexa d'unió entre passat i present). En definitiva, pels motius esmentats i per altres de relacionats, podem manifestar que la disciplina romanista s'erigeix en un instrument de formació jurídica general.

El Dret romà va ser l'únic que va arribar al descobriment del Dret Privat, conquesta que representa avui el patrimoni de tots els pobles. Com determina Rudolf von Ihering (*El espíritu del Derecho romano*, Ed. Comares, Granada, 1998), la idea a la qual ha donat cos el Dret romà és que totes les relacions de Dret Privat són relacions de poder, que el poder de la voluntat és el prisma de la concepció del Dret Privat i tota la teoria del Dret Privat no té cap altra missió que descobrir i determinar l'element de llibertat i poder en les relacions de la vida. No en va, conforma un dels pilars centrals sobre el qual es recolza el Dret Privat nacional i europeu (Federico Fernández de Buján, «Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea», a *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999). En relació amb això últim, repareu en el valor que el Dret romà té per al Dret Privat comunitari: es pot afirmar, si em permeteu l'expressió, que aquest últim s'erigeix en el Dret romà actual. I és que, en efecte, una de les múltiples virtuts d'aquesta obra resideix a relacionar el Dret romà amb el Codi Civil espanyol actual. Com apunta, en aquest ordre de qüestions, el propi autor, no hi ha un Dret romà, com si fos atemporal i abstracte, sinó un Dret romà que, com tot el Dret, va estar en evolució.

La metodologia emprada, en molts aspectes, és pionera, digna d'elogi i molt oportuna. Podem destacar aquí les nombroses cites, no només d'autors propis del Dret romà, sinó també de civilistes reconeguts

La metodologia emprada per l'autor, en molts aspectes, és pionera, digna d'elogi i molt oportuna. Podem destacar aquí les



nombroses cites doctrinals (dins el cos del text) no només dels autors propis del Dret romà (Savigny, Ihering, Fuenteseca i D'Ors, entre d'altres), sinó també de civilistes reconeguts (valguin els exemples de Díez Picazo, José Ma Miquel i Lacruz). No han de passar desapercebudes tampoc les nombroses cites que realitza a propòsit del Digest. En conseqüència, pot afirmar-se que l'autor marca una innovadora tendència, trencant, d'aquesta manera, amb models vuitcentistes que estaven certament estesos en l'àmbit romanista. Així mateix, en línia amb això, les obres del destacat mestre, el Prof. Fernández de Buján, han estat objecte de recensió no només per romanistes (entre d'altres, Luis Rodríguez Ennes i María Salazar Revuelta), sinó també per civilistes (Iñigo Navarro Mendizábal) i altres pràctics del Dret com notaris reconeguts (cap esmentar, en aquest darrer sentit, el prestigiós Dr. Ángel Serrano de Nicolás).

Menció especial mereix l'estructura de l'obra que ens ocupa. Es compona de trenta-quatre capítols magnífics i equilibrats. En aquest sentit, podem advertir que es dediquen a les matèries següents: conceptes i dicotomies del *ius* –capítol I–, en el qual s'estudien conceptes bàsics del Dret amb caràcter general; procés i jurisdicció i diverses qüestions connexes –capítols II a VII–; la persona i algunes qüestions vinculades, com la distinció entre *capacitat jurídica* i *capacitat d'obrar*, les causes modificatives de cadascuna i la persona jurídica –capítols VIII a X–; Dret de Família –capítols XI i XII–, on s'examinen, entre altres matèries, les unions de fet, el contuberni (unions entre lliures i esclaus) i el divorci; negoci jurídic –capítols XIII i XIV–, generalment poc tractat en altres manuals de la disciplina, en el qual n'inclou la categoria dogmàtica, la representació necessària, voluntària, indirecta i directa, així com la substitució, i, finalment, els drets reals –capítols XV a XXIV– i la teoria general de les obligacions –capítol XXV fins al final–, abordant qüestions suggeridores, com la classificació o l'incompliment de les obligacions. La sistemàtica per la qual opta l'autor mereix una doble apreciació. D'una banda, el fet que s'incorpori un elenc de capítols sobre Dret Processal aporta un examen suggeridor de les alternatives, tant judicials com extrajudicials, que existeixen per a la tutela dels drets. En segon lloc, a efectes didàctics, resulta molt oportuna la vinculació que s'efectua de tot el Dret de Família amb



Bibliografia

la persona; en resum, com és sabut, persona i família constitueixen dos elements fonamentals de la vida romana. Per acabar, s'incorpora un índex analític de notable utilitat, atès que, entre altres aspectes, permet localitzar, de manera ràpida i ordenada, qualsevol categoria jurídica essencial vinculada amb el Dret Privat romà.

En el Dret romà, es considerava que a cadascuna de les parts li corresponia informar-se i, en conseqüència, adquirir els coneixements necessaris en el moment de celebrar un contracte

La 9a edició, publicada el setembre de 2016, incorpora certes novetats dignes de ressenya. En primer lloc, el capítol III s'amplia en virtut d'un nou apartat rubricat «Advocacia i advocats». Al Digest –Llibre III, Títol I, 1, 2–, Ulpià es va manifestar sobre el terme *advocare* com «*exposar en Dret, davant de qui exerceix jurisdicció, la pretensió pròpia, o la d'un amic, o contradir la pretensió d'algú altre*». Encara que, com encertadament es manifesta, aquesta activitat va ser coneguda i disciplinada pels diferents ordenaments jurídics avançats i influents (cas de l'assiri-babilònic, l'egipci, el jueu i el grec), cap va aconseguir el nivell assolit per Roma en diverses facetes (desenvolupament, maduresa i perfecció). De fet, va arribar a convertir-se en una professió el règim jurídic de la qual es posiciona al paradigma tant per a l'Advocacia europea com per a les cultures dels altres continents. A Roma, cal prendre consciència que Dret i política constitueixen fenòmens interrelacionats als quals no és aliena l'Advocacia, tan sensible als canvis polítics, socials i econòmics que s'esdevenen a la societat romana, que, com és sabut, es troba en constant expansió i desenvolupament (Antonio Fernández de Buján, «El Abogado en Roma», a *Revista de Derecho Romano*, núm. 24, 2015). La figura que comentem, des dels orígens fins a l'actualitat, ha complert una funció social important. En segon lloc, el capítol X, dedicat a l'*status libertatis*, ha estat objecte de reducció a un únic apartat (suprimint, a aquest efecte, els subapartats presents a les edicions anteriors), del qual es poden extreure diverses conclusions suggeridores que enumerarem tot seguit. Com en tots els drets antics, al romà resulta vigent la distinció entre *lliures* i *esclaus*. L'esclavitud s'erigeix en aquella institució en virtut de la qual un individu determinat està en qualitat de cosa pertanyent a una altra, la qual, dit sigui de pas, podia disposar, de forma plena, del mateix (de la mateixa manera que de qualsevol altre objecte del seu patrimoni). Dit d'una altra manera, l'esclau es troba en una posició negativa respecte de l'home lliure. En definitiva, podria manifestar-se que som davant de persones que es troben en un estat de degradació jurídica severa. Igualment, com l'autor revela, els grans pensadors grecs es van plantejar les possibles raons, ètiques i filosòfiques, de l'esclavitud. Cal reparar que, al Dret romà, van tenir una especial incidència en la concepció de l'esclavitud l'estoïcisme i el cristianisme. Lamentablement, l'esclavitud ha estat part de la història de la humanitat fins fa relativament poc temps, si bé imperen situacions actuals que resulten susceptibles, en major o menor mesura, d'incardinar-s'hi; penseu, per exemple, en l'explotació d'éssers humans, els treballs forçats, el matrimoni forçós i la venda de dones amb

fins de matrimoni. Malgrat que l'esclavitud, com diem, va existir des de temps remots, el cert és que la primera eina internacional que va condemnar aquesta pràctica menyspreable va ser la Declaració de 1815 sobre l'abolició universal del tràfic d'esclaus. Des de llavors, s'han succeït nombrosos acords internacionals, i es pot afirmar que, malgrat el que s'esperava inicialment, cap va ser plenament efectiu davant d'aquesta xacra.

