

LaNotaria

Número 2 | 2015

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

Reforma de la Ley Hipotecaria y Catastro, y jurisdicción voluntaria: confianza y refuerzo al notariado

Propuesta de Sello de control de transparencia, a la vanguardia europea

«Hay que potenciar el ámbito de actuación de los notarios en beneficio del consumidor»

Entrevista a Francisco Marín Castán
PRESIDENTE DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

«Debemos tener una Justicia eficaz, rápida, accesible al ciudadano y con un trato atento»

Entrevista a Gema Espinosa Conde
DIRECTORA DE LA ESCUELA JUDICIAL

TRIBUNA

César Belda Casanova

Francisco Javier Orduña Moreno

Eduard Sagarra Trías

Francesc Torrent Cufí

Joan Carles Ollé Favaró

PRÁCTICA

Expedientes de jurisdicción voluntaria

De la novación de préstamo hipotecario a la hipoteca «recargable»

DOCTRINA

Eficacia probatoria y eficacia ejecutiva del documento público

A vueltas con la restitución de frutos en el proceso civil romano

Desjudicialización, heterocomposición de intereses y jurisdicción voluntaria en el Derecho moderno

La escritura de separación o divorcio

**IMPRESINDIBLE
PARA CUMPLIR
CON LAS NUEVAS
FUNCIONES
DERIVADAS DE LA
LEY DE JURISDICCIÓN
VOLUNTARIA**

FORMULARIOS NOTARIALES

*Ley de Jurisdicción Voluntaria,
subastas notariales y concordancia
entre el Catastro y el Registro*



Adaptados a las Leyes 13/2015, 15/2015 y 19/2015.

Aborda las cuestiones relativas a la doctrina general sobre esta institución, sobre todo el procedimiento genérico por el que se tramitan la mayor parte de los expedientes, y el estudio de los distintos expedientes y procedimientos que allí se regulan bien de forma directa (en su cuerpo propio) o indirectamente (a través de sus Disposiciones finales, modificando el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria). Analiza la nueva normativa sobre expedientes de adopción, nombramiento de tutor o defensor judicial, adverbación de testamentos, declaración de herederos abintestato o disolución judicial de sociedades. Incorpora un análisis de la nueva regulación de los expedientes de dominio y otros procedimientos registrales. Los formularios están disponibles online y son editables.

NUEVO

5%
descuento

ELIGE
papel
o digital

Autor:
Javier López Cano

Páginas: 856 • Tapa dura
ISBN: 978-84-9020-472-6

smarteca
biblioteca inteligente profesional

Con las mejores publicaciones profesionales del mercado

ENCUENTRA



TRABAJA



SUBE TU CONTENIDO



Siempre accesible
Siempre al día

Regístrate ya y accede a los contenidos gratuitos en www.smarteca.es

 **Wolters Kluwer**
LA LEY

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:

902 250 500 tel. / clientes@wke.es

PAPEL: <https://tienda.wolterskluwer.es> / **DIGITAL:** www.smarteca.es



COLEGIO NOTARIAL
DE CATALUÑA

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

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

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión
por Wolters Kluwer España, S.A.

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

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

© 2010 Ilustre Colegio de Notarios
de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en
www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Ley de Jurisdicción Voluntaria y otros procedimientos desjudicializados

El *Boletín Oficial del Estado* de 3 de julio de 2015 publica la tan esperada Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (LJV), que, conforme a su DF 21.ª, entra en vigor a los veinte días de su publicación, pero tiene relevantes excepciones; así, para las subastas ante el órgano judicial —que no ante el Juez— y las notariales, hasta el 15 de octubre de 2015 —lo que se ha completado con el RD 101/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales—; hasta el 30 de junio de 2017, para la tramitación y celebración del matrimonio civil —pero, en verdad, únicamente para la tramitación, pues la celebración ya es posible desde su entrada en vigor, como dispone la Instrucción de la DGRN de 3 de agosto de 2015, aunque otra cosa pudiera parecer de lo dispuesto en los n.º 3 y 5 de la DF 21.ª—, y, finalmente, también entra en vigor el 30 de junio de 2017 el n.º 4 de la DF 21.ª, que se refiere a la modificación del art. 7 de las leyes de 1992, referentes a las *confesiones religiosas evangélicas, judías e islámicas*.

El mejor entendimiento de la LJV exige distinguir claramente qué es *jurisdicción voluntaria* en sentido estricto, pues, conforme a su art. 6, ya se distingue expresamente entre «los expedientes de jurisdicción voluntaria [y, por otra parte,] los expedientes [obsérvese que sin adjetivar, e igual se les podría llamar *procedimientos*] tramitados por notarios y registradores», que pueden ser en concurrencia con los ex secretarios judiciales —hoy ya letrados de la Administración de Justicia—, e incluso sirve de apoyo el propio art. 3 LJV cuando habla de «*defensa letrada y representación de Procurador*», frente al art. 54.2 LN, que habla de «*asistidos*», pues para asesorarles y aconsejarles ya está el Notario.

La distinción entre lo que es o no *jurisdicción voluntaria* se traslada al propio texto y articulado de la LJV; así, hasta su art. 148, más sus DA 1.ª a 5.ª; DT 1.ª a 5.ª, y la derogatoria única, que, en efecto, deroga artículos todavía subsistentes de la vieja LEC de 1881; el art. 316 CC, y los arts. 84 a 87 LCyCH, junto con «*cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley*», es lo que es propiamente *jurisdicción voluntaria*, y aquí, perfectamente, podría haber acabado la LJV, pues lo demás, en verdad, no es jurisdicción voluntaria, sino «desjudicialización» o —lo que es lo mismo— sacar del ámbito judicial procedimientos o expedientes en que no hay contienda, aunque sí requieren «*certeza*», como dispone en el Preámbulo su apartado V, párrafo 3.º *in fine*. Por tanto, lo que se regula son expedientes o procedimientos, como también se hace en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima; en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que modifica, de

nuevo, el art. 129 LH, o como también se hace en la Ley 13/2015, de 24 de junio, que reforma la Ley Hipotecaria y la del Catastro, y, desde luego, todos estos expedientes o procedimientos, estén o no en una ley sustantiva —pues procedimiento era y sigue siendo la *interrogatio in iure*—, son cuestiones procedimentales, como tal materia de competencia exclusiva del Estado, al margen de que los efectos sustantivos los determine la ley sustantiva; baste pensar de nuevo en el art. 1005 CC frente al art. 461-12.3 CCCat, no modificado, pues, obviamente, no son competentes las Cortes Generales, pero sí —por lo que se dirá— sustituido el procedimiento judicial, que desaparece —aunque incluso ni en la LEC de 1881 se reguló expresamente— y ahora únicamente puede ser notarial, aunque —como se ha dicho— con las soluciones positivas que contemple cada código —que no ley especial—, y sin ser admisibles pretendidas remisiones estáticas o dinámicas, inexistentes en un código, que, como tal, es autointegrable, y como instituciones desconocidas las que no regula, pero una cosa es que no quepa acudir a la analogía, a remisiones o a criterios subsidiarios y otra, bien distinta, que, cuando contempla un procedimiento, si este desaparece, que necesariamente tenga que substituirse por el que lo reemplaza, como sucede, sin ir más lejos, con la *interrogatio in iure*, al margen de que, incluso por razones estéticas y de claridad, proceda una adecuación en la remisión a la autoridad que sustanciará el procedimiento, aunque subsista la solución material.

Como de regular procedimientos o expedientes se trata —y como recoge el propio Preámbulo, apartado IX, último párrafo, sin dejar vacías las leyes sustantivas—, no pueden sino tenerse que modificar las leyes para las que las Cortes Generales son competentes, o que son de su exclusiva competencia o estatales, tal que el CC, LRC, LEC, etc. —lo que no quiere decir que, cuando otras leyes civiles autonómicas regulen estos procedimientos, no se tenga que entender igualmente sustituida la autoridad competente, pues la materia está desjudicializada—; además, al darse nuevas competencias al Notariado, se hace necesario el modificar su Ley, lo que hace la DF 11.^a, al añadir los arts. 49 al 83 LN, cuya interpretación deberá hacerse conjuntamente con los demás de la propia LN, en que se integran, aunque no puede obviarse que, entre las múltiples materias que se atribuyen, destaca la sucesoria.

Materia, la sucesoria, que, como indica en su Preámbulo, apartado X, párrafo 11.º, «*de los demás expedientes de Derecho Sucesorio se hacen cargo, como hemos visto, los notarios*», por lo que, salvo lo atribuido expresamente al Juez (arts. 91 y 93 LJV), en lo demás el único competente —sin necesidad de expresamente decirlo, pues lo relevante es que no esté excluido— es el Notario, eso sí, en algunas materias —que no en todas—, en concurrencia con el Letrado de la Administración de Justicia (*cfr.* art. 92 LJV y art. 66 LN).

Ahora lo que queda, y no es lo menor, es su puesta en práctica, pero ya, sobre todo, cuando estas líneas vean la luz, se está aplicando, y sin mayor problema que el que pueda dar la interpretación de cualquier ley.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Ley de Jurisdicción Voluntaria y otros procedimientos desjudicializados
Ángel Serrano de Nicolás 4



Tribuna

- Catastro y documento público en las últimas reformas
César Belda Casanova 7
- Sello notarial de control de transparencia
Francisco Javier Orduña Moreno 12
- Otoño de 2015, refugiados y asilados en Europa: legislación aplicable
Eduard Sagarra Trias 14
- La propiedad temporal y la compartida
Francesc Torrent Cufí 27
- Ley de Jurisdicción Voluntaria: un hito histórico del Notariado
Joan Carles Ollé Favaro 37



Entrevista

- «Hay que potenciar el ámbito de actuación de los notarios en beneficio del consumidor»
Francisco Marín Castán 42
- «Debemos tener una Justicia eficaz, rápida, accesible al ciudadano y con un trato atento»
Gema Espinosa Conde 49



Doctrina

- Eficacia probatoria y eficacia ejecutiva del documento público
José Antonio García Vila 55
- A vueltas con la restitución de frutos en el proceso civil romano
José L. Linares Pineda 63
- Desjudicialización, heterocomposición de intereses y jurisdicción voluntaria en el Derecho moderno
Josep M. Fugardo Estivill 69
- La escritura de separación o divorcio
Antonio Ángel Longo Martínez 91



Práctica

- Expedientes de jurisdicción voluntaria
José-Javier Cuevas Castaño 104
- De la novación de préstamo hipotecario a la hipoteca «recargable»
Antonio Ángel Longo Martínez 109



Internacional

- Los sefardíes originarios de España y su eventual acceso a la nacionalidad española por la vía prevista en la Ley 12/2015
Aurelia Álvarez Rodríguez 116



Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Wolters Kluwer 126
- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Víctor Esquirol Jiménez 131



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad
Fernando Agustín Bonaga 137
- Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez..... 162



Bibliografía

- «La reforma de la jurisdicción voluntaria». Antonio Fernández de Buján
Jordi Nieva Fenoll..... 170
- «La libertad de testar. El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones». Teodora F. Torres García y M^a Paz García Rubio
Ángel Serrano de Nicolás 172



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho..... 175



In Memoriam

- En recuerdo de Luis Díez-Picazo y Ponce de León (1931-2015)
Ignacio Serrano García..... 189

Catastro y documento público en las últimas reformas



César Belda Casanova
Decano del Colegio Notarial de Valencia

I. REFLEXIÓN PREVIA

La Ley 13/2015, de 24 de julio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley de Catastro, se desarrolla en dos artículos, cinco disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y cinco disposiciones finales.

El artículo primero, que contempla las modificaciones introducidas en la Ley Hipotecaria para permitir la coordinación entre el Catastro y el Registro, consagra el papel preponderante de los notarios en la mayor parte de los expedientes que regula. Pero el examen del nuevo expediente de dominio, los expedientes de deslinde o el doble título como medio inmatriculador, como medios de coordinación Catastro-Registro y con las múltiples dudas y posibilidades que su reconoci-

miento normativo abre sobre nuestra función, no constituyen el objeto de este artículo.

Por el contrario, **pretendemos aquí examinar con detalle el artículo segundo de la Ley y cómo su desarrollo va a afectar directamente al ejercicio de nuestra función.**

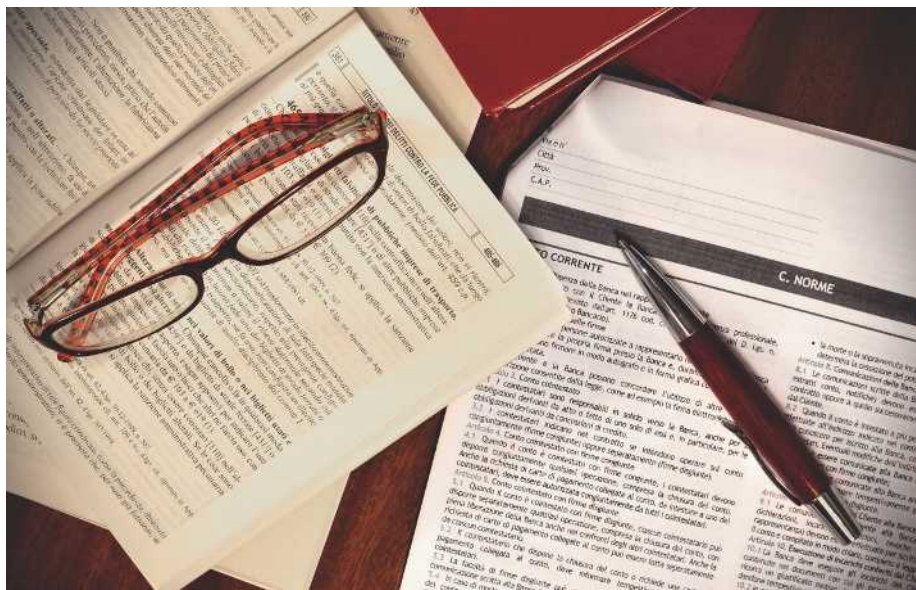
Para ello, vamos a abordar el tema desde tres puntos de vista, que esperemos nos permitan obtener una perspectiva completa de la cuestión, como si se tratara de una visión circular sobre una misma materia. Y así vamos a examinar, en primer lugar, lo que la Ley dice sobre el documento público en relación con el Catastro. El siguiente paso será examinar —más bien especular— lo que va a constituir el desarrollo reglamentario necesario, si se quiere hacer efectiva la aplicación de la Ley. Por seguir con el mis-

mo juego de palabras, lo que la Ley por vía reglamentaria va a tener que decir. Y por último examinaremos lo que la Ley debería haber dicho, pero no se atrevió.

II. LO QUE LA LEY DICE

La Ley 13/2015 no ha modificado el principio general de que el acceso al Catastro puede producirse por documento público o privado. Así, el artículo 13 del Texto Refundido, en su punto primero, sigue diciendo:

Son declaraciones los documentos por los que se manifiesta o reconoce ante el Catastro inmobiliario que se han producido las circunstancias determinantes de un alta, baja o modificación de la descripción catastral de los inmuebles. Las declaraciones se realizarán en la forma,



plazos, modelos y condiciones que se determinen por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

En la regulación de la reforma, la carga de las titularidades posteriores a lo que sería «la inmatriculación catastral», así como las rectificaciones y modificaciones posteriores, se hace descansar, casi de forma exclusiva, en el documento público

Sin embargo, en toda la regulación de la reforma, la carga de las titularidades posteriores a lo que sería «la inmatriculación catastral», así como las rectificaciones y modificaciones posteriores, sí que se hace descansar, casi de forma exclusiva, en el documento público:

- a) El artículo 14 mantiene en la letra a) como comunicación prioritaria y, por tanto, como forma ordinaria de acceso de la información sobre las titularidades al Catastro: «La información que los notarios y registradores de la propiedad deben remitir [...] habiéndose incorporado la referencia catastral en la escritura pública».
- b) Tanto los supuestos de comunidad romana (art. 9.2) cuanto los supuestos de comunidad ganancial o foral (art. 9.3) consideran titulares catastrales o a la

comunidad que resulte de la denominación a efectos fiscales o a cada uno de los comuneros o partícipes en proporción a sus cuotas. Para los cónyuges, se estará a la proporción que resulte del título por el que se regule el régimen económico matrimonial o, en su defecto, se imputará por mitad.

- c) El procedimiento para la subsanación de las discrepancias se sigue regulando en el artículo 18.2, reforzando el valor del documento público en orden a esas subsanaciones. El procedimiento es correspondencia con el regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, si bien este está referido a las inexactitudes registrales. Y en general presupone que si en el momento de la autorización de una escritura los particulares observan una falta de coincidencia entre lo que publicita la certificación catastral y el título que se pretende documentar, debe ponerse de manifiesto dicha discrepancia y abrir el correspondiente procedimiento. Procedimiento que si deriva en una alteración de la cabida de más de un 10 %, y en cualquier caso afecta a un lindante, conllevará la necesaria notificación a los colindantes que puedan resultar afectados. Como fácilmente se puede colegir, supone una precalificación por parte del Notario. La novedad trascendental de la Ley consiste en la introducción de un particular «silencio administrativo» positivo para que, en el caso de que durante los 20 días siguientes los colindantes afec-

tados —debidamente notificados— no hayan manifestado oposición, pueda regularizarse la situación y practicarse la correspondiente rectificación catastral. La Ley no hace más que consagrar lo que desde todos los puntos de vista constituye un imperativo categórico: atendido el hecho de que el Catastro es el inventario **de la totalidad** de las fincas de nuestro país, la modificación o el engorde de una de las fincas conllevará necesariamente el adelgazamiento de, al menos, una de las colindantes. Y en un Estado de Derecho, como se supone que es el nuestro, la alteración de los derechos de un ciudadano requiere necesariamente la observancia del principio de contradicción.