Especialment suggeridor, pel que fa als continguts, resulta el capítol VII, dedicat a l'arbitratge. En els primers segles de Roma, compleix una funció de primer ordre, i, com afirma l'autor, representa no només un complement o alternativa a la jurisdicció, sinó que també s'erigeix en un instrument de resolució de controvèrsies, més enllà de l'autodefensa o l'autoajuda, per part d'un tercer imparcial elegit de comú acord per les parts interessades. La institució arbitral, com posa de manifest Fernández de Buján, presenta orígens remots, però la seva utilitat és indiscutible fins a l'actualitat. De fet, en aquest ordre de qüestions, l'arbitratge té un paper destacat als sistemes d'autoregulació en l'àmbit del comerç electrònic i de la publicitat (no només a Espanya, sinó també a l'espai comunitari i internacional), ideats avui dia per, precisament, resoldre els conflictes que se susciten entre consumidors i/o usuaris i empresaris que, voluntàriament, s'adhereixen a un codi de conducta.

Els sistemes d'autodisciplina, i el que representen, estan, en certa manera, vinculats amb el que es denomina *soft law* (concepte que es podria traduir, de manera més o menys literal, com a *Dret tou* o *suau*), en contraposició a la norma obligatòria aprovada pel legislador (*hard law* o, en termes llatins, *dura lex*). El Dret suau sempre ha estat, en certa mesura, present als sistemes jurídics. Encara més, el Dret romà conceptualitzava aquestes formes de regulació com *leges imperfectae*. En relació amb això, cal assenyalar que les *leges rogatae*, que neixen de la col·laboració entre magistrats (cònsols), comicis (per centúries) i Senat, ostentaven una sèrie d'elements, a saber: la *praescriptio* (mentió del Magistrat que havia pres la iniciativa i dades sobre l'assemblea comicial que havia donat la seva aprovació), la *rogati* (contingut dispositiu de la norma) i la *sanctio* (determinació de les conseqüències de violar la part dispositiva de la norma). En aquest sentit, quan la norma no presentava *sanctio*, es parlava d'una *lex imperfecta*.

Ens trobem davant d'una obra d'indiscutible referència, no només en matèria de Dret romà, sinó també del Dret Privat actual

Podríem disposar sobre aquest aspecte que les normes derivades de l'autodisciplina dels agents que interactuen en aquest sector de la indústria poden ser prestigioses regles deontològiques que delimiten la diligència exigible en el compliment dels deures assumits per un prestador de serveis. També suposen un grau de diligència més elevat del que altres prestadors de serveis de la societat de la informació, no adherits (voluntàriament) a un sistema d'autodisciplina, poden observar. Tot el que es planteja entronca amb l'estàndard mercantil de diligència de l'empresari. Ara bé, per definir aquest suggeridor concepte, centrat en el prestador de serveis de la societat de la informació, caldrà allu-



nyar-se del conegut model del denominat *bon pare de família*, contingut a l'art. 1104 CC. El model del *bon pare de família* podria tenir origen al paterfamilias del Dret romà, amb certes diferències (Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987). No obstant això, pot manifestar-se que l'estàndard de diligència de l'empresari és precisament el de l'*ordenado empresario*, naturalment dins de l'àrea en què efectui la seva activitat (entre les quals han de considerar-se incloses les telecomunicacions en sentit ampli), que resulta superior a la predicable del que podria reputar-se un ciutadà comú o mitjà.

Entre l'enorme varietat d'aspectes abordats que poden vincular-se amb la realitat actual, a més del ja esmentat, mereix una consideració especial el formalisme, tractat a propòsit del capítol XIII. En paraules de l'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*». I conclou que: «*Acaba caracterizándose precisamente por la prevalencia, en su sistema jurídico, de los negocios libres de forma*». Deia Castán que la forma és el mitjà en virtut del qual es produeix i exterioritza la declaració de voluntat. Ihering, al seu torn, afirmava que el formalisme representa «*una etapa necesaria a la història del desenvolupament de l'esperit humà*». Altres autors, com Planiol, van identificar dos aspectes que van coadjuvar a fer que el Dret romà perdés el caràcter formalista. D'una banda, les pròpies necessitats del comerç van determinar que les seves activitats s'acabessin escometent amb certa celeritat. D'altra banda, quan la cultura va avançar, de manera sensible, la pròpia escriptura va permetre un mitjà de prova que feia inservibles les vetustes formes simbòliques. Si bé és cert que el principi general en matèria de Dret Civil és la llibertat de forma (principi espiritualista), d'acord amb múltiples preceptes (com els 1254, 1258, 1261, 1278, 1279 i 1280 del CC), existeixen espais, com el Dret de Consum, en els quals impera el formalisme. *Contracte* deriva del llatí *contractum*, participi passiu del verb *contrahere*. En relació amb això, Roberto Ruggiero va determinar (*Istituzioni di Diritto Civile*, Ed. Messina, Milà, 1921) que *contractus* significava per als romans la relació que es constitueix mitjançant l'acord i no l'acord mateix.

Així, en el supòsit que es realitzi la contractació amb consumidors, han d'observar-se determinades formes especials de celebració dels contractes. En aquest ordre de qüestions, pel seu interès, té sentit aturar-se als deures precontractuals d'informació. L'admissió dels mateixos, com una determinada categoria, obeeix a una evolució tardana que està lligada als canvis de caràcter social, així com a l'objecte del comerç.

En el Dret romà, es considerava que a cadascuna de les parts li corresponia informar-se i, en conseqüència, adquirir els coneixements necessaris en el moment de celebrar un contracte. De fet, d'acord amb la màxima *caveta emptor* (que significa «*que se'n cuidi el comprador*», doctrina de la llei de la propietat que manifesta que la responsabilitat d'una compra recau en el comprador, que haurà de prendre les mesures convenients per assegurar-se prèviament de la qualitat d'allò adquirit, amb la finalitat de descartar possibles reclamacions futures al venedor), o bé *emptor debet esse curiosus* (que podria traduir-se per «*el comprador ha de ser curiós*»), a cadascuna de les parts l'incumbeix satisfer els seus interessos amb l'objecte a negociar. Aquesta situació es va prolongar durant el Dret clàssic i el modern, en concret, fins quan

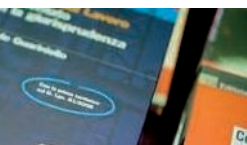
es va començar a estructurar la responsabilitat precontractual. Els deures precontractuals d'operar certa informació representen una suggeridora manifestació del subministrament d'informació com a instrument apte per protegir la part més dèbil en una determinada relació contractual caracteritzada per la concurrència de certes asimetries informatives. Un dels àmbits en els quals, precisament, incideixen els instruments derivats de l'autoregulació, als quals hem al·ludit abans, és el precontractual.