- d) Una de las principales novedades de la Ley la constituye la modificación de la letra b) del apartado primero del artículo 53, que atribuye a los notarios no solo el acceso a la Base de Datos Catastral para la identificación y la descripción de las fincas, sino también el poder acceder a los acuerdos catastrales derivados de las alteraciones para poderlos entregar a los interesados. En definitiva, nos coloca como sujetos activos de identificación no solo de las fincas, sino también del fundamento jurídico que determina su configuración o alteración. Se ha atendido así a una demanda largo tiempo solicitada, pues, como es sabido, no solo resulta necesaria en muchos casos la certificación catastral descriptiva y gráfica, sino también las fechas de las altas o de las resoluciones que puedan fundamentar una situación jurídica relevante a la hora de la autorización de las escrituras.
- e) Por último, la Ley sigue manteniendo en orden a la determinación de quiénes sean titulares catastrales la mención del artículo 9, 4 del Texto Refundido, que señala: «En caso de discrepancia entre el titular catastral y el del correspondiente derecho según el Registro de la Propiedad sobre fincas respecto de las cuales conste la referencia catastral en dicho Registro, se tomará en cuenta, a los efectos del Catastro, la titularidad que resulte de aquel, **salvo que la fecha del documento por el que se produce la incorporación al Catastro sea pos-**



terior a la del título inscrito en el Registro de la Propiedad».

Mención que, como ahora veremos, no hace referencia al principio de legitimación registral, sino al principio de legalidad, que, como a todo acto administrativo —y la inscripción catastral lo es—, le corresponde con arreglo a la Ley⁽¹⁾.

El alcance de la contradicción entre la legalidad del Catastro frente a la legitimación registral supondría un estudio mucho más extenso de lo que permiten estas páginas. Pero lo que es indudable es que supone una fuente de conflictos que deberán ponderarse en función de cada uno de los casos. Y en el balance de esa ponderación, indudablemente, pesará de forma determinante que el control de legalidad haya sido ejercido exclusivamente por el funcionario catastral sobre un documento privado, o que haya tenido lugar un doble control de legalidad derivado de la concurrencia del ejercido por el Notario a la hora de autorizar el título público que haya tenido acceso al Catastro con fecha posterior al asiento registral que conste sobre la misma finca. Ese doble control de legalidad Notario/Catastro constituye un acto administrativo que la Ley no podía desconocer —como así lo ha hecho— y que supone la más grave disfunción jurídica en el ámbito inmobiliario que el legislador, después de muchos años, ha querido paliar con la presente Ley.

Porque, a nuestro juicio, el precepto clave de la Ley 13/2015 lo constituye la redacción dada al artículo 10 de la Ley Hipotecaria, en concreto, en su número 5, que señala:

Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá con arreglo a lo dispuesto en el art. 38 que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real.

Intentemos analizar sus premisas y sus consecuencias.

Partimos del principio del artículo 3 de la Ley Hipotecaria de la necesidad del título público⁽²⁾ para el acceso al Registro de la Propiedad. Dicho principio no es aplicable, sin embargo, como hemos visto,

al Catastro, aunque exista una vocación en dicho sentido.

Por otro lado, el artículo 10, 1, en la redacción dada por la Ley 13/2015, exige lo siguiente: «La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral que estará a disposición de los registradores de la propiedad». Cartografía que el nuevo artículo 9, letra b), exige para toda inmatriculación o acto de modificación registral.

Así pues, de la interpretación conjunta de estos artículos, nuestro sistema jurídico, en lo que respecta a la representación gráfica de los inmuebles, pasará a ajustarse al siguiente esquema:

- a) La representación gráfica de las fincas corresponde, de forma exclusiva, al Catastro⁽³⁾. Dicha representación vendrá vinculada, en la mayor parte de los casos⁽⁴⁾, a una titularidad jurídica que se habrá creado o por un documento privado con fecha auténtica o —lo más común— de un documento notarial, judicial o administrativo.
- b) Ahora bien, si el titular desea obtener para la representación gráfica de su finca los efectos tuitivos del principio de legitimación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, deberá acompañar al título —este sí, público— con el que pretenda el acceso al propio Registro la certificación catastral descriptiva y gráfica de su finca. Esta representación deberá ajustarse, o haberse ajustado, por hipótesis, a la realidad física de la finca en cuestión.
- c) En caso de que el particular aprecie discrepancia entre su título público y el contenido de la representación gráfica que le haya proporcionado el Catastro, deberá instar, según señalan las letras c) y d) del apartado segundo y el nuevo apartado tercero del artículo 18 del Texto Refundido en su nueva redacción, la acreditación al Notario por cualquier medio de prueba admitido en Derecho de la discrepancia. El Notario, con arreglo al procedimiento que prevé el artículo 18 del Texto Refundido, deberá proceder a la obtención/construcción del título público que permita dicha

subsanación en sede catastral. Lograda la misma, la certificación catastral derivada, esta sí, necesariamente, de documento público servirá de base para obtener la rectificación registral con la inscripción del documento público y el reflejo de la planimetría catastral debidamente rectificadas. Como vemos, esta inscripción eliminará la discrepancia que haya podido existir entre la realidad concretada ahora en el documento público y el contenido del Registro de la Propiedad, y podrá extender, gracias a la verificación notarial, el sacrosanto principio de legitimación al contenido gráfico de la Base de Datos Catastral.

III. LO QUE LA LEY TENDRÁ QUE DECIR

Como se puede deducir de lo anterior, **el documento público sale notablemente reforzado con esta reforma**. Pero dicho reforzamiento no es y no puede ser gratuito. Las relaciones con la Administración nunca lo son. **Va a exigir del Notariado**, en tanto que agente interpuesto entre las dos instituciones implicadas —Catastro y Registro—, **una importante adaptación técnica**, por cuanto dejamos de ser simples protocolizadores de una planimetría catastral obtenida a golpe de clic de la Oficina Virtual Catastral y pasamos a ser constructores de la realidad gráfica que determina, en primer lugar, la adaptación al Catastro de la realidad jurídica extracatastral y, ulteriormente, la extensión de la base gráfica a los efectos legitimadores del Registro de la Propiedad.

Al Notariado, en tanto que agente interpuesto entre el Catastro y el Registro, se le exige una importante adaptación técnica, por cuanto dejamos de ser simples protocolizadores de una planimetría catastral

Tengamos presente que no se trata de una auténtica novedad. La norma que constituye la columna vertebral de toda esta reforma arranca de la Ley de Economía Sostenible, de 4 de marzo de 2011 —ya ha llovido desde entonces—, que fue la que modificó el artículo 18 del Texto Refundido.



El artículo segundo de la Ley 13/2015 es poco más que un desarrollo reglamentario de los principios que contenía aquella norma.

De aquellos preceptos, de los contenidos en el artículo segundo de la Ley 13/2015 y de los preceptos reglamentarios que, a buen seguro, cuando este artículo vea la luz, ya estarán publicados, podemos extraer las siguientes consecuencias:

- a) Será necesario reforzar a través del Índice los cambios de titularidad catastral, extendiéndolos también a las modificaciones internas dentro de la comunidad de propietarios o a la titularidad por cónyuges en gananciales. Será igualmente necesario permitir que a través del Índice se recojan las consolidaciones o disociaciones dominicales en usufructo o superficies.
- b) De mucho mayor calado va a ser la necesidad no solo de comunicar, sino también de documentar gráficamente, los supuestos de segregación, agrupación, agregación, división de fincas y declaraciones de obra nueva. A tales efectos, el Notariado deberá disponer de un canal de comunicación directo con el Catastro que permita «subir» la planimetría que afecte a la configuración física de las fincas que deban rectificarse. No estamos hablando simplemente del Índice. Hablamos de un canal de comunicación exclusivo y excluyente por el que no solo accedan las escrituras, sino también los planos georreferenciados que

permitan la carga en el Catastro de las modificaciones sobre las fincas.

- c) La articulación de lo anterior en los breves plazos de 5 días que se indicaban ya en la Ley de 2011 —y que han sido rescatados por la nueva norma— exigirá, además, un sistema de validación cuasi automático que permita incorporar la propia validación al cuerpo de la escritura, o, en su caso, por diligencia.
- d) Lo que nos lleva a pensar que esa concordancia va a requerir de **dos modificaciones estructurales importantes**:
 - La primera, **en nuestra propia forma de trabajo**. La prevalidación deberá realizarse con anterioridad a la firma de la escritura que produzca la modificación catastral o que vaya a producir la subsanación de la discrepancia. A ningún Notario se le escapa que, cuando en el momento de la firma de la escritura se pone de manifiesto una discrepancia entre la realidad física de la finca y la certificación catastral descriptiva y gráfica de que se dispone, los clientes, por lo general, deciden aplazar el procedimiento de subsanación «para un momento posterior». No es esta vía en la que está pensando la Ley. La modificación del artículo 18 en los apartados antes vistos habla de un imperativo categórico: la manifestación de la discrepancia conlleva la necesaria acreditación «por cualquier medio admitido en De-

recho». Y de esta, el expediente de subsanación de discrepancias, más propio de un acto de jurisdicción voluntaria que de un simple acto de rectificación de una mención en una escritura. Y, en caso de no conformidad —art. 18, apartado 4, letra d)— de los interesados, apertura de un expediente administrativo para conseguir la subsanación.

La gravedad o inexorabilidad de la actuación notarial y administrativa derivan no tanto de la manifestación de la discrepancia cuanto de la no manifestación. Si el particular no manifiesta que existe una discrepancia, dando lugar a la actuación vista, es que está conforme con la certificación descriptiva y gráfica que se proporciona y, consecuentemente, hace constar en documento público una renuncia al derecho de la rectificación, con cuantas consecuencias en perjuicio de su derecho conlleva dicha renuncia. La ley no está dejando abiertas demasiadas opciones.

- La segunda, **en la forma de trabajo de las oficinas catastrales**. Frente a procesos de meses, incluso años, en las adaptaciones sobre las modificaciones de fincas, la informatización va a obligar a la Administración al perentorio plazo de 5 días que se ha autoimpuesto para poderlas comunicar.

Los notarios no podremos ser ajenos a los aspectos técnicos, pues, al final, la calificación sobre la conciliación entre la planimetría que se aporte y la que conste catastrada va a descansar en un acto de autoridad del propio Notario

- e) Debemos pensar también que nuestra función va a entrar en un contacto mucho mayor con los técnicos —topógrafos, arquitectos, ingenieros agrónomos, arquitectos técnicos y todos los expertos en medición y dibujo topográfico—, que no solo deberán aportar el detalle gráfico de las modificaciones/alteraciones, sino también el detalle georreferenciado que permita



su carga inmediata por la Oficina Catastral, cumpliendo los requisitos técnicos que permitan un mínimo proceso de validación y el respeto a los breves plazos que la Ley impone.

- f) Aspectos técnicos a los cuales los notarios no podremos ser totalmente ajenos, pues, al final, la calificación sobre la conciliación entre la planimetría que se aporte y la que conste catastrada va a descansar en un acto de autoridad del propio Notario: entender que la nueva planimetría es acorde jurídicamente con la rectificación que se propone. Afortunadamente, el Consejo General del Notariado lleva trabajando desde hace años en el desarrollo de las herramientas informáticas que permitan al Notario emitir dicha evaluación.
- g) Por último, parecerá necesario arbitrar un sistema para que los notarios obtenamos desde el principio las referencias catastrales de las fincas que resulten de nueva creación, obtención que deberá proporcionarse o de forma automática o con un mínimo lapso temporal. Si el Notario va a constituirse en el eje de la carga de información sobre las modificaciones catastrales de las fincas, no es posible que el acto de bautismo definitivo de esa nueva creación —la referencia catastral— venga diferido a un momento posterior al nacimiento del derecho o, lo que es lo mismo, al otorgamiento de la escritura.

IV. LO QUE LA LEY NO HA DICHO

Sin perjuicio de la valoración positiva que, por qué negarlo, nos merece la Ley 13/2015, sí creemos que **existe un fleco** que no resultó cubierto al final, en las múltiples idas y venidas legislativas de su redacción, y que puede suponer un pequeño resquicio de incongruencia con un sistema aparentemente completo y cerrado. Nos estamos refiriendo a **la posible descoordinación Catastro/Registro**.

Pensemos en que la finca catastral, por el procedimiento que sea, se haya declarado concordada registralmente. La situación que todos deseamos y a cuya universalidad aspiramos. A partir de ese momento, el Registro pasará a dispensar los efectos del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a la planimetría creada en el Catastro y que el Registro publica.

Pero pensemos que, posteriormente, por un acto notarial o administrativo, esa finca se modifica después en el Catastro. La inscripción en el Registro sigue siendo voluntaria. Es posible perfectamente que una segregación o una obra nueva, por ejemplo, tengan acceso al Catastro y que, sin embargo, porque el propietario no desee inscribirlas, no accedan al Registro. Se producirá entonces un efecto no deseado: el Catastro estará amparando la legalidad de un acto de modificación practicada por el propietario en uso de su derecho, en tanto que el Registro estará extendiendo el principio de legitimación a una finca inexacta.

Esta incongruencia podría haberse paliado, cuanto menos, permitiendo que en tales casos el Catastro hubiera tenido que comunicar de oficio al Registro que se habría producido dicha descoordinación, a fin de que este, aunque fuera por nota marginal, advirtiera a los terceros de la incongruencia con la planimetría que el Registro esté publicitando sobre esa finca en cuestión.

La reforma introducida constituye un importante esfuerzo, pero también un gran reto para la función notarial, pues nos coloca como agentes centrales en un proceso en el que las titularidades sobre las fincas no van a ser solo jurídicas, sino también gráficas

Cierto es que lo anterior podría entrañar una recuperación de las antiguas menciones registrales, pero no es menos cierto que la ausencia de esa información, de ese aviso a los que consulten el Registro, constituye una grieta en la seguridad jurídica que nuestro Registro proporciona y que, de una forma u otra, habrá que intentar restañar cuando el sistema arranque.

Para concluir, creemos que **la reforma introducida por la Ley 13/2015 va a constituir un importante esfuerzo, pero también un gran reto para la función notarial, pues nos coloca como agentes centrales en un proceso en el que las titularidades sobre las fincas no van a ser solo jurídicas, sino también gráficas**. No documentaremos solo qué tenemos, sino



también hasta dónde lo tenemos. Y de ese reto no podemos ni debemos apartarnos, si queremos que nuestra función siga siendo medular en el siglo XXI.

- (1) En concreto, el artículo 53.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común, con relación al artículo 31, que atribuye al titular del derecho catastral inscrito la condición de interesado.
- (2) Artículo 3 de la Ley Hipotecaria: «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes en la forma que prescriban los reglamentos».
- (3) La excepción de la utilización de otro tipo de bases gráficas que contempla el artículo 10 en su número 3 constituye una salvedad determinada por el hecho de que la base gráfica no haya podido tener todavía acceso al Catastro, al tratarse de actos de nueva generación de fincas. No entramos en su examen por cuanto excede del contenido propio de este artículo.
- (4) En tanto cuanto el Catastro supone el inventario completo de la riqueza inmobiliaria de un país, no podemos desconocer que existirán —y existen— fincas cuya titularidad jurídica no le conste al propio Catastro. Son las comúnmente identificadas como *fincas en investigación*.

Sello notarial de control de transparencia



Francisco Javier Orduña Moreno

*Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Civil*

Con el sello de control de transparencia, los notarios incorporan un **instrumento sumamente valioso que les sitúa en la vanguardia europea de la tutela privativa de los derechos de los consumidores y de la seguridad jurídica del tráfico patrimonial seriado**. Es, a su vez, una rápida respuesta a una inequívoca demanda de la sociedad tanto civil como empresarial española.

Para valorar la oportunidad y justificación de esta medida, basta con reparar que **la intervención notarial se produce en el momento álgido de la tutela preventiva, esto es, en el curso de la perfección del contrato**, momento en que el predisponente debe haber cumplido con los especiales deberes de configuración negocial que le vienen impuestos, de forma que la reglamentación seriada se ajuste a los parámetros de equilibrio contractual y de transparencia real exigibles. Todo ello, **en beneficio tanto de la**



protección angular de los derechos de los consumidores como de la calidad de negociación y competencia que cabe esperar de nuestro sistema patrimonial en este relevan-

te sector de la contratación. Momento que, a su vez, va a resultar **determinante para la valoración de la posible declaración de abusividad y de los efectos derivados**.



Por lo demás, junto al peso de estas razones, ya de por sí concluyentes, **la implementación de la intervención notarial en la contratación seriada resulta también reforzada**, máxime ante la actual litigiosidad que presenta este ámbito de la contratación, por representar **un instrumento sumamente valioso en orden a facilitar el control de legalidad** que, en última instancia, corresponde a los Tribunales de Justicia, favoreciendo, de esta forma, un mejor contraste acerca del cumplimiento efectivo por el predisponente de estos especiales deberes de configuración negocial.

Con el sello de control de transparencia, los notarios incorporan un instrumento sumamente valioso que les sitúa en la vanguardia europea de la tutela privativa de los derechos de los consumidores y de la seguridad jurídica del tráfico patrimonial seriado

Por otra parte, con relación al fundamento de esta medida o actuación notarial, debe señalarse que **la legitimidad que ampara la implementación de la intervención notarial en la contratación seriada, centrada ya en una tutela proactiva en orden al control de fondo**, que no meramente formal, **de la eventual abusividad** que pueda presentar la reglamentación seriada respecto de la debida transparencia real para el consumidor, **encuentra un sólido fundamento en la interpretación sistematizada de la normativa que resulta aplicable a este importante ámbito de la contratación**, ya sea en atención a la relevancia constitucional de la norma aplicable, a su alcance comunitario o a su carácter especial o sectorial. Fundamento que es seguido tanto por la doctrina jurisprudencial (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Supremo) como por la doctrina científica más autorizada en la materia.

En síntesis, debe resaltarse la **estrecha conexión que presenta esta tutela proactiva con el desenvolvimiento de los principios generales**, bien en el seno de nuestra **Constitución** (artículo 51), o bien en la propia **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** (artículo 38), en donde la protección básica de los derechos de los



consumidores principia, necesariamente, en una tutela preventiva también efectiva o plena a tales efectos. Desenvolvimiento de estos principios informadores que, con relación al principio de legalidad que establece nuestra Constitución (artículo 9), también entronca, necesariamente, con el propio **juicio de legalidad que es ínsito a la función notarial** (artículos 1 LN y 145 y 147 RN), posibilitando que este juicio o control de legalidad resulte comprensivo tanto de los aspectos formales (control formal de transparencia) como de los aspectos de fondo (control material de transparencia) que presente la reglamentación seriada objeto de instrumento público. Todo ello, desde la ratio tuitiva y expansiva que informa la aplicación de la **Directiva 93/13**, que obliga a los Estados Miembros a «*articular medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre particulares y consumidores*».