Els grans principis generals de la contractació segueixen cobrant vigència, com no podia ser d'una altra manera, en matèria de contractació electrònica. Així, per exemple, l'art. 23 de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, incorpora el principi de llibertat de forma. En efecte, els contractes celebrats per via electrònica produiran tots els efectes previstos per l'ordenament jurídic, quan concorrin el consentiment i la resta de requisits necessaris perquè siguin vàlids. Així mateix, s'equipara la forma escrita a la inclosa en un suport electrònic. Certs autors han estudiat les relacions entre aquesta moderna fórmula de contractació i la disciplina romanista (així, entre d'altres, Ramón Jesús Fernández de Marcos Morales, *La contratación electrónica y sus conexiones con el Derecho romano*, Ed. Gerüst Creaciones, Madrid, 2010).

El contingut de l'obra és oportú no només per a l'alumne, que pren una consciència immillorable de la disciplina, sinó també per als juristes que cerquen apropar-se, amb enfocaments i matèries tractades renovats, als fonaments del Dret Privat modern

Els diferents temes tractats per l'eminent Prof. Fernández de Buján en aquesta obra s'efectuen, en gran part, des d'un punt de vista evolutiu. En altres termes, l'autor, amb bon criteri, té en consideració els diversos i múltiples processos de caràcter històric pels quals es veu afectada una determinada institució. Aquesta afirmació resulta visible en diversos aspectes, i es poden enumerar, entre els mateixos, el dret de propietat (el seu concepte i límits s'examinen citant tant fonts romanes com el Codi Civil) o la possessió, sense perdre de vista d'altres, no menys rellevants, com la família i el matrimoni. Aquest últim, en paraules de l'autor, «*como toda institución que tiene una institución de siglos, es un producto histórico*». Continua advertint, en relació amb això, que és «*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*».

Recapitulant, podem determinar que ens trobem davant d'una obra d'indiscutible referència no només en matèria de Dret romà, sinó també del Dret Privat actual. Com hem manifestat abans, el seu contingut és oportú no només per a l'alumne, que pren una consciència immillorable de la disciplina a través del mateix, sinó també per als juristes (novells i consagrats) que cerquen apropar-se, amb enfocaments i matèries tractades renovats, als fonaments del Dret Privat



Bibliografía



modern. En resum, pot afirmar-se que ens trobem davant d'una obra majestuosa, amb un gran nombre de prerrogatives que no han de passar inadvertides, com, entre d'altres, el predomini d'una exposició senzilla, didàctica o pedagògica i extraordinàriament endreçada, l'acurada redacció i l'ús d'una terminologia jurídica oportuna, bàsica en l'àmbit del Dret Privat. A tot això coadjuvar el fet de l'absència de notes a peu de pàgina (a diferència d'altres també rellevants com D'Ors, Guzmán Brito i Iglesias, que recorren habitualment a aquest sistema de cites o referències), que semblen ser més pròpies, per ser dirigides, preferentment, a la recerca (nivell que generalment no té l'alumne de primer any de Dret). Ara bé, sí considero que, com feien altres edicions prèvies, hauria resultat oportú seguir incloent (i no haver

suprimit) la bibliografia final, àmplia i actualitzada, fet que permetia seguir avançant (com segueix fent, amb bon criteri, el manual *Derecho Público Romano*, del mateix autor, ja en la 19a edició). Un dels motius de la supressió pot ser agilitar la lectura del destinatari final de l'obra, que no és cap altre que l'alumne.

Aquest manual és, en definitiva, una lloable manifestació de domini acadèmic en el sentit més ampli de l'expressió, afirmació que resulta extensiva a altres obres del mateix autor. Aquesta última únicament és assolible pels erudits respectats que, per la seva contrastada experiència, nacional i internacional, han aconseguit una autoritat reconeguda (fruit de l'alt grau de maduresa intel·lectual). És, naturalment, el cas del mestre Fernández de Buján, el magisteri del qual és admirat per qualsevol estudiós del Dret. El Dret romà segueix essent la base dogmàtica del Dret Privat en un sentit ampli. El contingut del manual que es comenta, de màxim respecte i admiració, representa una oportunitat per poder entendre les bases del Dret Civil continental (*Civil Law*), però també del Dret comú (*Common Law*). Cal precisar, això no obstant, que aquests drets (el *Civil Law*, o Dret continental europeu, i el *Common Law*, o Dret angloamericà) no són sistemes jurídics incompatibles ni irreconciliables. La primera tasca en el camí cap a un Dret global seria, justament, estudiar un procés d'unificació o integració dels dos sistemes, que ja s'està produint de fet, i aquest procés el facilita la dada innegable que ambdós són hereus del Dret romà. No ha de considerar-se intranscendent de cap manera el fet que els actuals ordenaments jurídics comunitaris i llatinoamericans, o altres de més desconeguts per a molts (com alguns asiàtics, cas del Japó o la Xina, o Turquia i Filipines), poden concebre's a través del Dret romà.

En marxa la Fundació Mediació Notarial



La presentació de la Fundació Mediació Notarial va comptar amb la presència del Conseller de Justícia, el President del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i l'exvicepresidenta del Parlament Europeu, entre altres personalitats

Emparada pel Col·legi de Notaris de Catalunya, s'ha posat en marxa la Fundació Mediació Notarial, entitat sense ànim de lucre que té com a objectiu oferir el servei de mediació a particulars i empreses, amb especial atenció a l'àmbit civil i mercantil. Amb la creació d'aquesta nova entitat, els notaris fan un pas més en la seva aposta per la mediació com a via de resolució de conflictes alternativa a la judicial, la qual permetrà descol·lapsar en gran mesura els jutjats i suposa un important estalvi econòmic, tant per als ciutadans com per a l'Administració. A més, la Fundació també oferirà formació en mediació i impulsarà projectes i iniciatives vinculades a la difusió de la mediació.

La Fundació Mediació Notarial es va presentar recentment en un acte que va comptar amb la presència del Conseller de Justícia, Carles Mundó; el President del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Jesús M. Barrientos; el Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, Joan Carles Ollé, i l'exvicepresidenta del Parlament Europeu, Diana Wallis, entre d'altres.

Amb la creació d'aquesta nova entitat, els notaris fan un pas més en la seva aposta per la mediació com a via de resolució de conflictes alternativa a la judicial, la qual permetrà descol·lapsar en gran mesura els jutjats i suposa un important estalvi econòmic, tant per als ciutadans com per a l'Administració

En el transcurs de l'acte hi van prendre part, com a mediadors acreditats pel Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR), el Notari Carlos Cabadés, que va exposar les reflexions d'un Notari que s'ha format en mediació, de la qual va destacar «la celeritat i el fet que és un procediment molt més barat», com també la idoneïtat del perfil del Notari per exercir-la, atès que «la professió notarial sempre s'ha centrat a evitar conflictes», i el Magistrat de la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona, Pascual Ortuño, que va assegurar que «la Fundació Mediació Notarial està cridada a ser essencial en el desenvolupament de la mediació a Catalunya», i que els mètodes de resolució alternativa de conflictes sorgeixen davant de la insuficiència del model burocràtic jurídic, que condueix al que va denominar «litigiositat impròpia», o sigui que és necessari «obtenir la garantia de l'excel·lència professional». Quant als tribunals, va afirmar que «fa falta que el tribunal prestigii la mediació, no que la practiqui». Va afirmar que els països on la mediació obté grans resultats es caracteritzen per comptar amb excel·lents professionals, la col·laboració dels tribunals, desenvolupaments legislatius apropiats i la complicitat dels advocats. Per aca-



En opinió d'Ollé, «els notaris comptem amb un perfil idoni per exercir com a mediadors, atès que la nostra funció es basa en l'assessorament imparcial, la neutralitat, la confidencialitat, el caràcter personalíssim i la bona fe, tots aquests aspectes també intrínsecs en la mediació»

bar, va destacar que el Col·legi s'ha associat amb una de les millors escoles europees en mediació, el CEDR, i això demostra que «el Notariat té l'esperit de col·laborar i d'aportar el seu granet de sorra». També hi va intervenir la Magistrada de la Sala 4a Social del Tribunal Suprem, Lourdes Arastey, que va centrar el seu discurs en la relació entre l'ADR i les garanties d'accés a la Justícia, assegurant que «la confiança dels ciutadans en el sistema també s'ha de fer extensiva als mètodes de resolució alternativa de conflictes. A l'ADR, ens hem d'obrir, hem d'aprendre a diagnosticar els conflictes des de tots els paràmetres, no només els legals». A més, va remarcar que «els elements emocionals estan presents en tot tipus de conflictes» i que «les tècniques d'ADR utilitzades en l'àmbit penal s'han valorat molt positivament». Va destacar que «hem avançat molt i en molt poc temps, però cal preguntar-se si ho fem en la direcció correcta». Va recordar que «la satisfacció pot arribar fins i tot sense acord, simplement pel fet de restablir relacions i pacificar», i va finalitzar assegurant que «la mediació val la pena perquè proporciona una satisfacció diferent. És una manera millor de donar accés a la Justícia i a la tutela judicial». Per la seva banda, Diana Wallis, Presidenta de l'Institut Europeu de Dret i exvicepresidenta del Parlament Europeu, va fer una crida a «treballar junts per la mediació: polítics, països i institucions». Partint de la seva experiència personal com a Advocada, etapa en què va descobrir que «hi havia una manera millor de fer les coses», es va apropar a la mediació, de la qual va destacar que «ens ajuda a trobar solucions». Va afirmar que «fa falta donar-la a conèixer, i és positiu que hi hagi mediadors que no siguin advocats, malgrat que fa falta conèixer i respectar la llei». Va finalitzar la seva intervenció assegurant que «no s'ha de veure la mediació com una amenaça, sinó com una manera millor i més humana de resoldre conflictes amb totes les garanties legals».

En el torn d'intervencions institucionals, Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, va afirmar que «la Fundació Mediació Notarial aposta per la formació i l'excel·lència jurídica dels mediadors». Ollé va destacar el fet que «els notaris comptem amb un perfil idoni per exercir com a mediadors, atès que la nostra funció es basa en l'assessorament imparcial, la neutralitat, la confidencialitat, el caràcter personalíssim i la bona fe, tots aquests aspectes també intrínsecs a la mediació». Entre els avantatges que suposa la mediació com a mètode de resolució alternativa de conflictes, va destacar «que és voluntari, simple, ràpid, flexible, redueix els costos econòmics i de temps i crea una manera amistosa de solucionar els conflictes entre les parts».

Jesús M. Barrientos, President del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, va emmarcar la posada en marxa de la Fundació Mediació Notarial «en el rol protagonista que el Notariat ha de tenir en el sistema de Justícia», després d'exposar que la crisi econòmica ha suposat un augment exponencial de la litigiositat i ha situat la taxa de litigiositat a Catalunya en 41 litigis per cada 1.000 habitants, la qual cosa suposa situar-se en el tercer lloc a Europa, només per darrere de Rússia i la República Txeca, fet que va atribuir, en gran mesura, a «la falta de cultura de la transacció i el pacte». Després d'exposar que les xifres de la mediació a Catalunya encara se situen en índexs molt baixos, va assegurar que el Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya ha de jugar un paper rellevant en assumptes per ara instal·lats en l'àmbit jurisdiccional. Per acabar, va assegurar que la Fundació Mediació Notarial permetrà superar recels i verificar les respostes, i va oferir la col·laboració dels tribunals, afirmant que «la mediació extrajudicial en matèria civil i mercantil compta amb excel·lents notaris i la seva supervisió, i és així com la percebran els ciutadans que decideixin acudir a aquesta Fundació».

Per acabar, el Conseller de Justícia, Carles Mundó, va tancar l'acte afirmant que «a Catalunya fa vint anys que es fan polítiques per promoure la mediació i el Centre de Mediació de Catalunya ha fet 5.000 mediacions. Una quarta part d'aquestes ha acabat en acord entre les parts, que són dades encara molt insuficients». I va prosseguir: «Vivim en una societat de pacte, que no rebutja el diàleg i la convivència; la cultura del pacte no ens és aliena. En el sistema de valors de la societat catalana, la mediació hi és molt present, però en la cultura, encara no». Després d'afirmar que «els jutjats i magistrats també tenen una alta capacitat prescriptora», va finalitzar la seva intervenció assegurant que «la mediació és el termòmetre de la maduresa d'una societat».

En el transcurs de l'acte, també es van lliurar els diplomes acreditatius del CEDR a tots aquells mediadors que han finalitzat satisfactòriament el curs de formació que ha tingut lloc al Col·legi.



MEDIADORS ACREDITATS PEL CEDR

La Fundació Mediació Notarial és la primera fundació del nostre país dedicada a aquest àmbit, en què els mediadors són acreditats pel Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR), la institució de referència a Europa. Ja l'any 2012, el CEDR va seleccionar el Col·legi de Notaris de Catalunya com a *partner* a Europa per potenciar la mediació empresarial, objectiu primordial de la Unió Europea, a través del Notariat. Des d'aleshores, el Col·legi acull cada any un exclusiu curs de formació de formadors en mediació.

LES XIFRES DE LA MEDIACIÓ A CATALUNYA

Les xifres de la mediació a Catalunya encara se situen en índexs molt baixos, si les comparem amb les dels països del nostre entorn més proper. Segons les dades del Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya, adscrit al Departament de Justícia de la Generalitat, el 2015 es van gestionar un total de 4.964 expedients, dels quals van finalitzar 969. D'aquests, 530 (un 55%) van finalitzar amb acord. Tot i que en el període 2010-2015 el nombre d'expedients gestionats va augmentar un 30%, el nombre de mediacions finalitzades es va mantenir pràcticament estable.