Por esta senda de la conveniente implementación de la intervención notarial también se desenvuelve la **doctrina jurisprudencial** más relevante por el momento, particularmente ejemplificada en la STJUE de 30 de abril de 2014 y en la STS de 8 de septiembre de 2014. En este sentido, basta observar la correlación de ambas sentencias, respecto del contenido y alcance del control de transparencia, para llegar a la conclusión de que la efectividad de la tutela preventiva no puede quedar extramuros de la propia reglamentación predispuesta, sino que debe inferirse del natural juego o desarrollo de la misma, con protocolos de actuación específicos al respecto que garanticen el cumplimiento de estos deberes de transparencia

real para con el adherente. En suma, y en parecidos términos, se pronuncia también la doctrina científica sobre la materia.

El sello de control permitirá ofrecer una respuesta segura a la posible abusividad que presente el clausulado objeto de examen tanto respecto del control de contenido como del propio control de transparencia

En este contexto, también **ha de valorarse muy positivamente el brillante diseño y esquema operativo que incorpora el sello de control**, que permitirá, de forma sistemática y práctica, **ofrecer una respuesta segura a la posible abusividad que presente el clausulado objeto de examen tanto respecto del control de contenido como del propio control de transparencia**. Todo ello, dentro de un soporte informatizado que analizará el clausulado; identificará e individualizará la cláusula abusiva, y ofrecerá, según los casos, redacciones alternativas e incorporación de criterios de comprensibilidad real.

En suma, nos encontramos ante **un auténtico «signo distintivo» en el tratamiento preventivo de la abusividad en la contratación seriada**, por lo que todos debemos felicitarnos por el bien de la protección debida a los consumidores y usuarios, así como de la seguridad jurídica de nuestro tráfico patrimonial seriado.

Otoño de 2015, refugiados y asilados en Europa: legislación aplicable^(*)



Eduard Sagarra Trias

*Abogado, Profesor de Derecho Internacional en la UB y en ESADE
Presidente de la Asociación para las Naciones Unidas en España*

Ante la tumba de un ahogado

¿Cuál era tu nombre, pobre hombre?
Te han hallado rechazado por el mar, lavado por las olas.
Para ti, Leioticós ha encargado que se pusiera esta lápida.
Piadoso, se ha hecho cargo de ti.
He visto cómo su llanto empapaba sus ojos.
¿Por ti?
En verdad era por él,
debido a que su amargo oficio
lo expone cada día a los peligros de la mar.
Calímaco (*Cirene*, 300-249 a. C.)

Desgraciadamente, los versos de Calímaco, escritos hace más de veintitrés siglos, siguen siendo actuales y vigentes. No es una cita demagógica del autor de este artículo, sino una dramática realidad que a diario vemos en las primeras páginas de los periódicos y en los noticiarios televisivos. Imágenes reales —hoy en color— que nos recuerdan el sentimiento de Leioticós evocado por el poeta griego, sintiéndonos un poco como él lo expresaba en aquel descriptivo y sensible poema.

Durante este año 2015, más concretamente, durante su primavera y otoño, se

ha producido una avalancha humana de cientos de miles de solicitantes de refugio y asilo de distintas nacionalidades, esencialmente sirios, afganos, iraquíes, somalíes, eritreos y también subsaharianos. Este drama humano y humanitario ha sacudido los cimientos de la vieja y rica Europa, y más concretamente de la Unión Europea, que conceptuamos como el paradigma de una organización supranacional, económica y con aspiraciones políticas, basada en los derechos humanos.

La finalidad de este trabajo o reflexión será examinar, a la luz de la realidad del constante movimiento de seres humanos —realidad magmática difícil de fijar—, cuáles son los instrumentos legales y las normas jurídicas nacidas de

cualquier fuente —internacional, comunitaria o interna de sus Estados Miembros— para afrontar, asumir, regular y gestionar «polifónicamente» este alud de refugiados. Desde esta perspectiva y finalidad, contrastaremos si las normas vigentes, al igual que las políticas comunitarias y estatales, así como las acciones emprendidas, son eficaces. Un enfoque que partirá de un principio básico, como es que ni Europa ni la Unión Europea pierdan los papeles y olviden aquellos valores y principios convivenciales que rigen y fundamentan un Estado de Derecho y sus normas, ya sean internas, de la Unión Europea⁽¹⁾, o bien del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de ámbito universal y regional europeo⁽²⁾.

(*) El trabajo se acabó de redactar el 18 de octubre de 2015.



I. INTRODUCCIÓN: DESCONCIERTO EUROPEO EN 2015 ANTE LA MAGNITUD DE LA TRAGEDIA

Por conocido y diariamente aireado, no contemplaremos ni describiremos con detalle los dramas que están sufriendo más de 400.000 personas y familias completas que, huyendo de sus lugares de origen o residencia, ponen en riesgo sus vidas intentando arribar a Europa, que para todos ellos es una «tierra prometida» que han visto en la televisión o les han asegurado —previo pago de ingentes sumas— los nuevos mercaderes de esclavos o mafias transnacionales. Todos sin excepción creen que Europa y algunos de sus países, en especial, Alemania, les estarán esperando con los brazos abiertos, y que es donde van a tener una nueva posibilidad de sobrevivir y poder recuperar parte de su dignidad como seres humanos. El camino es difícil y no está exento de peligro para sus vidas e integridad física, en especial, cuando optan por la vía marítima para atravesar el estrecho de Gibraltar o el mar Mediterráneo. Para ello han pagado —sin ninguna garantía de éxito— importantes sumas a los traficantes de personas, quienes se lucran sin riesgos de este tráfico incalificable. La aventura de atravesar el mar en viejos barcos de desguace o balsas neumáticas excesivamente cargadas ha hecho que hayan perecido, por ahora y al tiempo de redactar este artículo, más de 4.000 vidas, amén de aquellos incontables desconocidos desaparecidos que un día u otro el mar nos devolverá, como describía poéticamente Calímaco. Permítaseme que a nuestro bucólico Mare Nostrum ose calificarlo hoy de *cementarium nostrum*. A corto plazo, no se vislumbra que sea este mar un trayecto seguro ni con garantías de éxito para los miles de solicitantes de refugio o asilo ni para los migrantes económicos.

Ni Europa ni la Unión Europea han de perder los papeles y olvidar aquellos valores y principios convivenciales que rigen y fundamentan un Estado de Derecho

Las mafias conocen mejor que nuestros hombres del tiempo la meteorología mediterránea, las rutas marítimas más rápidas y la geografía de nuestras costas e islas. Pero también saben que los Estados Miembros de la Unión Europea y sus políticas de contención en las fronteras son dubitativas y contradicto-

rias y, a su vez, conocen mejor que las fuerzas de seguridad y sobre el terreno las rutas alternativas y los atajos que deben aconsejar —previo pago— para llegar a Alemania. A mayores obstáculos y dificultades de atravesar los países europeos, como los que se están produciendo en Hungría, Macedonia, Serbia o incluso en Ceuta y Melilla, mayores beneficios para ellos. Sube al alza la cotización de estas mafias para transportar a los refugiados. Es una macabra bolsa, pero no de valores, sino de seres humanos. Todo ello a pleno día y sin cortapisas de ningún género, y lo más grave es que las potencias implicadas, es decir, toda Europa, Turquía y el norte de África —en especial, las costas de Libia—, no puedan detener a esta red globalizada y muy bien organizada. Las mafias, no lo olvidemos, no tienen fronteras, ni se rigen por complicados tratados, ni por normas internacionales, ni se reúnen para dirimir sus diferencias en cumbres diplomáticas o políticas, ni para actuar⁽³⁾.

Las guerras en Siria, Afganistán, Irak o la inestabilidad en toda África, así como el nuevo auge de las dictaduras y el fracaso de las «primaveras democráticas» en multitud de países, al igual que la constatación de la existencia de estados fallidos como Libia o Somalia, son una fuente inagotable que genera refugiados y asilados. Recientemente —octubre de 2015—, la intervención militar de Rusia y los Estados Unidos en Siria alineándose o combatiendo los distintos bandos en el conflicto augura una nueva afluencia de refugiados, desplazados y perseguidos hacia «la Europa de los prodigios». Para los perseguidos, Europa es una tabla de salvación que a diario ven en sus móviles, televisores, tabletas y redes sociales. La globalización tecnológica y en las comunicaciones sociales les permite saber, al segundo, qué está pasando en la otra parte del mundo, quién marca los goles del Barça en la Champions y, especialmente, cuáles son los países más generosos u hospitalarios con los perseguidos y cuáles son las vías más seguras para atravesar o llegar a Europa por tierra, mar o aire. No es baladí ni extraño que la mayoría quiera llegar a Alemania, que ya ha declarado, a través de su Canciller Merkel, que aceptará a más de 800.000 refugiados este año.

El Papa Francisco exclamó, con lágrimas en los ojos, en otoño de hace un par de años y ante los cadáveres de más de trescientos ahogados, en la isla italiana de Lampedusa: «*Mi fa vergogna*». A pesar de ello, tengo mis serias dudas que la Unión Europea haya re-

accionado y haya adoptado, a tiempo y en forma, las medidas que la realidad le exigía, y que eran totalmente previsibles. Lo cierto es que ni Europa ni sus países miembros adoptaron las urgentes medidas que hoy todavía se discuten a través de aplazadas reuniones y consejos de ministros en los que no se ponen de acuerdo sobre cómo se debe ubicar y tratar a los refugiados. Lo más grave —y va a ser objeto de este artículo— es la constatación que las normas reguladoras para la concesión de asilo y refugio o para dar una protección humanitaria son muy elementales y programáticas. Así, Europa, para cumplir con sus obligaciones convencionales, debe desarrollar una política común e individualizada, con un coste que ni estaba previsto, ni los Estados soberanos creen que deban asumir.

A falta de normas internacionales detalladas, de la Unión y nacionales aplicables, no hay otra salida que fijar y acordar políticas de cooperación europea internacional, especialmente por las instituciones de la Unión y los gobiernos de los Estados Miembros

A falta de normas internacionales detalladas, de la Unión y nacionales aplicables, no hay otra salida que fijar y acordar políticas de cooperación europea internacional, especialmente por las instituciones de la Unión y los gobiernos de los Estados Miembros. Por ello, y como está sucediendo, a falta de políticas o con su deficiente y tardía puesta en práctica, se produce un caos y graves disfunciones entre los valores convivenciales, los principios, las normas y las políticas. Es el triste espectáculo al que estamos asistiendo y que ofrece la Unión Europea en 2015.

Europa solo ha estado por la labor cuando el dramatismo ha dejado de ser un problema del sur de Europa —Italia, Grecia o España— y se ha situado en las fronteras y autopistas de Alemania, Austria, Hungría, Eslovaquia o el Reino Unido —recordemos lo sucedido este verano en las bocananas francesas de los túneles de Calais y el posicionamiento del Sr. Cameron⁽⁴⁾.

El cuadro nos muestra la magnitud de la tragedia humana de los refugiados, pero también de las sociedades de acogida:



A 14 de septiembre de 2015, y según fuentes del UNHCR, habían arribado por mar a las costas del sur de Europa 411.567 personas y, además, se contabilizaban 2.900 muertos o desaparecidos. En idéntico período de 2014, los arribados fueron 155.657 y el número de desaparecidos o ahogados era mucho menor. Siria (50 %), Afganistán (13 %), Eritrea (5 %) Nigeria (4 %) y Somalia (3 %) eran las principales nacionalidades de dichos inmigrantes y refugiados.

La disparidad en el cómputo y en las cifras de refugiados se debe a que, en algunas estadísticas, se confunden y se engloba no solo a los refugiados o solicitantes de asilo, sino también a los que no lo son y que, de hecho, son o se les considera inmigrantes económicos. Esta mezcla de distintas situaciones —por muy penosas que sean— es una de las preocupaciones de los Estados de acogida al definir sus políticas a corto y medio plazo.

Es una tarea ingente para los distintos ministerios y cancillerías el separar, en este

alud humano, a quienes reúnen las condiciones objetivas y subjetivas para obtener el estatuto de refugiado, o con derecho a pedir asilo, de aquellos que son inmigrantes económicos y que lo que pretenden es entrar ilegalmente para residir de forma irregular, o «sin papeles», en el espacio Schengen, esperando una regularización futura en alguno de los Estados, como sucedió en España.

A esta difícil separación subjetiva de extranjeros se añade la prevención ante el hecho de que en esta marea humana se introduzcan —bajo la apariencia de refugiados— entrenados terroristas internacionales que pretenden combatir el sistema desde dentro y subvertir los valores democráticos defendiendo unas creencias religiosas extremas, opiniones políticas antidemocráticas o buscando revanchismo y «un choque de civilizaciones». Las finalidades de estos tres subgéneros de extranjeros a las puertas de Europa son totalmente distintas, como, evidentemente, lo son los mecanismos jurídicos y políticos para hacerles frente.

Este *totum revolutum* sume a Europa en una confusión total, ya que, como veremos más adelante, las fuentes jurídicas, los principios que las inspiran, las normas y las políticas para abordar y solucionar distintas situaciones beben de fuentes normativas y tienen finalidades y objetivos también distintos:

- **Protección a la persona como refugiada o asilada basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**
- **Control del mercado de trabajo e integración de la inmigración regular e irregular y de sus familias, con todas las ramificaciones de su regulación en los países de acogida y en la propia Unión Europea como espacio sin fronteras interiores. Los ámbitos**

competenciales a abarcar son muy extensos y van desde sanidad, educación o vivienda hasta la integración.

- **Prevención y lucha contra el terrorismo internacional, cualquiera que sea su origen (en especial, el proveniente de países en conflicto), y lucha sin cuartel contra las mafias y los transportistas de refugiados, asilados e inmigrantes económicos.**

Europa, y más concretamente la Unión Europea, es, teóricamente, con base en los Tratados de la Unión, un territorio geográfico con voluntad de devenir un sujeto político fundado en un Estado de Derecho, en la Justicia, la libertad, defensora de la paz social y garante de los derechos inalienables de todas las personas. Hasta hoy, todos creímos y seguimos creyendo, a pesar de todo, que es el modelo de convivencia y uno de los guardianes mundiales de unos **«valores, principios, libertades y derechos fundamentales, para todos sin distinción»**.

El Sociólogo español Joaquín Arango, refiriéndose a las migraciones internacionales y a las contradicciones que hoy debemos afrontar, señalaba: *«Las características contemporáneas de las migraciones internacionales sumen a los Estados democráticos en mares de contradicciones entre las necesidades del mercado de trabajo y un clima social reticente a la emigración. Entre el ideal de la ciudadanía para todos y la existencia de gradaciones en la misma»*⁽⁵⁾.

Todos los estamentos y actores económicos estaban y siguen preocupados por la situación coyuntural que puede devenir sistémica y que les afecta en gran medida en el momento de planificar las políticas empresariales y económicas de cara a un futuro inmediato⁽⁶⁾.

Para acabar de ilustrar y encuadrar la realidad de este otoño de 2015, transcribimos dos cuadros estadísticos comparativos que nos dan fe de la magnitud del conflicto en que se encuentra hoy Europa. Puede alegarse en su descargo que lo que ha sucedido no era del todo previsible, pero estamos seguros de que, en un seguimiento —político, mundial y global—, se vislumbraba una buena parte de los acontecimientos por embajadas, cancillerías de Asuntos Exteriores o, simplemente, leyendo los periódicos. La acción u omisión en la política de Oriente Medio y en África eran y son «la fuente» de refugiados y asilados⁽⁷⁾.





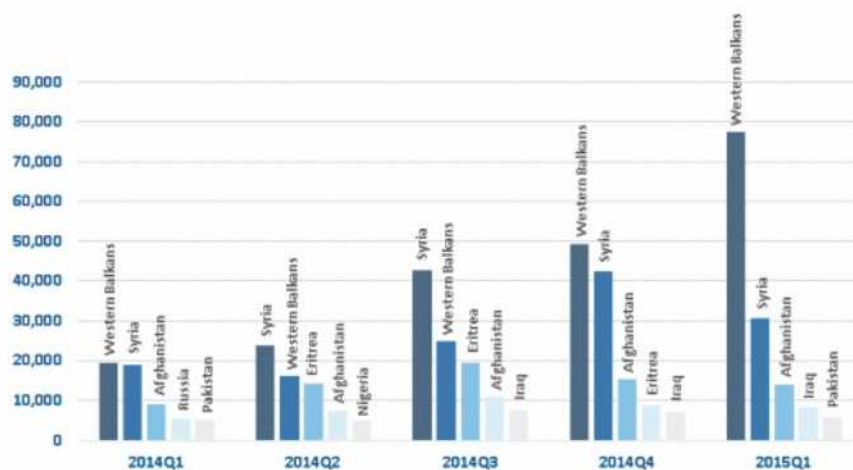
Figura 1. Peticionarios de asilo en la UE, del 4º trimestre de 2013 al 1º de 2015

	2013 4 trimestre	2014 1 trimestre	2014 2 trimestre	2014 3 trimestre	2014 4 trimestre	2015 1 trimestre	2015 %sobre total UE
Total	130.790	120.465	137.390	192.350	211.675	209.110	
Kosovo	3.830	3.265	2.735	6.365	26.090	52.005	25,0
Siria	20.405	18.855	23.755	42.780	42.570	30.655	15,0
Afganistán	8.100	9.020	7.405	11.020	15.245	13.930	6,7
Serbia	8.675	6.210	4.910	8.545	11.500	10.015	4,8
Albania	3.750	4.425	4.080	3.795	4.855	8.610	4,1
Irak	3.070	3.120	3.710	7.785	7.250	8.260	4,0
Pakistán	4.825	5.265	4.965	5.995	6.140	5.700	2,7
Ucrania	285	990	2.590	5.100	5.695	5.110	2,4
Nigeria	3.815	3.735	5.040	6.205	6.250	4.775	2,3
Rusia	5.895	5.535	4.940	4.975	4.770	4.155	2,0
Otros	48.075	49.125	57.885	59.260	55.485	65.895	32,0

Incluye Noruega y Suiza, los dos países asociados al sistema de asilo europeo.

Fuente: EASO

Figura 2. Peticionarios de asilo en la UE, del 1º trimestre de 2014 al 1º de 2015



Fuente: EASO, con datos de Eurostat, 2015.



(Eurostat ha publicado también los datos correspondientes al segundo trimestre y, según estos, los sirios representan el 21% de los peticionarios de asilo, seguidos por afganos y albaneses. En el conjunto de 2014, los sirios representaron el 20 %)⁽⁸⁾.

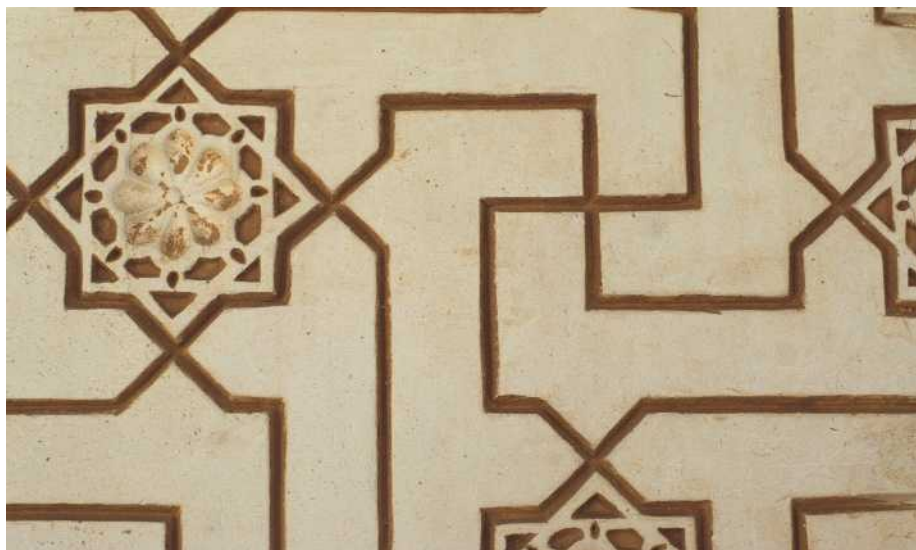
II. NECESIDAD DE CLARIFICAR CONCEPTOS Y TIPOLOGÍAS DE LA POBLACIÓN Y LOS HABITANTES EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO EN UN MOMENTO DETERMINADO

He reiterado en múltiples escritos **que la extranjería, el asilo y el trato a refugiados y asilados no son un problema en el siglo XXI**. Los problemas, en matemáticas o en física, se resuelven; si no, no son verdaderos problemas. Por ello, me atrevo a defender que la inmigración, el refugio y el asilo producido a consecuencia del movimiento de seres humanos no son un problema, ya que parecen irresolubles. Y no solo en Europa, sino en la mayoría de los países receptores o de acogida, ya que muchos países del mundo en desarrollo están abrumados por oleadas de refugiados y desplazados. La inmigración económica y, sobre todo, su trato, así como la ubicación de los refugiados, es una «**situación**» cuya única vía de salida es asumirla, gestionarla y acomodar a la población en toda su amplitud. Es un «**encaje humano**» entre la sociedad de llegada y la sociedad de acogida, sean cuales sean el posicionamiento y las características de ambas realidades sociales.

La inmigración económica y, sobre todo, su trato, así como la ubicación de los refugiados, es una «**situación**» cuya única vía de salida es asumirla, gestionarla y acomodar a la población en toda su amplitud

Dependerá de cada estatus o situación en que se halle un individuo en el territorio de un Estado o comunidad política que le correspondan o sea titular de derechos y libertades, y también de los deberes que le otorga el ordenamiento jurídico⁽⁹⁾. Derechos y libertades que deberán ser garantizados y respetados por el poder político, los Estados y las instituciones internas e internacionales.

La acomodación, integración y asunción de la realidad de este conjunto dispar de per-



sonas que hoy son refugiados en Europa, así como también de los emigrantes económicos, debe hacerse bajo tres prismas distintos:

- **Legislación interna, europea e internacional** aplicables a la situación en concreto. No olvidemos que estamos en el seno de la Unión, que es un espacio político basado en el Derecho y en un ordenamiento jurídico preestablecido.
- **Acuerdos puntuales en el ámbito internacional, o a nivel europeo y de las instituciones de la Unión**, de carácter no normativo. Se trata de decisiones políticas obligatorias que se aplican en los casos y hechos concretos y ante situaciones producidas por los no nacionales en un Estado, en las fronteras comunes o dentro del territorio de la propia Unión como espacio político.
- **Ejecución y aplicación puntual de las decisiones y de los acuerdos** políticos adoptados dentro del marco de la legalidad institucional y sus mecanismos. Bien sea en el territorio y jurisdicción de los Estados Miembros, en los Estados federados, en las autonomías o en los municipios. Pero, sobre todo, garantía de su cumplimiento y, en su caso, penalización de la conducta discordante con aquellas normas obligatorias y políticas⁽¹⁰⁾, so pena de ser sancionados con penas de carácter penal, social o administrativo, cuya expresión más cualificada y grave es la expulsión y la pena accesoria de prohibición de entrada en cualquier Estado en el espacio Schengen hasta diez años.

El escritor libanés Amin Maalouf señalaba con acierto que la globalización en materia de emigración, asilo, desplazados o refugiados es una realidad actual a asumir por todos:

Porque en este siglo ya no hay extranjeros, solo «compañeros de viaje». Nuestros contemporáneos, tanto los que viven enfrente en nuestra calle como los que se hallan en la otra punta del mundo, solo están a dos pasos de nuestra casa; la forma de comportarnos les afecta en carne propia, y la manera como ellos se comportan nos afecta a nosotros en carne propia⁽¹¹⁾.

A) *Confusión en la legislación a aplicar frente a las situaciones de refugio, asilo o inmigración económica*

Hace unos años, el comisario europeo Antonio Victorino declaró en una comparecencia ante el Parlamento Europeo para tratar del tema del asilo y la migración: **«El asilo es un derecho; la inmigración, una oportunidad».**

No estoy seguro de que hoy la ciudadanía europea y sus gobernantes estén conformes con esta contundente afirmación o que la misma aún esté vigente. Es por ello que debemos clarificar y definir los contornos de figuras que pueden resultar afines o parecidas. Pero no solo en nuestro lenguaje cotidiano, sino incluso en las normas y en la jurisprudencia interna e internacional. Confusión que se da con excesiva frecuencia al referirse a la condición de *extranjero*, *refugiado*, *asilado*, *desplazado*, *apátrida*, etc. Nos

parece imprescindible clarificar y fijar jurídicamente y en nuestro lenguaje diario qué se entiende por cada uno de estos distintos estatus. A partir de aquí, podremos y deberemos entender cuál va a ser la legislación internacional europea o nacional a aplicar.

Se han de utilizar correctamente los conceptos que se barajan para poder aplicar las normas y adecuar las políticas que regulan las situaciones humanas, en un momento y en un territorio determinados. De no ser así y aplicarse políticas erróneas en situaciones equívocas o que prestan a confusión, sería igual que querer introducir un tornillo para colgar un cuadro en una pared y hacerlo con un martillo y no con el instrumento idóneo, que es un destornillador. El resultado sería que no conseguiríamos el fin perseguido y, seguramente, nos cargaríamos la pared, el tornillo y no colgaríamos el cuadro. En definitiva, sería crear un problema nuevo a un problema viejo y sin solucionar.

La gran confusión de estatus que desconcierta a los políticos europeos es no saber cuál es la legislación aplicable al alud incontrolado de seres humanos. Pero aún más grave incluso es desconocer si existe dicha legislación o estamos solo ante un desiderátum programático de los preámbulos de leyes y tratados, cargados de buenas intenciones. La generosidad del pueblo, la *solidaridad* en abstracto, el buenismo ciudadano e institucional, las municipalidades, iglesias y ONG chocan frontalmente con las normas jurídicas, que no preveían ni aún prevén esta realidad ni la subsumen.

Las políticas de la Unión Europea se enfrentan, en este campo, con los intereses estatales y con el miedo a tener que sufragar la acogida y el reasentamiento de los refugiados. Tienen la certeza que no será un refugio temporal, sino muy duradero, y que sus políticas sociales y del Estado del Bienestar van a verse forzadas y limitadas ante esta inesperada realidad humana que aporta una problemática distinta a la que estábamos acostumbrados a gestionar. Finalmente, las políticas xenófobas o racistas hacia los refugiados, e incluso entre ellos, debido a su procedencia, religión, raza, costumbres y valores no cristianos, están anidando en muchos dirigentes y partidos políticos. Política xenófoba que está beneficiando y dando créditos electorales a los partidos de extrema derecha. Posiciones políticas, pero también hechos —campos de



reclusión, vallas en Ceuta y Melilla⁽¹²⁾, muros en Hungría y Serbia, prohibiciones de entrada en Dinamarca, prohibiciones en Calais, incendios en refugios de asilados, etc.—, expanden la convicción de que estamos ante un peligro de vastas e incontrolables dimensiones. Ciertamente, si no se utilizan los medios adecuados y con urgencia a lo largo y ancho de Europa, la confrontación y los riesgos son incalculables.

Son necesarias políticas internas y europeas que se acompañen de presupuestos extraordinarios y de cooperación ciudadana. Todo ello es indispensable para tener éxito

Conviene, pues, aclarar las distintas tipologías o los distintos estatus en que una persona puede hallarse en un territorio en un momento histórico o cronológico determinado. Dicha clasificación ayudará a su comprensión y a que se les aplique una determinada legislación y las políticas idóneas, tanto a nivel interno como internacional.

La confusión conceptual conduce a situaciones límite y al desconocimiento del rol que tienen la Unión Europea o cada uno de los Estados Miembros en este incómodo escenario, con más de 300.000 nuevos actores y con una obra improvisada, sin nadie que haya ensayado la función. Tener claros los criterios de cada grupo humano es esencial para la correcta aplicación de la legislación europea, internacional, nacional, autonómica o local que corresponda. Finalmente, las políticas sociales o de acomodación de los no nacionales y sus familias —cualquiera que sea su clasificación— deben compaginarse con los presupuestos y las políticas sociales, pues afectan a toda la población —nacional y extranjera residente regular o irregularmente— en un territorio. La clasificación en una u otra categorización respecto a la nacionalidad concede y atribuye determinados derechos políticos, económicos, sanitarios o sociales a sus beneficiarios.

B) Nacional, doble nacional, extranjero, ciudadano de la Unión, inmigrante, emigrante, asilado, refugiado, exilado, apátrida y desplazado

Para entendernos, y a título muy personal, me atrevo a hacer una disección y clasi-

ficación de las distintas situaciones en que una persona puede encontrarse en función de su nacionalidad y del lugar de residencia. Es evidente que la clasificación será un instrumento de trabajo didáctico, con independencia de otras clasificaciones más académicas o al uso. La finalidad es evitar la confusión en la que diariamente nos movemos, y, más en especial, políticos, juristas y los medios de comunicación.

— **NACIONALES.** Son quienes tienen la nacionalidad de un determinado Estado. Nacionalidad que mantienen con independencia del lugar de residencia. La nacionalidad se adquiere por filiación —*ius sanguinis*— o por lugar de nacimiento —*ius soli*. También se adquiere derivativamente por opción, residencia y carta de naturaleza.

La legislación aplicable es siempre la del Estado concedente, que determina quién es y quién no es nacional y, por tanto, cómo se adquiere, pierde, conserva y recupera la nacionalidad. Los únicos límites que tiene su regulación son evitar que el individuo caiga en la apatridia. En España, la regulación tiene su base en la Constitución, art. 11, y en el Código Civil, arts. 17 a 26. En muchos países existe un código o ley que regula la nacionalidad.

— **EXTRANJERO.** Definición siempre negativa. Es extranjero quien no tiene la nacionalidad de un Estado en el que se halla físicamente, de forma temporal, ocasional o permanente. Se es extranjero siempre en relación con un determinado Estado y en el del territorio sobre el que aquel sujeto ejerce su soberanía territorial o personal. Se es, por tanto, extranjero aunque se tenga otra nacionalidad, doble o triple nacionalidad o se carezca de nacionalidad apátrida. Ser extranjero es posicional y temporal, ya que un individuo no es siempre extranjero, salvo que sea apátrida.

La normativa sobre extranjería es, principalmente, de fuente y ámbito interno de cada Estado. Se aplica, por exclusión, a quienes no son nacionales y se hallan regular o irregularmente dentro de las fronteras de un Estado. Con independencia de que hayan entrado legalmente o de forma ilegal en dicho territorio. Debemos destacar que entre Estados se han firmado tratados internacionales que regulan determinadas

materias y situaciones, o les garantizan unos derechos o un trato privilegiado o deferente, en sus respectivos territorios nacionales, aplicando criterios de reciprocidad.

Nunca un extranjero es ilegal. Ilegal solo lo es una conducta o una cosa, pero nunca una persona

Las leyes de extranjería tienen una doble finalidad: i) regular la entrada, permanencia, salida voluntaria o expulsión del extranjero —seguridad y orden público— por cualquier motivo, sea turista, transeúnte, inmigrante, etc.; ii) regular el mercado de trabajo y la integración o acomodación del trabajador, que dependerá de en qué situación esté.

En España, la fuente primera de la legislación de extranjería es el art. 13 CE y las leyes de extranjería, como después veremos con más detalle.

— **DOBLE NACIONAL.** Es aquella persona que tiene más de una nacionalidad, debido a que por la legislación concurrente en materia de nacionalidad de sus padres o del lugar de nacimiento puede ostentar más de una nacionalidad. También se puede devenir doble nacional voluntariamente, sea por residencia, matrimonio u opción.

La doble nacionalidad puede ser convencional o diplomática —regulada mediante tratado internacional— o unilateral, concedida o autorizada por la legislación interna de un Estado; por ejemplo, el art. 11.3 CE y el Código Civil⁽¹³⁾.

— **INMIGRANTE.** Es aquel extranjero que pretende, en el territorio de un Estado del que no es nacional, trabajar y residir en él de forma permanente o temporal. Esta voluntad de trabajar y de establecerse temporalmente lo distingue de otro tipo de extranjeros, como son los turistas, transeúntes, estudiantes, familiares, etc.

La legislación que les es de aplicación es, fundamentalmente, interna y afecta a ámbitos soberanos de los Estados, como control fronterizo, seguridad, mercado de trabajo, seguridad social, vivienda, educación, sanidad, reagru-

pación familiar, etc. Mediante tratados internacionales, se puede dar un trato especial, la equiparación o un trato recíproco a los nacionales de los Estados que sean parte en un tratado bilateral o multilateral⁽¹⁴⁾.

En España, a destacar: la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social —Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre; 14/2003, de 22 de noviembre, y 2/2009—; el Reglamento 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; el Convenio Europeo relativo al estatuto del trabajador migrante hecho en Estrasburgo, el 22 de noviembre de 1977, y también convenios para evitar la doble imposición en materia fiscal y prevenir la evasión fiscal, como el ratificado y en vigor con Alemania, de 3 de febrero de 2011⁽¹⁵⁾.

- **EMIGRANTE.** Se denominan así a los nacionales de un determinado Estado que se encuentran en otro país y que han llegado y residen en él por razones laborales, que les han hecho asentarse en ese otro Estado, a él o a sus familias, de forma permanente. La legislación de los que son nacionales puede conceder derechos a ellos y a sus familiares y descendientes, a pesar de que tengan otra nacionalidad —sobre todo, los emigrantes económicos y los exilados políticos—, unos derechos como son a poder recuperar la nacionalidad, optar por la nacionalidad de origen⁽¹⁶⁾ o gozar de ciertos derechos que en un momento histórico les estaban vetados en sus países de origen. Los emigrantes pueden votar, por ejemplo, en las elecciones generales y autonómicas, si están debidamente inscritos como no residentes en los consulados⁽¹⁷⁾.
- **REFUGIADO.** Es aquel individuo que solicita protección y amparo a un determinado Estado del que no es nacional por verse perseguido, o porque su vida o integridad se halle en peligro a causa de sus opiniones políticas, credo religioso, raza, tendencia sexual u origen nacional, en el país de origen o residencia.

En estos momentos, y siguiendo la traza del conflicto sirio, debe señalarse que, además de los que han arribado a Europa, hay 4.000.000 de refugiados sirios entre Turquía, Líbano, Jordania y Egipto. Muchos de ellos, en el momento que puedan reunir el dinero suficiente para pagar a las mafias, intentarán desplazarse hacia Europa.

La legislación que les es de aplicación nace, inicialmente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial, del Convenio de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1969. Igualmente, se regula por normas de Derecho interno, que son tributarias de las obligaciones contraídas por los Estados en el ámbito de los tratados internacionales. En España, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la concesión de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 16 de mayo.

La legislación que les es de aplicación nace, inicialmente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial, del Convenio de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1969

- **ASILADO.** Se utiliza el término para aquellas personas que son o pretenden acogerse a un estatus de refugiado, pero, principalmente, cuando su persecución es por razones políticas. El asilo puede ser de tres clases distintas: i) **asilo territorial**, que es lo que están solicitando los actuales perseguidos o quienes huyen de las guerras de Siria, Afganistán o Irak, al llegar al territorio de un Estado europeo⁽¹⁸⁾; ii) **asilo diplomático**, cuando se solicita en una Embajada, caso muy frecuente en Iberoamérica, debido a los golpes de Estado⁽¹⁹⁾; en España, durante la Guerra Civil, o, muy recientemente, en la Embajada de Ecuador en Londres, por el Sr. Assange, perseguido por poner al descubierto información secreta de distintos Estados y estar perseguido por los Estados

Unidos y por Suecia, y iii) **asilo neutral**, en caso de guerra, que se concede, en general colectivamente, a los ejércitos o tropas vencidas o que huyen de una situación bélica.