Les xifres de la mediació a Catalunya encara se situen en índexs molt baixos, si les comparem amb les dels països del nostre entorn més proper.

Tot i que en el període 2010-2015 el nombre d'expedients gestionats va augmentar un 30%, el nombre de mediacions finalitzades es va mantenir pràcticament estable

Un de cada quatre nous notaris tria Catalunya per exercir la professió



Els vint-i-quatre nous notaris que exerciran a Catalunya després de superar l'oposició finalitzada el febrer de 2016

El 14 d'octubre de 2016 va ser la data escollida per a la presa de possessió de la nova promoció de notaris sorgits de l'última oposició, celebrada entre abril de 2015 i febrer de 2016 al Col·legi de Notaris de Catalunya. L'acte de la presa de possessió va ser presidit pel Conseller de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Carles Mundó, acompanyat pel Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, Joan Carles Ollé, i la resta de membres de la Junta Directiva del Col·legi.

Són vint-i-quatre els nous notaris que han començat a exercir la professió a Catalunya, xifra que suposa que un de cada quatre nous notaris que ha obtingut la seva plaça en la promoció 2016 ha escollit Catalunya com a destinació, i aquesta és la Comunitat més sol·licitada, molt per davant de la resta.

Això suposa que el 27% dels notaris aprovats en l'última promoció ha triat Catalunya per exercir la professió. La següent Andalusia, la Comunitat Valenciana i Castella i Lleó, on s'incorporen en cada una d'aquestes Comunitats Autònomes deu nous notaris. La resta de nous notaris ha optat per poblacions de Galícia (6), les Illes Canàries (5), Aragó (5), Castella-la Manxa (4), Extremadura (4), Astúries (3), les Balears (2), Cantàbria (2), el País Basc (2), Navarra (1), Múrcia (1) i La Rioja (1).

Dels vint-i-quatre nous notaris que exerciran a Catalunya, deu són homes (42%) i catorze, dones (58%), d'un total de noranta que ingressen al Notariat de tot Espanya. Cal



Vida corporativa

Cal destacar que, per primer cop, tant els notaris que s'incorporaran a Catalunya com el total de nous notaris aprovats en l'última oposició són majoritàriament dones

destacar que, per primer cop, tant els notaris que s'incorporaran a Catalunya com el total de nous notaris aprovats en l'última oposició són majoritàriament dones.

Concretament, dels noranta nous notaris que exerciran la funció a Espanya, quaranta-un són homes (45%) i quaranta-nou, dones (55%). En les dues promocions anteriors, que van ingressar al Notariat el 2011 i el 2013, el percentatge va ser del 51% d'homes i el 49% de dones, i del 54% d'homes i el 46% de dones, respectivament.

Les vint-i-quatre places que cobriran aquests nous notaris de Catalunya corresponen a les localitats següents: Abrera, Arenys de Munt, Badalona (dues places), Barberà del Vallès, Barcelona (dues places), 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 i Vila-seca.

Col·laboració dels notaris i l'Escola Judicial en la formació a futurs jutges



Posada en marxa de la col·laboració dels notaris a les Jornades de Formació de l'Escola Judicial que té lloc anualment

Des del darrer mes de setembre, els notaris, a través de l'acord assolit entre el Col·legi de Notaris de Catalunya i l'Escola Judicial, participen en la formació que reben els futurs jutges. Ja ho van fer a les Jornades de Formació de nous jutges, que en aquesta ocasió van tenir lloc el 19 i 20 de setembre a la seu de l'Escola Judicial, ubicada a Vallvidrera (Barcelona).

D'aquesta manera, els futurs jutges que actualment reben formació a l'Escola Judicial, seu estatal on els jutges aprovats per oposició desenvolupen durant dos anys els coneixements pràctics i les competències necessàries abans de començar a exercir la seva professió, durant la primera jornada van assistir a ponències impartides per notaris sobre «El valor probatori dels documents notariais. Les actes. Peticions de còpia. Problemes de capacitat dels atorgants» i sobre «Els notaris i la jurisdicció voluntària. El paper del Notari en les operacions financeres i amb els consumidors».

La segona jornada es va desenvolupar en onze despatxos notariais que van visitar grups reduïts de jutges i on van tenir l'oportunitat de conèixer de primera mà

el dia a dia d'una Notaria i els principals documents que autoritzen els notaris.

Finalment, va tenir lloc al Col·legi de Notaris de Catalunya una sessió plenària per fer balanç de les Jornades.



Joan Carles Ollé Favaró, reelegit Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya



La nova Junta Directiva va prendre possessió el darrer 30 de novembre

El 20 de novembre va tenir lloc el procés electoral per a la renovació de la Junta Directiva del Col·legi de Notaris de Catalunya, com també de la resta de Col·legis d'Espanya. Del total de 349 vots vàlids emesos (el 82% del total de notaris de Catalunya), la candidatura guanyadora va ser l'encapçalada per Joan Carles Ollé, que va rebre 220 (63%), mentre que la llista encapçalada per José Vicente Torres va obtenir 112 vots (32%). Hi va haver un 5% de vots en blanc. El cens electoral eren 424 notaris en actiu de tot Catalunya.

La nova Junta, que manté un total de nou membres i representativitat dels districtes notariaus de les quatre províncies catalanes, compta amb cinc noves incorporacions en relació amb el mandat anterior: Javier Martínez Lehmann, Notari de Barcelona; Raquel Iglesias Pajares, Notària de La Llagosta; Andrés Valdés Segura, Notari de Montblanc; Pablo Vázquez Moral, Notari de Sant Feliu de Guíxols, i Víctor

Asensio Borrellas, Notari de Malgrat de Mar. L'objectiu és, d'una banda, apostar, pels joves i el relleu generacional i, de l'altra, mantenir una continuïtat amb la línia de govern duta a terme al llarg dels darrers vuit anys.

Joan Carles Ollé Favaró ha estat Degà-President de la institució durant els darrers vuit anys, després de guanyar les dues eleccions anteriors, celebrades el 2008 i el 2012. Nascut a Ulldecona (Tarragona) fa 57 anys, és Llicenciat en Dret i en Filologia Hispànica per la Universitat Central de Barcelona. Notari des del 1985, actualment amb plaça a Barcelona, Ollé també és Director de la Comissió de Codificació de la Generalitat de Catalunya, President de la Fundació dels Notaris de Catalunya i Vicepresident de l'Associació Intercol·legial de Col·legis Professionals de Catalunya, entre altres càrrecs.