La gran discusión entre los Estados en el seno de las Naciones Unidas es si se debe considerar el asilo como un derecho de la persona o bien si es una concesión graciosa por parte del Estado

La fuente jurídica es interna —en España, la Ley de Asilo—, o está contenida en tratados internacionales sobre asilo, o emana del Derecho humanitario que regula los conflictos armados.

- **EXILADO.** Es la situación en que se encuentra una persona con la nacionalidad de un país que, forzada o voluntariamente, se halla fuera del Estado del que es nacional por razones políticas, o derivadas de confrontaciones bélicas o guerras civiles, y no puede o tiene temor fundado a que si regresa esté en peligro su integridad o incluso su vida.
- **APÁTRIDAS.** Se trata de aquellas personas que, voluntaria o involuntariamente, no tienen una nacionalidad desde su nacimiento o la han perdido por sanción o por un conflicto de leyes. Los apátridas y su estatus se regulan por normas de Derecho interno —en España, art. 13.4 CE y otras disposiciones de rango jerárquicamente inferior. Asimismo, se regulan por normas de Derecho internacional que específicamente contemplan esta situación o normas contenidas en leyes de extranjería o de refugiados. Se acostumbra a emparejar esta figura con la de los refugiados y asilados. Los asilados no tienen por qué ser apátridas, son dos condiciones distintas.

A destacar: la Convención sobre el Estatuto del Apátrida, de 28 de septiembre de 1954, firmada en Nueva York, y el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.

- **CIUDADANÍA EUROPEA.** Es un estatus que tienen los nacionales de los veintiocho Estados Miembros de la Unión



Europa y les concede una serie de derechos y deberes en el territorio de los Estados Miembros, pero también en el ámbito internacional general. Es un estatuto que podríamos denominar *de extranjería privilegiada*. Este estatuto se superpone y complementa la nacionalidad de quien es beneficiario, y en ningún caso sustituye la nacionalidad que tiene del Estado. Se pierde cuando el individuo pierde la nacionalidad de uno de los Estados Miembros de la Unión Europea⁽²⁰⁾.

La fuente que concede y estructura esta condición de ciudadano europeo son los Tratados Constitutivos de la Unión, concretamente, el Tratado de Maastricht, y actualmente los arts. 9 del Tratado de la Unión —versión Lisboa— y 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Cabe destacar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, que hoy se encuentra integrada dentro del Tratado de la Unión Europea. La legislación interna de los Estados debe respetar sus obligaciones para con este tratado y dar un trato preferente y diferenciado a los de los demás extranjeros no nacionales de los Estados de la Unión. En España, Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio.

— **DESPLAZADOS.** El concepto no es necesariamente atribuible a movimientos internacionales, sino que normalmente se utiliza para referirse a un colectivo o grupo de personas dentro de un Estado que se ven obligadas, por motivos de toda índole, pero, en especial, en situaciones bélicas, a desplazarse hacia regiones más seguras o donde sus vidas no corran peligro. No son técnicamente refugiados en otro Estado, aunque estén protegidas y auxiliadas por ACNUR o por el Comisariado de Naciones Unidas. Pueden, además, estar perseguidas, como sucede actualmente en Siria, por motivos de raza, religión o por la no aceptación de las normas impuestas por los bandos en conflicto. En ocasiones, la multitud de desplazados no sabe a ciencia cierta cuál es el motivo o causa que provoca el miedo, solo las posibles consecuencias. En Siria, en este momento,

hay más de 7.600.000 desplazados internos. Otros desplazamientos masivos se han producido y aún perduran en la República Centroafricana y en otras partes del continente africano.

III. REGULACIÓN JURÍDICA VIGENTE EN MATERIA DE ASILO Y REFUGIO EN EUROPA PROCEDENTE DE FUENTE INTERNACIONAL, DE LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑOLA

En este capítulo, enumeraremos y, en su caso, analizaremos muy someramente las principales normas que hoy son de aplicación a los refugiados y asilados en el ámbito europeo y de la Unión. Como ya indicábamos, las fuentes son muy escasas, programáticas y nacen de la configuración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Les falta concreción en los 28 Estados de la Unión y unos procedimientos uniformes de aplicación. **Están sujetas, como vemos a diario, a una peligrosa improvisación política por parte de cada Estado Miembro.**

Las normas —especialmente, las políticas— de la Unión Europea y de sus Estados intentan adaptarse y modular en el Derecho interno y en el ámbito de la Unión los principios programáticos o declaraciones obligatorias del Convenio de Ginebra de 1951, que es la piedra angular en la protección de los derechos de los refugiados a nivel internacional.

A) Fuente internacional

Muy someramente, enunciaremos las normas jurídicas en que se fundamenta todo el sistema internacional para la configuración del estatuto de refugiado y para la concesión de asilo, así como para la protección de los derechos correspondientes.

a) Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 28 de julio de 1951 y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero 1967. Son, como dijimos, la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de refugiados, fuente de la normativa interna de los Estados Miembros adheridos al Convenio. Cabe destacar que, en los ordenamientos internos, el reconocimiento del estatuto de refugiado es un acto declaratorio que atribuye derechos

y deberes a sus titulares beneficiarios de aquel estatus.

La Convención de Ginebra fue un éxito conseguido en el seno de las Naciones Unidas para regular la situación en la que habían quedado millones de personas al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Algunas situaciones ya se arrastraban desde los Pactos de Versalles de 1919, tras la Primera Gran Guerra.

El Protocolo de Nueva York no modifica el contenido esencial del Convenio de Ginebra, solo se amplía el ámbito temporal de aplicación de art. 2, ya que en Ginebra se circunscribía a los acontecimientos previos a 1951 y en el de Nueva York se amplía a cualquier situación posterior, sin limitación temporal

Los rasgos característicos del Convenio de Ginebra son:

- Fija con claridad los derechos y deberes básicos que configuran el estatuto de refugiado y que deben ser respetados por los Estados parte en el Convenio. Son, esencialmente, la prohibición de expulsión o de no devolución o *non refoulement*, así como darles un trato digno durante la estancia y período temporal que confiere el estatus. De darse determinadas circunstancias, pueden ser expulsados; concretamente, por razones de seguridad nacional o de orden público⁽²¹⁾.
- Se provee al individuo, una vez concedido el estatuto de refugiado, de un documento de identidad y un documento de viaje que le permita trasladarse fuera de su territorio y que será reconocido por los Estados parte del Convenio.
- Quedan excluidos de la protección que concede el estatuto de refugiado quienes realicen actos de terrorismo o formen parte de organizaciones terroristas. El problema interpretativo grave ha sido que el concepto exacto de *terrorismo internacional* no está bien delimitado ni comúnmente aceptado por la comunidad internacional. A raíz del ataque a las torres gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, se de-



terminaron las prevenciones a adoptar y consecuencias que debían respetar los Estados, pero no su exacta definición⁽²²⁾.

b) Convenio sobre la cooperación internacional en materia de asistencia administrativa a los refugiados. Basilea, 3 de septiembre de 1985 (BOE de 11 de junio de 1987).

c) Acuerdo europeo relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados. Estrasburgo, 16 de octubre de 1980 (BOE de 24 de julio de 1987). De ámbito geográfico europeo.

B) Unión Europea

Destaquemos que las normas y la política de asilo de la Unión Europea tienen por objeto armonizar los procedimientos de asilo de los Estados Miembros mediante la instauración de un sistema común de asilo. El Tratado de Lisboa de 2009 introdujo modificaciones importantes y su aplicación se detalla en el llamado Protocolo de Estocolmo.

La norma básica fue, históricamente, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y, en particular, la letra b) del punto 1 de su artículo 63⁽²³⁾. En la actualidad, las dos normas más importantes o fundamentos jurídicos son:

- Artículo 67, apartado 2, y artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2009.
- Artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sus objetivos principales son el desarrollo de una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país a la Unión que necesite protección internacional. A su vez, garantizar el respeto de los principios de no expulsión, no devolución o *non refoulement*. La normativa y las políticas resultantes se ajustarán al Convenio de Ginebra de 1951 y al Protocolo de 1967⁽²⁴⁾.

Es muy importante destacar que ni el Tratado de Lisboa ni la Carta de Derechos proporcionan una definición de los términos *asilo* y *refugiado*. Ambos instrumentos se refieren específicamente a la Convención de Ginebra y al Protocolo de Nueva York.

La innovación del Tratado de Lisboa es la instauración de una política de asilo. Su objetivo no solo será fijar normas mínimas, sino también la creación de un sistema común que incluya estatutos y procedimientos uniformes entre los 28 Estados Miembros en la tramitación y el trato a asilados y refugiados.

La Directiva 2011/95/UE fijó los requisitos necesarios para el reconocimiento de la condición de refugiado, y también se aprobaron normas de acogida de las solicitudes de protección internacional en el llamado Convenio de Dublín, sobre el país competente para examinar las solicitudes de asilo en las fronteras de la Unión. Con ello, se evitaban los denominados *asilados en órbita*, que pasaban de una zona internacional a otra en los aeropuertos europeos. Posteriormente, fue modificado por el Reglamento 604/2013 y el ya citado sistema Eurodac.

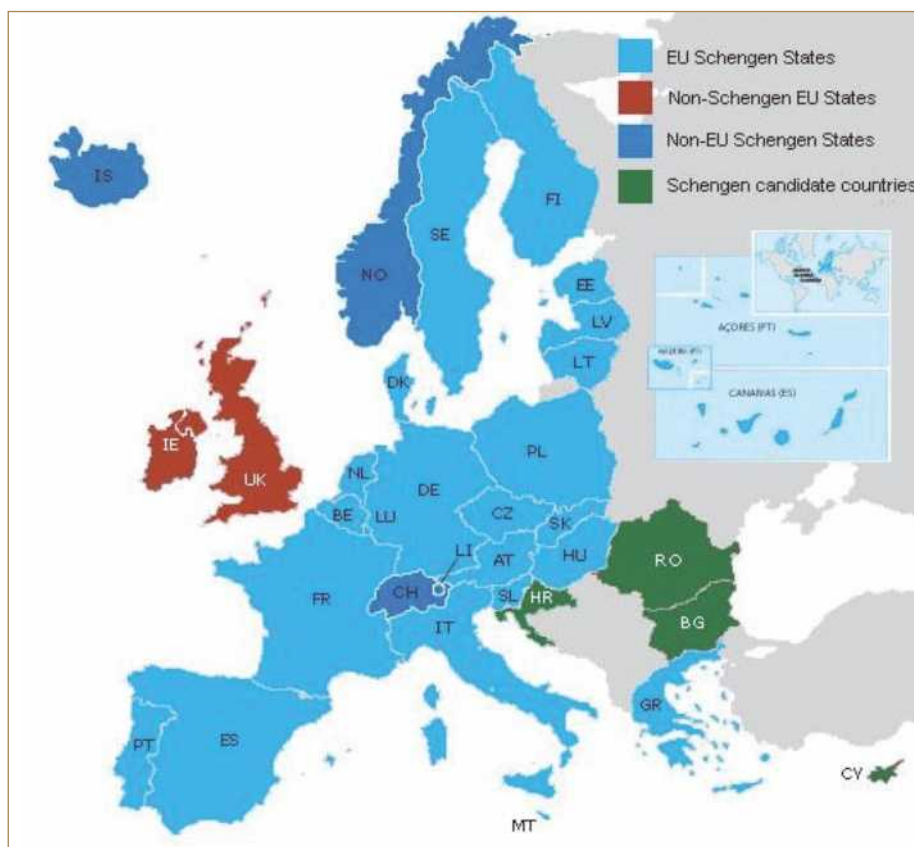
Es precisamente en la configuración y aplicación de dichas normas y sus correspondientes políticas donde puede afirmarse que la Unión Europea y sus Estados Miembros han fracasado estrepitosamente en la gestión de la crisis de refugiados en 2015, al menos hasta octu-

bre, y no se vislumbra un cambio de rumbo u orientación satisfactorio, ni para la Unión, ni para el respeto de los Derechos Humanos.

El Tratado de Schengen de 14 de junio de 1985⁽²⁵⁾, sobre la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, es también un instrumento capital en la Unión. Hoy, su eficacia está siendo puesta en duda, pues muchos países han prescindido de él. No se ha podido abordar, a su tenor, la magnitud de los solicitantes de refugio y asilo internacional en las fronteras europeas.

Un problema muy grave derivado de la situación que se está planteando en Europa respecto a la supresión de fronteras interiores es que los artículos 23 a 26 del Código de Fronteras Schengen de 2006 especifican cómo un país adherido al acuerdo puede reintroducir temporalmente los controles fronterizos en el espacio de Schengen, que es lo que está sucediendo en septiembre y octubre de 2015.

En el siguiente cuadro, vemos los Estados europeos y de la Unión que forman parte del espacio de Schengen.





C) España

En España, el derecho de asilo estaba previsto en el artículo 13.4 de la Constitución de 1978. El mandato constitucional únicamente autorizaba a que se regule la figura del asilado y del apátrida, pero no se reconoció el derecho al asilo como un derecho fundamental de la persona, sino únicamente el derecho a solicitar asilo territorial a los extranjeros perseguidos por las mismas causas que se establecen en los convenios internacionales firmados por España: el Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967⁽²⁶⁾.

En su regulación e interpretación, al igual que en la regulación de los derechos de extranjería, el legislador, el Poder Judicial y, evidentemente, el Ejecutivo están sometidos, ineludiblemente, a dos obligaciones dimanantes de la Constitución. Son el sometimiento a todos los convenios y tratados sobre derechos humanos y a un trato a refugiados y asilados, según el Derecho internacional vigente para España: el artículo 96.1 de la Constitución y el 1.5 del Código Civil nos obligan a dicha obediencia constitucional. Los tratados tienen una fuerza «supralegal» e «infraconstitucional».

Pero más importante nos parece el mandato constitucional *erga omnes*, cual es que la interpretación de los derechos concedidos y protegidos a asilados y refugiados en España deberá, bajo los parámetros fijados en el artículo, llevarse a cabo bajo el prisma del artículo 10.2 de la Constitución. Este importantísimo artículo obliga a hacerlo a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 de la ONU —que, recordemos, no es un tratado obligatorio, sino una resolución de la Asamblea General— y de otros convenios y tratados en materia de derechos humanos. No exclusivamente de aquellos que directamente afecten a los refugiados, sino a los derechos y libertades de cualquier persona nacional o extranjera.

En desarrollo del art. 13.4 de la Constitución, se aprobó en 1984 una primera Ley de Asilo, que fue desarrollada posteriormente por el Reglamento de 1985⁽²⁷⁾, que en 2015 aún está en vigor con modificaciones posteriores. La ley quedó modificada en 1996 y, finalmente, por la ley que hoy está en vigor, la 12/2009, de 30 octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Las características de cada una de estas leyes son, en síntesis:

- a) **La Ley de 1984 y su Reglamento de 1985** (Ley 5/1994, de 26 de marzo) configuraban este derecho de asilo con base en el cumplimiento por España del Convenio de Ginebra de 1951, pero estableciendo dos figuras distintas: i) el asilo territorial, que lo concedía directamente el Estado español, y ii) el refugio o estatus de refugiado, que era una homologación, en España, para quienes ya gozaban del estatuto de refugiado concedido por otros países de conformidad con los tratados internacionales en la materia, en especial, el Tratado de Ginebra de 1951.
- b) **La Ley 9/1994**, de 19 de mayo, unifica las dos subespecies de asilo y refugio, y las somete a una única figura de refugiado que se alinea con los principios básicos del estatus de refugiado ginebrino: i) prohibición de la expulsión mientras se tramita su petición de asilo o condición de refugiado; ii) *non refoulement* o devolución al país donde fuere perseguido, y iii) trato humanitario digno mientras se encuentre en su territorio con el estatus de refugiado.
- c) **La Ley 12/2009**, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se adapta a las nuevas normas de la Unión Europea, en especial, al Tratado de Ámsterdam de 1997, y a las normas de la Unión que se han desarrollado desde la Ley de 1994. Es de destacar la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 abril. La Ley supone, de hecho, una transposición de la legislación europea en donde se acoge la primera fase del sistema común de asilo, que garantiza unos derechos fundamentales y un estatus especial —que no privilegiado— a las personas que tienen la condición de refugiadas según el Derecho internacional.

Tres son las figuras que se contemplan en la actual regulación española:

- i) **El derecho de asilo**, que es la protección dispensada a un nacional no comunitario y apátrida a quien se reconoce la condición de refugiado.
- ii) **La condición o estatuto de refugiado**, que es el reconocimiento de un estatuto de obligada protección y tutela, debi-

do a que un individuo tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, credo, ideas políticas, etc.; se encuentre fuera del país de origen o residencia, y no pueda regresar a él por correr riesgo su vida o integridad. Quedan excluidos de la protección aquellos que hubieren cometido delitos de terrorismo, contra la paz, delitos de guerra o un delito contra la humanidad.

- iii) **Protección subsidiaria**, que se dispensa a los extranjeros y apátridas que no reúnen las condiciones para obtener asilo o no puede ser reconocida su condición de refugiado, pero que tienen motivos fundados de peligro en sus países de origen y/o de última residencia.

IV. POLÍTICAS EUROPEAS EN 2015 SOBRE REFUGIADOS Y ASILADOS

Este apartado está totalmente abierto en el momento de redactar el presente trabajo, ya que, desde la primavera de 2015 hasta el 18 de octubre, las cancillerías europeas y las instituciones de la Unión no se han puesto de acuerdo en la forma en que debían tratar, acoger o reubicar a los refugiados llegados por mar o por las fronteras terrestres.

Hemos descrito ampliamente y denunciado la inacción o escasa eficacia de las medidas adoptadas, que no han supuesto, de hecho, ningún freno a la afluencia de familias enteras de asilados y refugiados; al contrario, han sido un efecto llamado que ha enriquecido aún más —si cabía— a los traficantes de esclavos, cuyo negocio es hoy en el Mediterráneo más lucrativo que el tráfico de drogas⁽²⁸⁾.

Destaquemos que la política de la Unión, de la que son tributarias todas las políticas de sus Estados Miembros, debe afrontar y debe acoger a miles de refugiados que ya se encuentran en Grecia o en Italia. Es una política de *parcheo*, pues, mientras se intenta solucionar la situación de los primeros 40.000 refugiados, se ha de afrontar la situación de los cientos de miles llegados a nuestras fronteras o a los territorios de Schengen a partir de junio de 2015.

Simplemente daremos una pincelada, de trazo grueso, para entender la política y la errática posición de los Estados europeos en estos últimos meses.

En el mes de abril —concretamente, el día de Sant Jordi—, se reunió el Consejo de Ministros de la Unión para abordar el reparto de cerca de 40.000 refugiados que en aquellos momentos ya se encontraban en Europa y cuya situación era insostenible. Afectaba especialmente a los países donde habían arribado —concretamente, Italia y Grecia. No se pusieron de acuerdo y algunos de ellos no aceptaron ningún refugiado o propusieron rebajas a los que les habían sido asignados.

Con posterioridad, y antes de las vacaciones veraniegas, el Consejo de Ministros de la Unión Europea se abstuvo de tomar decisiones, a pesar de que la afluencia masiva de refugiados se acrecentaba a miles no solo en las fronteras exteriores, sino en la propia Unión. Sorprendía que su entrada a Europa se llevara a cabo como viajeros, pagándose los billetes de ferrocarril o barco, no en pateras, y tras atravesar Macedonia, Croacia, Serbia, Hungría, Austria y Eslovaquia. El Consejo no adoptó decisión específica alguna el 20 de julio, posponiéndolo para el otoño, sin una fecha fija.

España declaró que solo acogería a 1.300 refugiados, muy lejos de los 4.288 que pedía Europa. Otros Estados, como Dinamarca, Polonia o el Reino Unido, no aceptaron en este reparto a ningún refugiado. Era el fracaso de la Unión Europea en su intento de llegar a un acuerdo solidario sobre el sistema de cuotas.

Finalmente, el 14 de septiembre, en reunión de urgencia tras un agosto muy movido y con casi 300.000 nuevos refugiados llegados, el Consejo de Ministros adoptó la Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia⁽²⁹⁾.

Destaquemos, para ilustrar nuestro relato, el artículo 10 de la Decisión, que textualmente reza:

Financiación. El Estado Miembro de reubicación recibirá una cantidad a tanto alzado de 6.000 € por cada persona reubicada con arreglo a la presente Decisión. Esta ayuda financiera se ejecutará mediante los procedimientos previstos en el artículo 18 del Reglamento (UE) 516/2014.

Con un cierto sarcasmo, dijimos ya entonces que la Europa de los valores y de

los principios, y del respeto y la garantía de los derechos humanos —la Unión Europea de Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa—, había vuelto a sus orígenes: a la Comunidad Económica Europea configurada esencialmente como «una Europa de los mercaderes», pues las políticas hacia las personas y sus derechos tenían más tintes mercantiles que no de protección a seres humanos.

Se habían puesto muchas esperanzas en el Consejo de Ministros del 14 de septiembre de 2015, convocado con urgencia tras las vacaciones estivales. Sus resultados fueron decepcionantes y crearon un grave desconcierto no solo en la opinión pública, sino en el propio Parlamento Europeo

Se habían puesto muchas esperanzas en el Consejo de Ministros del 14 de septiembre de 2015, convocado con urgencia tras las vacaciones estivales. Sus resultados fueron decepcionantes y crearon un grave desconcierto no solo en la opinión pública, sino en el propio Parlamento Europeo, que se reunió al día siguiente, 15 de septiembre. No se trataba solo de un problema del dinero que cada Estado debía aportar, ni de la cuota de refugiados que cada uno de ellos debía acoger, sino de una actitud de egoísmo y temor. Egoísmo alegando que sus presupuestos, su PIB o su tasa de paro les condicionaban mucho —España—, y temor a que entre los prófugos provenientes de Siria, Irak o Afganistán se mezclen terroristas infiltrados con la finalidad de atentar y generar problemas de orden público y seguridad en el interior de la Unión.

Las cuotas de refugiados aprobadas inicialmente en el mes de mayo fueron modificadas tras la reunión del 22 de septiembre del Consejo.

Desgraciadamente, de nuevo el Consejo europeo sobre migración celebrado el 15 de octubre de 2015 no resolvió con realismo la situación, sino que, a tenor de lo que comenta acertadamente Gemma PINYOL, solo afrontó un aspecto exterior del problema mediante la aprobación de «un plan de acción con Turquía» que ayude a contener a los refugiados provenientes

REPARTO DE REFUGIADOS EN LA UNIÓN EUROPEA
(Reino Unido, Irlanda y Dinamarca quedan fuera del reparto por sus tratados propios con la UE)



de los países fronterizos, creando 6 centros de refugiados, una ayuda de 3.000.000 de euros y facilidades para los visados de la población turca en la Unión Europea⁽³⁰⁾. La Canciller Merkel, el 18 de octubre, se desplazó a Ankara para pactar con el Primer Ministro Erdogan la negociación para que Turquía participara en esta política.

Estas políticas a seguir por la Unión y los Estados Miembros en esta crisis regional y global supondrán un cambio muy importante en la población europea. Para gestionarlo, se deberá aumentar el apoyo y las dotaciones a organizaciones internacionales como ACNUR, y se deberá cooperar con los países limítrofes, como Turquía, para que actúen a modo de dique de contención para que Europa pueda poner «sus cosas en orden».



V. CONCLUSIONES

- **En el mes de septiembre de 2015, según estadísticas de ACNUR**, en el mundo se había contabilizado la ingente cantidad de 14.380.094 refugiados.
- **Nadie tiene vocación de ser asilado, refugiado, emigrante o de tener que desplazarse para sobrevivir o para obtener su libertad.** La condición de inmigrantes económicos, refugiados, desplazados y asilados tiene causas de todo orden, que, en general, son exógenas a la voluntad del individuo afectado y su familia.
- **La regulación del estatus de refugiado tiene escasas fuentes normativas internacionales, europeas e internas que la regulen.** En Europa, en 2015, resultan totalmente insuficientes e ineficaces para abordar con éxito situaciones límite como la que hoy tenemos. La vía de gestión es evidente que no es jurídica, sino política.
- **Para llevar a cabo el trato digno a los refugiados y las políticas adecuadas, se ha de clarificar la tipología de las distintas situaciones humanas de aquellos que vienen a Europa en busca de asilo, trabajo o refugio.** Si no es así, no se podrán aplicar correctamente las normas internacionales, de la Unión o de los Estados Miembros. Son necesarios acuerdos políticos entre los Estados Miembros y de estos y la Unión con los países generadores o limítrofes a los causantes del éxodo humano. La política humanitaria no es suficiente si no va dotada de presupuestos extraordinarios y de una cooperación ciudadana indispensable.
- **Los ciudadanos debemos asumir que el acogimiento de refugiados va a ser costoso para todos y que va a generar nuevas situaciones** y relaciones humanas que configurarán un nuevo futuro convivencial, no fácil, en nuestras sociedades.
- **Es indispensable y debe exigirse a nuestros dirigentes un análisis real de las causas de la situación actual y de la responsabilidad** que, por acción u omisión, tienen la Unión Europea, sus aliados y su política exterior en el mantenimiento de situaciones humanitarias globales al límite o en conflictos arma-

dos, que son los verdaderos causantes de la búsqueda de refugio por millones de seres humanos.

- **Las normas no han resultado eficaces y han sido muy mal aplicadas en la crisis actual**, donde la política de la Unión y las políticas estatales, al igual que las tardías decisiones institucionales europeas, han sumido a la Unión y a sus Estados Miembros en un caos y en un mar de contradicciones que serán difíciles de enderezar en un futuro próximo.
- **El trato que estamos dando a los refugiados y asilados ante el flujo humano proveniente de países en conflicto bélico o sometidos a dictaduras con total falta de libertad pone en duda la credibilidad de Europa y de la Unión Europea.** En palabras de la comisaria europea, la italiana Federica Mogherini, pronunciadas el día 15 de septiembre ante el Parlamento Europeo: *«Es un flujo mixto que nos hace plantearnos responsabilidades morales y políticas. En el mundo se nos ve como campeones de los derechos humanos. Nuestra credibilidad está en juego»*.

- (1) La enumeración consensuada de aquellos derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en la Unión como obligación jurídica para todos se contiene en la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** de 2007, integrada como parte indisoluble del Derecho de la Unión en el Tratado de Lisboa de 2009, y también están tipificados en los principios contenidos en los primeros artículos de aquel Tratado de Lisboa y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Destaquemos que en las constituciones de cualquiera de los Estados Miembros de la Unión *«la dignidad de la persona»* es un valor estructural a defender y garantizar. En la Constitución española de 1978, en su artículo 10.1, se señala: *«La dignidad de las personas, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la ley y a los demás derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social»*.
- (2) Carta de las Naciones Unidas de 24 de octubre de 1945, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (BOE, n.º 103, de 30 de abril) y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y

Culturales de 16 de diciembre de 1966. Son tratados internacionales obligatorios y en pleno vigor, que nacieron y se promovieron en el seno de la ONU y que generaron, a partir de los mismos, otros múltiples tratados y acuerdos internacionales que desarrollan y garantizan un *«corpus del Derecho Internacional de los Derechos Humanos más que envidiable e impensable al finalizar la Segunda Guerra Mundial»*. Por lo que respecta al ámbito geográfico de Europa y del Consejo de Europa, cabe señalar el importantísimo y muy efectivo Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el día 4 de noviembre de 1950.

- (3) El Consejo de Seguridad de la ONU aprobó el día 9 de octubre la Resolución 2240/2015, por la que se autoriza el uso de la fuerza contra los barcos destinados al tráfico de personas en aguas internacionales: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2240>. Las instituciones de la Unión Europea competentes en la operación EUNAVFOR MED han iniciado la segunda fase de operaciones en el Mediterráneo, que se denomina *Sofia*, recordando a una niña nacida en un barco de salvamento.
- (4) E. SAGARRA TRIAS, «Drets humans a Europa: tancat per vacances?», en *Món Jurídic*, n.º 300, Sept. 2015, págs. 16-17, y «Cemeterium Nostrum», en *El Punt Avui*, 28 Abr. 2015.
- (5) J. ARANGO, «Una nueva era en las migraciones internacionales», en *Revista de Occidente*, n.º 268, Sept. 2003, págs. 5-21.
- (6) «¿Qué puede hacer la empresa en la crisis migratoria?», en *Expansión*, 21 Sept. 2015, págs. 28-33 y portada. También E. SAGARRA TRIAS, «Calais y el Mediterráneo, dos formas de tratar la inmigración», en *Agenda Pública*, Ago. 2015.
- (7) Un informe de la Agencia Frontex, que es la agencia de la Unión Europea encargada de la gestión de fronteras, reveló que la entrada de extranjeros irregulares en julio de 2015 había superado los 100.000, que era el récord máximo desde que Frontex comenzara a mantener registros en 2008. Desde enero hasta julio, la cifra era de 340.000 entradas irregulares y solicitantes de asilo.
- (8) Vid. C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «El refugio en la UE: sirios y kosovares», en *Revista Elcano*, n.º 53/2015, 7 Oct. 2015.
- (9) Art. 13 de la Constitución española de 1978: *«Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título ("De los derechos y deberes fundamentales") en los términos que establezcan los Tratados y la Ley»*.



- (10) Barcelona fue la primera ciudad que se declaró, a finales de agosto, «ciudad europea de refugio». Posteriormente, fue seguida por otros muchos municipios en Catalunya, España y Europa. La dificultad era —y sigue siendo— cómo podrá llevarse a cabo este loable desiderátum humanitario, si no se dota de una vía específica, rápida y legal de entrada y acomodación a los nuevos refugiados.
- (11) A. MAALOUF, *El desajuste del mundo*, Ed. Alianza, Madrid, 2009.
- (12) E. SAGARRA TRIAS, «Devoluciones en caliente y la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», en *La Notaria*, n.º 3/2014, págs. 22 y ss.
- (13) España tiene concertados múltiples tratados de doble nacionalidad con países iberoamericanos. Igualmente, pueden tener la doble nacionalidad, por previsión del artículo 11.3 de la Constitución y del artículo 24 del Código Civil, los portugueses, los nacionales de Guinea Ecuatorial, los andorranos, los filipinos y, a partir de septiembre de 2015, también los judíos sefarditas.
- (14) La Comunidad Europea y sus Estados Miembros tienen concertado, a título de ejemplo, un Acuerdo de colaboración y cooperación de 24 junio 1994 con la Federación Rusa respecto a la igualdad en las condiciones de trabajo con los nacionales.
- (15) BOE 30 de julio de 2012
- (16) Vid. SAGARRA TRIAS, Eduard, “Discriminación a los españoles hijos de emigrantes al acceso de la nacionalidad española de origen”, *La Notaria*, n.º 2 2011, págs. 90 -102.
- (17) Ley electoral general española. Ley Orgánica 5/1985 sobre Régimen electoral General modificada por LO 2/2011 de 28 enero, art. 31, n.º 2 y art. 75.
- (18) El asilo territorial, es una materia necesitada de Codificación internacional y figura des de 1949 punto en la Agenda de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, pero sin haberse llegado todavía a un tratado ni a un proyecto definitivo. La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, aprobó una Declaración sobre el Asilo Territorial 2312 (XXII), que se fundamenta en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Este derecho no está incluido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- (19) Convención de Caracas de 1954, sobre asilo diplomático. Cabe destacar el célebre caso del peruano Raúl Haya de la Torre, que solicitó asilo en la Embajada de Colombia y motivó las sentencias del Tribunal Internacional de Justicia de 1950 y 1951 (*CIJ Recueil* 1950: 266 y ss., y *CIJ* 70 y ss.).
- (20) Acerca de los derechos concernientes a la ciudadanía europea, vid. E. SAGARRA TRIAS, «La nacionalidad futura de los ciudadanos de Cataluña y “el dret a decidir”», en *¿Existe el derecho a decidir?*, prólogo de D. Antonio Garrigues, Ed. Tibidabo, Barcelona, 2014, págs. 185-232.
- (21) Expulsión y devolución. De especial interés es la recientísima Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de junio de 2015 (asunto C-373/13), que concierne a una cuestión prejudicial de Alemania, en que el Tribunal, interpretando la Directiva europea 2004/83, consideró que respeta el Derecho de la Unión la revocación de un permiso de residencia a un refugiado, si existen motivos para no aplicar la excepción de *no devolución* debido a razones de interés nacional y de orden público.
- (22) El punto 5 de la Resolución 1377 (2001), de 12 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, destaca que «los actos de terrorismo internacional son contrarios a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y la financiación, planificación y preparación de terrorismo internacional, así como todas las formas de apoyo, son igualmente contrarias a los propósitos y principios de la Carta».
- (23) Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados Miembros (DOCE, n.º L 31, de 6 de febrero).
- (24) No se enumerarán aquí los principales instrumentos jurídicos existentes en esta materia y las propuestas pendientes de acordarse y de formalizarse como obligatorias en el sistema normativo de la Unión. Cabe citar solo el Reglamento n.º 516/2014, que crea un fondo de asilo, migración e integración; el Reglamento n.º 603/2013, que crea el sistema europeo para la comparación de las impresiones digitales para la aplicación efectiva de disposiciones anteriores, y el Reglamento n.º 604/2013, que establece los criterios para la determinación del Estado responsable del examen de protección internacional.
- (25) Acuerdo de adhesión de España (BOE de 5 de abril de 1994). Inicialmente firmado por Benelux, Francia y Alemania, y al que se adhirieron posteriormente Italia, Austria y Grecia. Hoy son 26 Estados Miembros del convenio de Schengen: Alemania, Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Suecia y Suiza.
- (26) Vid. E. SAGARRA TRIAS, «Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España», en *Protección jurisdiccional y garantías*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1991, págs. 66-87.
- (27) Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, modificado en múltiples ocasiones por leyes y reales decretos posteriores, por el que se regula la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994.
- (28) Las hemerotecas de este mes de octubre son una viva muestra de esta afirmación, y por ello no citaremos más reuniones ni cumbres, ni daremos más datos cada día más escalofrantes. A las pruebas nos remitimos.
- (29) DOUE de 15 de septiembre de 2015 (L 239/146).
- (30) Gemma PINYOL, «Sobre las conclusiones del Consejo europeo de emigración», en *Eldiario.es*, 17 Oct. 2015.

La propiedad temporal y la compartida



Francesc Torrent Cufí

Notario de El Masnou

Vocal de la Sección de Derechos Reales de la Comisión de Codificación de Cataluña

Miembro del Grupo de Trabajo del Observatorio Catalán de la Justicia

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de examinar las propiedades temporal y compartida de la Ley 19/2015, de 29 de julio (DOGC 6927, de 4 de agosto de 2015), conviene hacer unas consideraciones de cariz general.

En nuestro país, el mercado de la vivienda se ha centrado desde tiempos inmemoriales en la vivienda de propiedad. A diferencia de otras sociedades desarrolladas de nuestro entorno, la vivienda de propiedad supera el 80%, tal y como reconoce el mismo Preámbulo de la Ley. El encarecimiento del precio de la vivienda en los dos últimos decenios ha contribuido a un sobreendeudamiento hipotecario excesivo de las familias, que han visto cómo crecía la burbuja inmobiliaria, lo que ha puesto en riesgo la estabilidad de las mismas fa-

milias y de las empresas, y la solvencia de muchas entidades bancarias, que no pudieron o no supieron atemperar una excesiva dependencia de la construcción. Todo ello ha comprometido la buena marcha de la economía del país.