La nova Junta, que manté un total de nou membres i representativitat dels diferents districtes notariaus de les quatre províncies catalanes, compta amb cinc noves incorporacions en relació amb el mandat anterior

Aquesta és la composició de la nova Junta de Govern:

(Noves incorporacions)*

Degà-President: Joan Carles Ollé Favaró

Vicedegà: José Alberto Marín Sánchez

Censor 1r: Javier Martínez Lehmann*

Censor 2n: Raquel Iglesias Pajares*

Censor 3r: Andrés Valdés Segura*

Censor 4t: Pablo Vázquez Moral*

Censor 5è: Marta Clausí Sifré

Tresorer: Joan Carles Farrés Ustrell

Secretari: Víctor Javier Asensio Borrellas*



Entrega del III Premi Dialoga

LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS EN LAS REDES SOCIALES

Premio Dialoga

ESADE LAW SCHOOL Y EL COL·LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA, CON LA COL·LABORACIÓN DEL DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT Y EL DE JUSTÍCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, PONEN EN MARCHA LA 3ª EDICIÓN DEL PREMIO DIALOGA.

Las redes sociales han revolucionado la manera de relacionarse y de 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 video 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

Organizadores: ESADE (Laboratori de Recerca Legal), COL·LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA, Departament d'Ensenyament, Departament de Justícia, Ajuntament de Barcelona.

El darrer 14 d'octubre va tenir lloc el lliurament del III Premi Dialoga, organitzat pel Col·legi de Notaris de Catalunya i ESADE Law School, i que compta amb la col·laboració del Departament d'Ensenyament i el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

El darrer 14 d'octubre va tenir lloc l'acte de lliurament del III Premi Dialoga, organitzat pel Col·legi de Notaris de Catalunya i ESADE Law School, i que compta amb la col·laboració del Departament d'Ensenyament i el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. El premi convoca centres educatius i alumnes de 1r de batxillerat de col·legis i instituts de Catalunya i reconeix aquells treballs que reflecteixen millor el significat de la mediació com a mitjà de resolució de conflictes.

En aquesta edició, el tema es va centrar en l'ús de les xarxes socials, que han revolucionat la manera de relacionar-se i comunicar-se. La reflexió es va centrar en el fet que la immediatesa, en moltes ocasions, no afavoreix la reflexió, i les xarxes socials són escenari de conflictes generats per la seva singularitat. Més de cent trenta alumnes de 1r de batxillerat d'instituts catalans van presentar treballs escrits o audiovisuals sobre el tema «L'ús de les xarxes socials pot produir conflictes: com prevenir-los?». La tercera edició del premi va incloure, com a novetat, una nova modalitat, a més de l'escrita i l'audiovisual, destinada als centres que han incorporat la mediació en el seu funcionament i l'apliquen amb èxit a l'hora de prevenir i resoldre conflictes.

En l'acte, que va comptar amb la presència del Director General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, Xavier Bernadí, i del Vicedegà del Col·legi de Notaris de Catalunya, José Alberto Marín, entre altres personalitats, es va fer entrega dels certificats als alumnes guanyadors i als finalistes en les diferents modalitats. Durant la cerimònia de lliurament de premis, Francisco Longo, Director General Adjunt d'ESADE, va destacar la importància que tenen aquests premis per a la Universitat, perquè «valoren l'esforç sobre el diàleg i la prevenció de conflictes, un dels pilars de la nostra missió educativa». Xavier Bernadí, Director General de Dret i Entitats Jurídiques del Departament de Justícia, va alabar l'organització del premi, «una iniciativa que coincideix plenament amb la visió del Departament de Justícia, que aposta per reforçar els processos alternatius de resolució de conflictes».

José Alberto Marín, Vicedegà del Col·legi de Notaris de Catalunya, va destacar la «importància de crear una cultura de mediació per tenir una cultura de justícia diferent de l'actual», va concloure. Per la seva banda, Jordi Miró, Director General

d'Atenció a la Família i a la Comunitat Educativa del Departament d'Ensenyament, es va referir al ciberassetjament com una de les principals preocupacions del seu departament i va confirmar que en els propers anys «tots els centres de Catalunya hauran d'elaborar un projecte de convivència propi en què la mediació hi tingui un paper destacat».

Teresa Duplá, Directora del grup Arbitratge, Mediació, Dret i Família d'ESADE, es va mostrar molt orgullosa pel «progressiu augment en el nombre de participants del Premi Dialoga, que, edició rere edició, ha aconseguit fer-se un lloc en l'atragada agenda dels alumnes de batxillerat catalans entorn d'un tema no gens senzill com és la gestió de conflictes».

Quatre alumnes de batxillerat i un centre educatiu van ser els guanyadors, i tots els treballs van reflectir el significat de la mediació en l'entorn, la convivència a les aules i la força del diàleg, com també el camí per trobar vies alternatives per solucionar els problemes.

En aquesta edició, el tema es va centrar en l'ús de les xarxes socials, que han revolucionat la manera de relacionar-se i comunicar-se. La reflexió es va centrar en el fet que la immediatesa, en moltes ocasions, no afavoreix la reflexió, i les xarxes socials són escenari de conflictes generats per la seva singularitat.



El tema escollit per a la propera edició del premi serà «L'ús del diàleg en la gestió de conflictes. Què és el diàleg i quins avantatges ens pot oferir en la gestió dels nostres conflictes»

En modalitat escrita va resultar guanyadora Miriam Pajares, de l'IES Infanta Isabel d'Aragó (Barcelona); en modalitat audiovisual, els guanyadors van ser Javier Gallardo, Inma Martínez i Olivia Génova, de l'Escola Pia (Vilanova i la Geltrú), i el centre guanyador va ser l'Institut Front Marítim (Barcelona).

El tema escollit per a la propera edició del premi serà «L'ús del diàleg en la gestió de conflictes. Què és el diàleg i quins avantatges ens pot oferir en la gestió dels nostres conflictes».

Reunió anual de la Comissió d'Afers Europeus (CAE) de la UINL i acte de l'Acadèmia Notarial Europea



La reunió de la Comissió d'Afers Europeus de la Unió Internacional del Notariat va reunir representants de trenta-nou notariats

El 18 i 19 de novembre van ser les dates escollides per celebrar la reunió anual de la comissió d'Afers Europeus (CAE) de la Unió Internacional del Notariat (UINL) en el nostre Col·legi, seu semipermanent d'aquesta Comissió. Delegats dels trenta-nou notariats que formen part del CAE van repassar els darrers estudis presentats en les diferents reunions precedents, que van debatre àmpliament per tal de presentar posteriorment nous estudis centrats en l'activitat notarial en relació amb ciutadans estrangers: l'autenticació, certificació i legalització; el Reglament de Successions en casos de persones vulnerables, o els drets de les parelles en els països europeus.

En el transcurs de la reunió, també va tenir lloc la presentació del llibre *Les successions en Europe*, fruit de la col·laboració entre la CAE, la CNUE i la Fundació d'Investigacions i Estudis Notarials d'Europa (IRENE). Aquest recull el Dret de Successions

de quaranta-dos països europeus, resumit en cada cas per un Notari de cada un d'aquests països.

A la tarda del dia 18 va tenir lloc l'acte acadèmic de l'Acadèmia Notarial Europea, la inauguració de la qual va comptar amb les intervencions de Pierre Becqué, President de la Comissió d'Afers Europeus de la Unió Internacional del Notariat; Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya; José Manuel García Collantes, President del Consell General del Notariat; Daniel Sedar Senghor, President de la Unió Internacional del Notariat, i Jordi Jané, Conseller d'Interior de la Generalitat de Catalunya.