A diferencia de otras sociedades desarrolladas de nuestro entorno, en nuestro país el mercado de la vivienda se ha centrado desde tiempos inmemoriales en la vivienda de propiedad

El sistema de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos ha desincentivado tradicionalmente el mercado de alquiler, de

manera que **solo encontramos alrededor de un 15% del parque de viviendas en régimen de alquiler.** Además, **la Administración no ha acertado cuando ha tenido que desarrollar unas políticas claras de alquiler social** (que solo representa cerca de un 2% de la vivienda total) **y de adquisición de vivienda social.** La administración no adoptó ninguna medida para enfriar la burbuja inmobiliaria, como había hecho en el año 1992, con el argumento inconfeso de *mejor no tocar nada*, y porque la lluvia de impuestos que recibía era el sueño de todo gobierno para aplicarlo a políticas sociales, algunas verdaderamente de cara a la galería y electoralistas. En los años de bonanza, muchas administraciones municipales no destinaron lo suficiente las plusvalías derivadas de la burbuja inmobiliaria al fomento de políticas de alquiler social, de construcción y venta de viviendas de protección ofi-



cial y de acceso diferido a la propiedad; es más, en algunos casos, contribuyeron a elevar el precio de la vivienda con convenios urbanísticos que duplicaban o incluso más los porcentajes de las cesiones obligatorias. Para colmo, las líneas de actuación de muchos municipios han estado fluctuando al compás de las mayorías políticas cambiantes de los consistorios.

Los doctores Sergio Nasarre Aznar y Héctor Simón Moreno ponen de manifiesto⁽¹⁾ que los retos principales en política de vivienda tendrían que ser «la reducción de las viviendas disponibles (tanto privadas como públicas); los problemas de liquidez de las entidades de crédito, que repercuten en el insuficiente financiamiento que destinan a las familias; evitar un nuevo sobreendeudamiento familiar; crear un contexto favorable al ahorro, al endeudamiento responsable y al crédito responsable, y, finalmente, flexibilizar el acceso a la vivienda a través de nuevas formas de tenencia que combinen asequibilidad, flexibilidad y estabilidad».

II. NUEVAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO A LA VIVIENDA

La respuesta jurídica tradicional para el acceso a la vivienda ha sido la **adquisición de la plena propiedad** mediante la compraventa, antes por un precio al contado; en los años sesenta y setenta, se consagró la práctica en la que el vendedor aplazaba una parte del precio, garantizado con condición resolutoria, a la vez que se estable-

cían las bases económicas para la generalización del crédito hipotecario por parte de las entidades bancarias, omnipresentes en las décadas siguientes. Los **contratos de alquiler** no han representado nunca en nuestra sociedad una alternativa a la propiedad, y con la reforma de la LAU por la Ley 4/2014, de 4 de junio, se debilita la condición del arrendatario al limitar la duración del contrato a tres años. **Tampoco han representado una alternativa seria los otros derechos reales**, como son los censos, el usufructo, el uso, el derecho de habitación o el derecho de superficie. Y tampoco determinados contratos, como el arrendamiento con opción a compra, ciertamente un poco más empleado en la era de la postburbuja. Ninguna de estas figuras ha servido para generar una alternativa real a la propiedad y al alquiler para acceder a la vivienda. A pesar de esto, el Ayuntamiento de Barcelona, en el Plan de la vivienda 2008-2016, ha utilizado como figuras del Patronato Municipal de la Vivienda únicamente el alquiler y el derecho de superficie, sobre la base del art. 82.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda, según el cual «se puede transmitir la propiedad plena de las viviendas de protección oficial, o bien formalizar derechos de superficie, venta a carta de gracia u otros derechos reales, así como cederlos en arrendamiento». Por su parte, el Ayuntamiento de Madrid, a partir del año 2010, puso en marcha un proceso de venta de suelo de propiedad municipal a los superficiarios de las viviendas, normalmente construidas en régimen

de cooperativas, para facilitarles el acceso a la propiedad plena de las viviendas que ostentan, con la consiguiente problemática de coexistencia de porciones alícuotas en plena propiedad y de otras que mantienen la titularidad municipal, cada vez que muchos superficiarios no han adquirido la cuota que afecta a su entidad.

Bajo el amparo de la elasticidad y proporcionalidad o no limitación del derecho de la propiedad, con la referencia del Derecho Comparado y ateniendo a los principios jurídicos que conforman el Derecho Civil catalán, ha sido posible crear otras alternativas jurídicas más flexibles (se han denominado *tenencias intermedias*), adecuadas a las necesidades reales y que faciliten a la vez a los adquirentes, como se comentaba recientemente, una asequibilidad económica para adquirir una vivienda, así como una flexibilidad y una estabilidad en su disfrute como propietarios. De esta forma, el **art. 71.1 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda**, modificada por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, **estableció las bases** de otras formas de **propiedad**, especialmente, la **compartida**, al disponer que: «1. La Administración de la Generalitat, o, subsidiariamente, cualquier Administración de carácter local o supranacional, para incrementar las posibilidades de acceso a la vivienda de los jóvenes de menos de treinta y cinco años, las familias numerosas y las personas con discapacidades, entre otros, puede establecer contratos de copropiedad con particulares como ayuda a la compra de una vivienda destinada a la residencia habitual permanente». La propiedad compartida no es una comunidad romana proindivisa, ni se le pueden aplicar muchos de sus preceptos (por ejemplo, el de la división de la cosa común). Los ordenamientos jurídicos catalán y español regulan diversamente determinadas situaciones de comunidad, como es la misma propiedad horizontal. Y encontramos que se fracciona la propiedad en el censo enfiteútico, el pacto de reserva de dominio, la propiedad superficiaria y en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, en el periodo de tiempo entre la inscripción registral y la transmisión.

Con respecto a la **propiedad temporal**, en diversos artículos del CCCat encontramos situaciones de temporalidad del derecho de propiedad, como se encarga de precisar el art. 547-3.2 CCCat, que son, entre otros: el art. 564-1, al decir que la superfi-



cie es un derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o las plantaciones encima de la misma; el art. 426-26.1, según el que, en las sustituciones fideicomisarias, el fiduciario es un propietario temporal, mientras que no se cumpla el plazo o la condición; el art. 427-13, en relación con los legados hechos bajo condición y término resolutorios; el art. 531-16, en relación con las donaciones condicionales y a término, y el art. 531-19, en relación con las donaciones con cláusula de reversión, según los cuales el donatario adquiere la propiedad de los bienes de forma temporal hasta el cumplimiento del plazo o la condición, y el art. 326 a 328 CDCC, en relación con la venta a carta de gracia. En general, sabemos que la transmisión de la propiedad se puede hacer, fruto del poder de disposición del primer propietario, con una cláusula resolutoria, y el art. 6 de la Ley de Cesión de Finca regula la condición resolutoria en caso de incumplimiento del contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura.

También en determinadas leyes especiales vemos como el legislador ha fraccionado la propiedad (ciertamente, en estos casos, se trata de propiedades especiales), como por ejemplo el art. 14 del Real Decreto de Ley 1/1996, de 12 de abril, de propiedad intelectual, según el cual, el autor de una obra tiene la propiedad intelectual *temporal* (limitada a la vida del autor y setenta años más) absoluta y exclusiva, y los arts. 40 y 41 del Real Decreto de Ley 2/2008, que disponen que el derecho de superficie atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones y plantaciones. Y el derecho de aprovechamiento de las aguas públicas, que se limita temporalmente a setenta y cinco años, desde la Ley de Aguas 29/1985.

El sistema de *numerus apertus*, también en materia de derechos reales, está reconocido por el art. 2 LH, al decir que «en los registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: [...] 2º—Los títulos en los que se constituyan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y **cualesquier otros (derechos) reales**». Y, según el art. 7 RH: «Conforme a lo que dispone el art. 2 de la Ley, no solo tendrán que inscribirse los títulos en los que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en estos

párrafos se citan, sino cualesquier otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde ahora o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

La normativa admite que la perpetuidad no es un elemento tipificador del dominio, o, dicho en otras palabras, que es posible la denominada *propiedad temporal*

Todos estos preceptos admiten que la perpetuidad no es un elemento tipificador del dominio, o, dicho con otras palabras, que la perpetuidad no forma parte de su contenido esencial, y que se permiten otros derechos reales. Nos están diciendo que son posibles las propiedades temporales.

Las tenencias intermedias constituyen una solución estructural que tiende a evitar otro *boom* constructivo y otra crisis inmobiliaria (o, por lo menos, a dificultar su repetición), y suponen una verdadera tercera vía liberada de la provisionalidad del alquiler y de la excesiva onerosidad de la propiedad completa. La dación en pago y la mediación hipotecaria como sistema de resolución de conflictos son más bien medidas simplemente paliativas de la crisis inmobiliaria actual y tienen un carácter simplemente reactivo, en el sentido que operan después de que se haya producido el impago,⁽²⁾ aunque, tal y como veremos al final, con las propiedades temporal y compartida pueden evitarse lanzamientos de deudores hipotecarios.

III. LA VIVIENDA, UN DERECHO ESENCIAL. LA VERTIENTE CONSTITUCIONAL

La propiedad es uno de los pilares que prevén las normas constitucionales. La vivienda es una necesidad básica de las personas, que permite el libre desarrollo de la personalidad sobre la base de la dignidad humana. El derecho a una vivienda asequible, estable y digna se consagra en la Constitución (arts. 33 y 47), que, por cierto, no define ni determina el concepto de *propiedad* ni consagra su pretendido carácter

perpetuo, ni lo hace el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 26).⁽³⁾ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1996 —art. 11, resolución 2200 A (XXI)—, la Carta Social Europea de 1966, revisada en 1996, y el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea inciden en la vivienda como una necesidad esencial.

Junto a esta **vertiente institucional del derecho de propiedad, que considera la propiedad privada como uno de los pilares básicos socioeconómicos**, desde una vertiente individual su contenido esencial se centra en las facultades de poder usar, disfrutar y disponer, ya que el dominio no se concibe como un derecho decimonónico absoluto, perpetuo, unitario e indisponible, sino limitado, por aplicación del principio de proporcionalidad que se deriva de la misma función social de la propiedad, y **elástico**, en el sentido que, cuando se extingue un derecho real que la grava, la propiedad lo absorbe. Los textos internacionales, constitucionales y estatutarios, insistimos, se limitan a reconocer genéricamente la propiedad, aunque no la definen, y afirman que la función social de la propiedad delimita su contenido, de acuerdo con las leyes. Tenemos que acudir, por tanto, a las normas civiles, que, de hecho (art. 348 CC y arts. 541-1 y 541-2 CCCat), tampoco le otorgan un carácter absoluto y perpetuo.⁽⁴⁾ El Tribunal Constitucional, en la STC 37/1987, habla de la «*plasticidad* de dominio», que se manifiesta en la existencia de diversas propiedades o diferentes estatutos jurídicos, e introduce, por tanto, la idea de la fragmentación del derecho de propiedad. Las SSTC 120/1990, de 27 de junio; 215/1994, de 14 de julio, y 50/1995, de 23 de febrero, abandonan la tesis del dominio como un derecho absoluto y adoptan una postura más intermedia y relativa.

El día 29 de septiembre de 2015, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas inició el procedimiento de cooperación previsto en el art. 32.2 de la LOTC 2/1979, en relación básicamente con la propiedad temporal, que es previo al recurso de inconstitucionalidad, en una decisión muy desencantada desde el punto de vista competencial y civilista. Y es que la temporalidad, que es la nota característica que encontramos en la propiedad temporal, no deja de ser fruto del mismo poder de disposición del que disfruta el primer



propietario o propietario originario. En la legislación civil catalana, hemos mencionado en el apartado anterior muchos casos de reconocimiento explícito de titularidades temporales, por lo que queda demostrada la conectividad de estas nuevas figuras con la tradición jurídica catalana y también con diversas instituciones de otros ordenamientos civiles peninsulares (los viudos fiduciarios *temporales* aragonés y navarro —arts. 451 a 455 CDFa y leyes 149,232 y 237 CDFN—; con respecto a las *corralizas*, a los derechos de superficie, sobreedificación y subedificación; el fiduciario temporal navarro; la fiducia; la venta con pacto *de retro* —CDFN, leyes 381; 428; 149,232 y 237; 163,466; 475, respectivamente—) y del mismo CC, como por ejemplo los arts. 39 (expiración del término o realización de la finalidad de las corporaciones, asociaciones y fundaciones), 620 (donaciones *mortis causa*, revocables hasta la muerte del donante), 621 (donaciones *inter vivos*), 641 (donaciones con cláusula de reversión, en las que el donatario adquiere la propiedad de los bienes de forma temporal hasta el cumplimiento del término o la condición), 647 (donación modal revocable), 783 (el fiduciario tiene la condición de propietario temporal), 790 y 805 (admiten la institución de herederos y los legados bajo condición y a término suspensivo o resolutorio), 1507 y ss. (retracto convencional), 1700.1, 1702 y 1703 (disolución de la sociedad por pérdida de lo que se debía aportar, en la que se admite la sociedad por un tiempo determinado) y los arts. 9 y 107.10 LH (bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas).

IV. LOS ANTECEDENTES EN DERECHO COMPARADO

El Derecho histórico inglés prevé la fragmentación del derecho de la propiedad con las figuras del *leasehold*, un dominio por un tiempo limitado pero que puede llegar a los 999 años, y del *freehold*, un dominio por tiempo ilimitado; las dos figuras superan de alguna forma las reminiscencias feudales que perpetúan la *anomalía histórica* (adjetivaríamos desde un punto de vista del Derecho continental) que la Corona sigue conservando la condición de propietaria de toda la tierra de Inglaterra. De hecho, el Derecho inglés (de evolución jurídica trunca, se dice a menudo desde una óptica latina) no permite que nadie tenga la condición de propietario de la tierra, sino la de titular de una porción de tiempo (*slice of time*). Más recientemente, se ha generado en el Reino Unido e Irlanda la figura del *shared ownership*, en virtud de la cual el titular adquiere la propiedad de una porción del inmueble y la tenencia del resto por un plazo de hasta 99 años, y puede ir adquiriendo más porciones, que se pueden financiar. El propietario originario suele ser una entidad pública (una *housing association*): aquí tenemos una pariente lejana de la nueva propiedad compartida.

V. LA LEY DE LA PROPIEDAD TEMPORAL Y COMPARTIDA

El anteproyecto de esta ley se ha elaborado por la Sección de Derechos Reales

de la Comisión de Codificación de Cataluña, que lo ha conformado atendiendo a los principios del Derecho catalán. A la sección, se incorporaron el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Rovira i Virgili, Dr. Sergio Nasarre Aznar, y la Letrada de la Dirección General de Vivienda de la Generalitat, Imma Ribas i Algueró, ambos en representación de la Consejería de Territorio y Sostenibilidad. La Sección culminó el anteproyecto a finales de 2012, a las postrimerías de la penúltima legislatura, en unas jornadas intensivas a San Benet de Bages (en petit comité, se le ha llamado el *Anteproyecto de San Benet*).

El texto legal se incorpora sistemáticamente en el CCCat a través de la introducción del Capítulo VII («Propiedad temporal») al Título IV («Del derecho de propiedad») del Libro V del CCCat, aprobado por la Ley 5/2006. La propiedad compartida se incorpora con el nuevo Capítulo VI («Propiedad compartida») al Título V («De las situaciones de comunidad») del mismo Libro V.

Mientras que la propiedad temporal puede calificarse como una modalidad de la propiedad a término, la propiedad compartida, sin embargo, presupone una concurrencia de titularidades

Esta ubicación determina la naturaleza de ambas instituciones: mientras que la propiedad temporal es una modalidad de la propiedad a término, la compartida presupone una concurrencia de titularidades. El apartado 8 del Preámbulo contiene una imprecisión terminológica, tergiversación, con respecto a los dominios directo y útil antes de la Ley 6/1990, de censos, que próximamente será objeto de una corrección de erratas en el DOGC.

La ley destina diez numerales del art. 547 a la propiedad temporal y doce del art. 556, a la compartida. Es, por tanto, una regulación poco extensa, porque, según el principio básico de libertad civil que conforma el Derecho catalán (art. 111-6 CCCat), las normas de estas dos instituciones son de carácter dispositivo, por lo que se otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad para conformarlas. En defecto de pacto, las disposiciones del capítulo respectivo se tienen que integrar por las normas de Cód-



go relativas al derecho de la propiedad (art. 547-3, para la temporal) y a la comunidad ordinaria indivisa y a los derechos de adquisición, en aquello que sean compatibles (art. 556-3, para la compartida).

La propiedad temporal y la compartida están pensadas para aquellas personas y familias, especialmente jóvenes y trabajadoras, que tienen un nivel medio de ingresos, por lo que no consideran el alquiler una opción óptima, pero que les resulta imposible acceder a una vivienda en propiedad, si no es a través de estas nuevas instituciones.

VI. LA PROPIEDAD TEMPORAL

Concepto

La propiedad temporal confiere al titular la propiedad de un bien durante un cierto y determinado término, transcurrido el cual, el dominio pasa al titular sucesivo (art. 547-1).

Objeto

Pueden serlo los bienes inmuebles y los muebles duraderos no fungibles que puedan constar en un registro público (art. 547-2).

Duración

El elemento de tipificación de la propiedad temporal es el término, que se debe establecer necesariamente y tiene que ser cierto y determinado. La duración mínima se fija en 10 años para los inmuebles y en 1 año para los bienes muebles; y la máxima, siguiendo la tradición catalana y los sistemas jurídicos continentales, en 99 años (art. 547-4.3).

Adquisición

La propiedad temporal se puede adquirir por acto o negocio jurídico *inter vivos*, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte (art. 547-4.2), y por vía de retención o de transmisión de una de las dos propiedades o de ambas (art. 547-4.1). El segundo inciso de este último artículo y el art. 547-4.4 se introdujeron en el trámite parlamentario mediante enmiendas de diversos grupos, y son sobrantes, en el sentido de que, en la transmisión de un bien perteneciente a una comunidad de propietarios, se aplican las normas del Capítulo III del Título V del CCCat, art. 553, de la propiedad horizontal (como no podría ser de otra forma), así

como también es sobrante la exigencia de acompañar la transmisión de un inventario de bienes que, si se tercia, la integran, por que ignora la legislación notarial.