Pierre Becqué es va mostrar molt satisfet amb l'elecció del tema, per ser de màxim interès i actualitat, com també «un camp en què els notaris podem fer importants aportacions». Joan Carles Ollé va exposar el fet que «la globalització dels mercats, com també els canvis demogràfics, socials i culturals, suposa grans reptes en diversos camps, en què els juristes hem de fer les nostres aportacions». «El principal repte —va afirmar— és el cultural, i el sistema jurídic ha de facilitar la integració i garantir-ne la seguretat». El Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya va remarcar la importància de l'assessorament quant a la legislació del país d'acollida, com també la garantia i la seguretat jurídica que aporta la figura

El llibre *Les successions en Europe* recull el Dret de Successions de quaranta-dos països europeus, resumit en cada cas per un Notari de cada un d'aquests països



Vida corporativa



L'acte de l'Acadèmia Notarial Europea es va centrar en «Les conseqüències de la immigració i el Notariat»

Eduard Sagarra va lamentar que «Europa no s'està prenent seriosament la qüestió dels immigrants i els refugiats», dels quals va afirmar que «no són un problema, sinó una situació que s'ha de combatre o assumir. Si no l'assumim, generem disfuncions, intolerància i racisme»

En opinió de Marie Goré, «l'obligació del Notari és assessorar [...]. També ha d'aportar seguretat jurídica a l'immigrant, conèixer els seus drets i oferir seguretat al país d'acollida»

del Notari. Per la seva banda, José Manuel García Collantes va recordar que «els notaris estem oberts als problemes del món i a la vida», i va assegurar que «som creadors de pau social». Daniel Sedar Senghor va recordar que «els notaris, com a actors a la societat, no podem ser indiferents a la immigració a les portes d'entrada a Europa», i va afirmar que «hem de resoldre el flux migratori i hi ha d'haver un acord de tots els països d'Europa». Així, després d'instar «a la reflexió sobre la violació de drets fonamentals de béns i persones que està tenint lloc a les costes del Mediterrani», va afirmar que «d'aquesta reflexió n'han de sorgir solucions de Dret que puguin resoldre aquesta situació». Jordi Jané, com a Conseller del Departament d'Interior, va destacar la importància d'implantar polítiques de seguretat a Europa, i va afirmar que «som terra d'acollida, però hem d'acollir amb cer-

tesa i ser garantistes de la nostra seguretat. En definitiva, tenim voluntat d'acollida, voluntat de seguretat i voluntat de rigor jurídic».

Sota el títol «Les conseqüències de la immigració i el Notariat», van intervenir en l'acte acadèmic Marilina Giaquinta, Directora de la Divisió d'Administració i Policia Social i Immigració de la Prefectura de Catània i responsable de l'Oficina d'Immigració també de Catània (Itàlia); Eduard Sagarra, Advocat especialista en immigració, i Marie Goré, Professora de Dret Internacional Privat de la Universitat de París II Panthéon-Assas. Giaquinta va afirmar que, a Itàlia, en els darrers anys, s'ha passat de comptar amb un 4% de ciutadans estrangers a ser un 27%, fruit, en gran part, de «l'economia globalitzada, que ha facilitat que les persones i el capital circulin lliurement pel món». Després d'exposar que «la història demostra que les persones es desplacen a societats on puguin viure dignament», va explicar les condicions en què arriben els refugiats a les costes de Catània: «Quasi tots sense documentació, de manera que procedim a prendre'ls les empremtes dactilars com a element de seguretat, i les bolquem al sistema AFIS d'identificació immediata d'empremtes dactilars i recorrem també a diferents bases de dades europees, com Eurodata, que ens ajuden a determinar la traçabilitat de persones estrangeres, a més de prendre'ls les dades biomètriques». Va fer referència al notable increment de desembarcaments d'immigrants a Itàlia, que van passar de 103.000 persones el 2014 a 250.000 fins a l'octubre de 2015, i al fet que existeixen dos perfils diferenciats: el del que fuig de la guerra i l'emigrant econòmic, els quals són rebuts en centres d'acollida. Finalment, va afirmar que «el problema no és l'acollida d'immigrants, sinó la integració».

Per la seva banda, Eduard Sagarra va lamentar que «Europa no s'està prenent seriosament la qüestió dels immigrants i els refugiats», dels quals va afirmar que «no són un problema, sinó una situació que s'ha de combatre o assumir. Si no l'assumim, generem disfuncions, intolerància i racisme». A més, va aclarir el concepte persona il·legal afirmant que «ningú no és il·legal, en tot cas, han entrat il·legalment, però són persones i tenen dret a la defensa i protecció i també obligacions. Són subjectes de Dret». Després d'exposar les diferències entre refugiats o asilats —el qui fuig davant d'una situació de perill—, desplaçats —el qui es mou dins de les seves fronteres— i sol·licitant d'asil —el qui ho fa per raons polítiques—, Sagarra va assegurar que «la gestió dels refugiats a Europa posa en qüestió valors que, en teoria, regeixen a la Unió Europea, com el respecte als Drets Humans o a la dignitat», i va posar xifres sobre la taula: fins a l'octubre de 2016, van morir al Mediterrani 4.300 persones ofegades o desaparegudes i van arribar a Europa 363.803 refugiats, dels quals només 5.000 van ser acollits, 200 dels quals a Espanya.

Finalment, Marie Goré va exposar el paper dels notaris en la identificació dels immigrants i aspectes com ara quin es considera el seu país de residència o quin Dret de Successions se'ls ha d'aplicar. La ponent va exposar que «l'obligació del Notari és assessorar, i aquells poders públics atorgats al Notariat exigiran alguna tasca d'adaptació, sempre al servei de la seguretat jurídica. També ha d'aportar seguretat jurídica a l'immigrant, conèixer els seus drets i oferir seguretat al país d'acollida». Es va mostrar satisfeta amb la col·laboració entre els diferents Estats i va assegurar que «el Notari no s'ha d'excedir de les seves funcions».



El Notari Juan José López Burniol rep el Premi Puig Salellas 2016



El 9 de novembre va tenir lloc, al Col·legi, el lliurament del Premi Puig Salellas 2016, que en aquesta vuitena edició es va atorgar a Juan José López Burniol, Notari de Barcelona durant gairebé quaranta anys

El 9 de novembre va tenir lloc, al Col·legi, el lliurament del Premi Puig Salellas 2016, que en aquesta vuitena edició es va atorgar a Juan José López Burniol, Notari de Barcelona durant gairebé quaranta anys —fins a la seva jubilació, l'any anterior—, exdegà del Col·legi de Notaris de Catalunya, escriptor, autor de nombrosos articles d'opinió a la premsa i col·laborador de diversos mitjans de comunicació. Es tracta del màxim guardó que atorga anualment el Col·legi per reconèixer una persona o institució que, en l'àmbit de Catalunya, hagi acreditat una destacada trajectòria d'estudi, investigació, creació, docència o aplicació del Dret.

L'Exposició de Motius de l'acord pres per la Junta Directiva del Col·legi menciona que és mereixedor del guardó «*en reconeixement a la seva exemplar i molt destacada trajectòria notarial, en què ha destacat en el camp de l'exercici professional, en què ha gaudit d'una gran notorietat i un gran*

prestigi, com en l'àmbit corporatiu de la gestió col·legial, en què ha deixat una profunda empremta. Particularment, a més de la seva valuosa obra publicada en el camp del Dret Civil català, la seva brillant personalitat va destacar especialment en la seva etapa al Deganat, on va acreditar un potent lideratge que va contribuir decisivament a conformar un durador marc legislatiu notarial, i segueix sobresortint en l'impuls de les tasques de recerca històrica i jurídica a través de la Presidència de la Fundació Noguera, continuant de manera notable l'encomiable tasca dels mestres que el van precedir en aquesta institució. La seva rigorosa i profunda formació jurídica, la seva àmplia i sòlida cultura humanística, com també la seva vocació i projecció multidisciplinària en camps jurídics i econòmics, han fet que s'hagi convertit en un Jurista referencial en la societat catalana de les primeres dècades del segle XXI».

Es tracta del màxim guardó que atorga anualment el Col·legi per reconèixer una persona o institució que, en l'àmbit de Catalunya, hagi acreditat una destacada trajectòria d'estudi, investigació, creació, docència o aplicació del Dret

En un acte que va reunir més d'un centenar de persones, entre les quals, nombroses autoritats del món jurídic, Juan José López Burniol va rebre el guardó de mans del Conseller de Justícia, Carles Mundó, acompanyat del Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, Joan Carles Ollé. En el transcurs de l'acte, Lluís Jou Mirabent, Notari de Barcelona, va ser l'encarregat de glossar la figura de l'homenatjat, de qui va exposar la seva biografia, i va destacar «*la seva rectitud moral, la seva visió positiva de la política i l'escriptura pedagògica i directa que el caracteritza*». Per acabar, va agrair la seva «*continua contribució a millorar la professió i a fer més ric el país*».

En el seu parlament, Juan José López Burniol va voler remarcar que «*el Notariat m'ha donat l'ofici en què he vertebrat la meua vida, un observatori privilegiat de la realitat i independència*», i va finalitzar la seva intervenció assegurant que «*en aquest servei prestat als altres radica la força d'aquest vell i honorable ofici al qual em dec*».

En les set edicions anteriors, els premis van recaure en tots aquells que van ser consellers de Justícia de la Generalitat de Catalunya, en reconeixement a la seva contribució al procés d'actualització del Dret Civil català (primera edició); Juan Vallet de Goytisolo (segona edició); José Juan Pintó Ruiz (tercera edició), Encarna Roca (quarta edició), Robert Follià (cinquena edició), Ferran Badosa (sisena edició) i Lluís Puig i Ferriol (setena edició).



Vida corporativa

En un acte que va reunir més d'un centenar de persones, entre les quals, nombroses autoritats del món jurídic, Juan José López Burniol va rebre el guardó de mans del Conseller de Justícia, Carles Mundó, acompanyat del Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, Joan Carles Ollé

Juan José López Burniol (Alcanar, 1945) es va llicenciar en Dret per la Universitat de Navarra el 1967 i va aprovar l'oposició a Notari el 1971, any en què va prendre possessió de la seva primera Notaria, a Valdegovía (Àlaba).

Posteriorment, va exercir la professió a Tudela (Pamplona) i el 1977 va ser nomenat Notari de Barcelona, on va exercir fins al març de 2015, moment de la seva jubilació. Escriptor, publicista, autor de nombrosos articles d'opinió a la premsa i col·laborador en diversos mitjans de comunicació, ha editat notables estudis sobre Dret Civil, especialment de Família i Successions, com també de Dret Notarial i Dret Públic.

També s'ha especialitzat en matèries del Dret relacionades amb la situació jurídica de les persones discapacitades. Entre els seus càrrecs en institucions acadèmiques i jurídiques, cal destacar que va ser Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya (1987-1989), ha estat durant anys Professor de Dret Civil català a la Universitat Autònoma de Barcelona (1982-1990) i a la Universitat Pompeu Fabra (1990-2003), Magistrat del Tribunal de la Mitra d'Andorra (1987-1993) i primer President del Tribunal Constitucional d'aquest país (1993-1995), membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, President de Tribuna Barcelona (1995-2006), membre i President del Consell Social de la Universitat de Barcelona (1995-2007), membre de la Comissió Jurídica Assessora (1998-2005), membre de la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió (2000-2004), membre del Cercle d'Economia i vocal de Junta (2002), membre del Consell d'Administració de "la Caixa" (2005), del Patronat de la Fundació "la Caixa" (2005) i de la Comissió Executiva de CaixaBank (des del 2011).

Ha mantingut sempre una participació molt activa en un gran nombre de fundacions. Entre les quals, l'Institut Cambó, la Fundació Bosch Gimpera de la Universitat de Barcelona, la Fundació Noguera —que presideix des del 2007—, la Fundació del Conservatori del Liceu i del Palau de la Música Catalana o la Fundació Catalana Síndrome de Down.

Entre les distincions honorífiques que ha rebut, destaquen la Creu d'Honor de Sant Ramon de Penyaforat (1995), el Premi Felip Rinaldi (2002) i el Premi Aptissimi del Club de Dret d'ESADE (2009).

Normes per a la publicació de treballs a **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetran, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

La primer pàgina ha d'incloure *necessàriament* el títol, el nom complet de l'autor, les dades de contacte, una direcció de correu electrònic i, lliurement, altres circumstàncies identificadores en un màxim de tres mitges línia (alineades al marge dret).

2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).

3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.

— Els articles *doctrinals* han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.

— Els articles *pràctics* no han de superar les 10/15 cares de foli.

— Els comentaris de sentències o resolucions, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.

4. **ACEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:

— L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.

— L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.

— La no acceptació del treball.

5. **PUBLICACIÓ.** S'indicarà el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.

6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els *articles doctrinals* en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles *pràctics* o en els comentaris de sentències o resolucions.

— No pot utilitzar-se *negreta* (excepte en el epígrafs o subepígrafs) ni subratllat en cap cas.

— *Notes a peu de pàgina.* Les notes s'han de numerar mitjançant caràcters aràbics, en format superíndex i ordre ascendent.

— *Cites.* Les cites estan subjectes a les regles habituals, segons es tracti d'un llibre, un article de revista, un article en una obra col·lectiva, Internet o revistes electròniques. Cal indicar els cognoms en majúscules i no és necessari el nom tret que pugui haver-hi confusió. Els possibles canvis o comentaris de la cites literals s'han d'indicar entre claudàtors.



Tota l'actualitat del Col·legi a un sol click

Pots consultar la revista La Notaria,
altres publicacions i tota l'actualitat a
www.notarisdecatalunya.org

I també pots accedir a l'Arxiu Històric
de Protocols de Barcelona, conèixer la
Fundació dels Notaris de Catalunya,
informar-te sobre l'Acadèmia d'Opositors
de Catalunya...

**Tot això i molt més. Així de fàcil,
així de còmode, així de ràpid.**