Respecto al **título de adquisición**, rige la norma general del art. 1280 CC de la necesidad de otorgar en documento público las actas y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, título que normalmente será la escritura y, más excepcionalmente, el documento administrativo; el documento judicial tiene un recorrido aún más inverosímil.

La **inscripción** es de carácter voluntario, conforme a los principios hipotecarios. En la inscripción del título, se tiene que hacer constar la duración y, si es pertinente, el régimen voluntario pactado por los contratantes (art. 547-8).

Régimen voluntario. El art. 547-5 es el ejemplo paradigmático de norma dispositiva que simplemente da ideas para conformar el régimen jurídico de la propiedad temporal, y que se pueden establecer en:

- El pago a términos del precio de adquisición.
- La facultad del propietario temporal de prorrogar su derecho por un término que, sumado al inicial, no exceda el tope legal, sin perjuicios de terceros.
- El derecho de adquisición preferente de cada uno de los propietarios temporal y sucesivo, para el caso de la transmisión onerosa del derecho del otro.
- Una opción de compra de la titularidad sucesiva a favor del propietario temporal.
- El derecho del propietario temporal a que el titular sucesivo le pague los gastos por obras y reparaciones necesarias y exigibles, en atención, principalmente, a su importe y al tiempo que reste de duración.

Facultades del propietario temporal (art. 547-6)

La clave de esta institución, junto con la temporalidad, consiste en que el propietario temporal disfruta, mientras dura su derecho, de un poder jurídico idéntico al del propietario ordinario, que lo legitima para actuar como propietario único y exclusivo, lo que le permite:

- Enajenar la propiedad temporal, hipotecarla, transmitirla *mortis causa* o someterla a cualquier gravamen sin la intervención del titular sucesivo, al que solo se le tiene que notificar el acto una vez que se ha celebrado.
- El ejercicio en exclusividad de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un inmueble constituido en régimen de propiedad temporal.
- La creación y la transmisión de otra propiedad temporal de menor duración a favor de una o más personas, a la vez o primero una y después la otra.

Destacamos que estas son facultades obvias que el legislador ha tenido interés en especificar para ayudar a conformar la institución, particularmente, la posibilidad de hipotecarse para obtener financiamiento para adquirir la propiedad temporal. Como contrapartida de estas facultades, el propietario temporal se tiene que hacer cargo de todos los gastos generados por el inmueble o por el bien.

El titular sucesivo es un titular de un derecho de reversión: el derecho a recuperar la propiedad cuando acabe el del propietario temporal. Este derecho tiene un contenido económico y jurídico

Facultades del titular sucesivo (art. 547-7)

El titular sucesivo es un titular de un derecho de reversión, el derecho a recuperar la propiedad cuando acabe el del propietario temporal. Este derecho tiene un contenido económico y jurídico, siempre que el titular sucesivo puede disponerlo *inter vivos* (enajenar, hipotecar, gravar) y *mortis causa*, pero de ninguna manera puede ingerirse en el ejercicio de las facultades del propietario temporal. Una vez pasado el término establecido, el bien se convierte en propiedad plena del titular sucesivo, sea el originario o el derivativo, libre de cualquier carga o contrato que exceda del término establecido.

El titular sucesivo puede exigir al propietario temporal que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción, si el bien se ha deteriorado en un 50% o más



de su valor por culpa o dolo de este último, tomando como referencia el valor del bien en el momento de producirse el hecho. Si no se hace cargo, se convierte en una causa de extinción de acuerdo con el art. 547-9.1, letra b).

La extinción de la propiedad temporal (art. 547-9)

A parte de la mencionada, la propiedad temporal se extingue por el vencimiento del término. Solo subsisten los derechos reales que gravan la propiedad temporal en los casos de renuncia del derecho, abandono de la posesión o del bien o cualquier otra causa voluntaria de extinción, y esto hasta que no venza el término o la causa de extinción de la propiedad temporal.

Los efectos de la extinción (art. 547-10)

Una vez extinguida la propiedad temporal, el titular sucesivo adquiere el dominio del bien, toma posesión y puede exigir las acciones posesorias y de protección del dominio. El propietario temporal responde por los daños ocasionados en el bien por su culpa o por dolo. Las mejoras y accesiones y los frutos pendientes benefician al titular sucesivo. En el momento de la extinción, se debe elaborar un inventario que se tiene que entregar junto con el bien.

Ventajas de la propiedad temporal

La propiedad temporal presenta las ventajas siguientes:

1. Permite planificar la adquisición de la vivienda ajustándola al tiempo que cada persona o familia necesita.
2. Potencia la cultura del ahorro.
3. Ya que el tiempo de la tenencia de la vivienda es corto y su precio es muy inferior, los préstamos serán más pequeños y ajustados a los sueldos medios, por lo que se potencia el crédito y el endeudamiento responsable.
4. Desde un punto de vista económico, puede contribuir a reducir la cantidad de viviendas disponibles y a reactivar el sector inmobiliario, y permite superar la escasa o exigua liquidez de algunas entidades de crédito, al ser los préstamos más pequeños.
5. La propiedad temporal se otorga por un tiempo determinado, por lo que es antiespeculativa: como en la compra de un coche, su valor disminuye desde el primer momento.
6. El propietario temporal tiene una estabilidad que no da el arrendamiento; el titular sucesivo, por su parte, cobra de un sola vez una cantidad razonable y deja de soportar cualquier gasto generado por el inmueble.

Situaciones tipo a las que se puede aplicar la propiedad temporal

Dado el carácter innovador de esta figura, es interesante ejemplificar algunas situaciones tipo a las que se puede aplicar la propiedad temporal:

1. Matrimonio o pareja de 37 años, con dos o tres hijos de 4, 6 y 8 años, que viven en un pequeño piso de dos habitaciones. Tienen unos sueldos medios. Aspiran a tener una casa con jardín y piscina. La adquisición de la propiedad temporal (25 años, por ejemplo) de una casa les permitirá ajustar la compra a sus posibilidades económicas por un precio razonable y con una financiación prudente, y podrán disfrutar de la vivienda durante la parte central de su vida, hasta que los hijos se hayan emancipado (al extinguirse la propiedad temporal, tendrán, respectivamente, 29, 31 y 33 años); los padres tendrán entonces 62 años y estarán a las puertas de la jubilación, y entonces podrán trasladarse al piso anterior, que han tenido alquilado durante todo este tiempo.
2. Profesional o funcionario de 32 años que empieza a ejercer su profesión en una ciudad donde el coste de la vida y los precios de las viviendas son altos, en relación con sus ingresos. La hipoteca de una propiedad ordinaria representaría una tercera parte de sus ingresos. Podría comprar una propiedad temporal de una vivienda teniendo en cuenta bien su vida laboral (30-35 años) bien el tiempo que el funcionario piense permanecer por su trabajo o valorando las expectativas laborales de traslado (por ejemplo, 10 años), o bien incluso por razón de los estudios de sus hijos (20 años, o el tiempo en el que presumiblemente tarden en cursar los estudios).
3. Matrimonio de comarcas con dos hijos de 18 y 15 años a punto de entrar en la universidad. Compran la propiedad temporal de un piso en la ciudad por el término de 10 o 15 años, suficiente para que los dos hijos acaben sus estudios, cursen diversos másters, hagan prácticas, opositen, etc. Evitan los gastos de una residencia de estudiantes, aunque no puedan evitar las cada vez más caras tasas universitarias. Pueden rentabilizar la propiedad alquilando habitaciones a otros estudiantes.



VII. LA PROPIEDAD COMPARTIDA

Concepto

La propiedad compartida confiere a uno de los dos titulares, el *propietario material*, una cuota inicial del bien y la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, el *propietario formal*.

Esta situación comporta la exclusión de la acción de división (art. 556-1).

La propiedad compartida confiere a uno de los dos titulares, el propietario material, una cuota inicial del bien y la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, el propietario formal

Objeto

Pueden serlo los bienes inmuebles y los bienes muebles duraderos no fungibles que puedan constar en un registro público. Se puede constituir una propiedad compartida sobre un bien en régimen de propiedad temporal (art. 556-2).

Constitución (arts. 556-4.1 y 556-4.2)

La propiedad compartida se puede adquirir por acto o negocio jurídico *inter vivos*, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte. En su título de constitución, se tiene que dejar constancia de:

- La cuota inicialmente adquirida.
- El derecho de adquisición gradual y los requisitos y condiciones de su ejercicio. En defecto de pacto, las cuotas sucesivamente adquiridas no pueden ser inferiores al 10% del total de la propiedad.
- La contraprestación dineraria, si existe, al propietario formal, mientras que no adquiera la totalidad de las cuotas, por el uso exclusivo y excluyente de las facultades dominicales atribuidas, su actualización y los criterios para determinarla a medida que se ejerza el derecho de adquisición gradual.

- La duración de la propiedad compartida, que es de 30 años, si las partes no fijan un término diferente, que en ningún caso puede superar los 99 años.

Con respecto al **título de adquisición**, vale lo mencionado para la propiedad temporal.

La inscripción (arts. 556-5.1 y 556-5.2) es de carácter voluntario, conforme a los principios hipotecarios. En la inscripción del título, se deben especificar las circunstancias del art. 556-4.2 y, si fuese necesario, los derechos de tanteo y retracto. El numeral 3 de este artículo aclara que, conforme a la legislación hipotecaria, la propiedad compartida, si recae en un inmueble, se inscribe en el folio abierto para la finca matriz. La inscripción del derecho del propietario material se tiene que hacer en un folio independiente, que debe remitir al régimen de propiedad compartida.

Facultades del propietario material (art. 556-6)

El propietario material monopoliza las facultades dominicales, y puede:

- Poseer, usar y disfrutar del bien de forma plena y exclusiva, con la limitación de no comprometer la subsistencia, si no se ha pactado de otro modo.
- Enajenar, hipotecar y gravar su cuota, comunicándolo al propietario formal; disponer de ella por causa de muerte, y, en general, ejercer todos los actos de riguroso dominio, con la particularidad de que, para dividir el bien, hace falta el consentimiento del propietario formal, y que se tiene que distribuir entre los bienes resultantes el precio de adquisición y la contraprestación dineraria establecida por el art. 556-4.2, letra c).
- Adquirir más cuotas de forma gradual, según lo establecido en el título. A medida que se adquieran más, verá reducida progresivamente la contraprestación dineraria a satisfacer, aunque se puede pactar que esta contraprestación se impute en el precio de la adquisición de las cuotas sucesivas. También es posible pactar que el propietario material, en lugar de ir adquiriendo cuotas, se libere gradualmente de la suya, que tendrá que ser adquirida por el titular formal, en una especie de hipoteca inversa.

- Ejercer los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de la propiedad horizontal.
- Ejercer los derechos de tanteo y retracto, en caso de enajenación a título oneroso de la cuota del propietario formal, si no se ha pactado de otra forma en el título (art. 556-10).

Obligaciones del propietario material (arts. 556-7, 556-4 y 556-9)

- Los gastos ordinarios corren a cargo del propietario material. Los extraordinarios y la ejecución de obras e instalaciones se reparten entre ambos propietarios, según la cuota de propiedad respectiva (el art. 556-6.4 fue objeto de enmiendas transaccionales durante el trámite parlamentario).
- A cambio de la práctica de monopolización de todas las facturas dominicales, el propietario material tiene que:
 - Pagar el precio de adquisición de las cuotas, si se tercia, tal y como se ha mencionado.
 - Satisfacer los gastos y los impuestos vinculados a la propiedad del bien.
 - Satisfacer una **contraprestación dineraria** al propietario formal ex art. 556-4.2, letra c), el importe de la cual disminuye proporcionalmente al adquirir más cuota, si no se ha pactado otra cosa. La cuota del propietario material está afectada, con carácter real, al pago de la contraprestación correspondiente al año en curso y a los dos años inmediatamente anteriores. El crédito que se deriva de ella tiene preferencia de cobro sobre la cuota, con la prelación que determine la ley. En caso de transmisión onerosa de la cuota del propietario material, tiene que acreditar documentalmente que está al corriente de pago de la contraprestación dineraria, porque, si no lo hace, no se puede otorgar la escritura, salvo que los adquirentes renuncien a ella. Finalmente, el propietario que enajena su cuota tiene que comunicar el cambio de titularidad al otro, porque, mientras no lo haga, el propietario material responde solidariamente del pago



de la contraprestación dineraria, y si es el propietario formal quien lo comunica, son eficaces los pagos y notificaciones hechos al antiguo propietario formal (art. 556-9).

Facultades del propietario formal (art. 556-8)

- Enajenar, hipotecar, gravar y disponer *mortis causa* de su cuota, sin perjuicio de los derechos de tanteo y retracto del propietario material.
- Exigir, salvo que se pacte otra cosa, que el propietario material se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción, si el bien se deteriora un 20% o más o se compromete su subsistencia. Se ha introducido por enmienda la posibilidad de que el propietario formal acceda al inmueble para comprobar su estado; si se le niega el acceso o comprueba que la subsistencia del bien está afectada, puede solicitar cualquier medida cautelar judicial.
- También puede ejercitar los derechos de tanteo y retracto, en caso de enajenación a título oneroso de la cuota del propietario material, salvo que se hubiera pactado otra cosa en el título (art. 556-10).

Extinción de la propiedad compartida

La propiedad compartida (art. 556-11) se extingue mediante el acuerdo de los dos titulares y por:

- La reunión de todas las cuotas de propiedad en una sola titularidad.
- La destrucción o pérdida del bien.
- El vencimiento de su término y la falta de ejercicio de cualesquiera de los derechos de adquisición gradual acordados, salvo pacto contrario. En estos dos casos, el bien pasa a una situación de comunidad ordinaria indivisa, y el antiguo propietario formal puede exigir que se le adjudique todo el bien pagando en metálico el 80% del valor pericial que tenga en ese momento la participación del antiguo propietario material.

La propiedad compartida es una figura ideal para que la empleen las administraciones públicas, los sindicatos y las organizaciones filantrópicas y caritativas para fomentar sus políticas de vivienda social

- La conversión en una comunidad ordinaria o especial o en una propiedad horizontal, si fuera posible, en este último caso, de forma que se redistribuyan los coeficientes y se adjudiquen las entidades.
- La renuncia de cualquiera de los titulares que comporta el acrecimiento a favor del otro, aunque no exime al que renuncia de cumplir las obligaciones vencidas pendientes ni perjudica los derechos adquiridos por terceros.

- El rematante de un procedimiento de ejecución forzosa se subroga en los derechos y las obligaciones del correspondiente propietario, por lo que no se extingue la propiedad compartida.

Ventajas de la propiedad compartida

La propiedad compartida reúne algunas de las ventajas que se han mencionado con respecto a la propiedad temporal, y además tiene otras:

- Permite ajustar el programa de adquisición progresiva de la vivienda a las posibilidades económicas del propietario material, que puede adquirir cuotas de forma gradual, en vez de viviendas enteras.
- Potencia la cultura del ahorro, ya que los préstamos se ajustarán a la cuota adquirida.
- Permite ir acumulando patrimonio a lo largo de la vida y haber reunido, cerca de la jubilación, la totalidad de las cuotas.
- El propietario material puede recuperar, si le conviene al formal, el 80% del valor de su cuota de propiedad en los casos de vencimiento del término y falta de ejercicio del derecho de adquisición pactado, tal y como se ha comprobado.
- La propiedad compartida es una figura ideal para que la empleen las administraciones públicas, los sindicatos y las organizaciones filantrópicas y caritativas para fomentar sus políticas de vivienda social de forma menos onerosa que la promoción pública directa o la subvención, y permite establecer determinados requisitos o condicionantes de ingresos mínimos, límites de uso (como por ejemplo, que se tenga que destinar a vivienda habitual), límites para las ulteriores disposiciones (por ejemplo, solo a favor de quien reúna los mismos requisitos), bonificaciones de tipo de interés y otras. En este sentido, las disposiciones adicionales de la ley, introducidas en el trámite parlamentario por enmienda, establecen las medidas siguientes:
 - Primera: las administraciones públicas llevarán a cabo las acciones necesarias con las entidades financieras y los promotores, públicos y



privados, para agilizar y facilitar el acceso a la vivienda de los ciudadanos por medio de la implantación de estas figuras, y negociarán con las entidades de crédito para que las viviendas en proceso de ejecución hipotecaria se transformen en propiedades temporales o compartidas, con una cuota equivalente a las cantidades amortizadas (y también el valor actual de la finca y las otras particularidades que concurren), y se reserve el derecho de adquirir gradualmente las cuotas restantes, a la vez que se transmita al acreedor la propiedad formal y este otorgue la cancelación de la hipoteca.

- Segunda: la Generalitat negociará con las administraciones locales la bonificación del IBI, la reducción y bonificación del impuesto de construcciones y obras, y las tasas, e incluso los tributos pendientes de pago de los propietarios deudores que ofrezcan su vivienda en propiedad temporal o compartida.

También se puede, aunque finalmente no se haya recogido en estas disposiciones adicionales, transformar promociones de viviendas de protección oficial de compra o arrendamiento en propiedades temporales o compartidas: hay base legal a la adicional primera y el art. 71 de la Ley de la Vivienda.

- Tercera: en cambio, sobra disponer que en las transmisiones de las propiedades temporal y compartida se aplica la normativa de consumo y la Ley de la Vivienda, porque no puede ejecutarse de ninguna manera.

Situaciones tipo en las que se puede aplicar la propiedad compartida

Ejemplificaremos algunas situaciones tipo en las que se puede aplicar la propiedad compartida:

1. Como es frecuente en la práctica de las *shared ownership* inglesas, se puede constituir una propiedad compartida sobre un bien en régimen de propiedad temporal para facilitar su adquisición.
2. La propiedad compartida se puede utilizar como una buena alternativa al lan-

zamiento del deudor hipotecario, tal y como se explicó anteriormente.

3. También se puede utilizar esta figura entre el propietario y el inquilino, o entre el nudo propietario y el usufructuario (especialmente, si este es joven), o entre el propietario y el superficiario, así como en otras figuras parecidas, para que se pueda reconvertir el respectivo derecho en una propiedad compartida (o temporal, especialmente en el arrendamiento, para hacer más estable la condición del inquilino).
4. Es susceptible de emplearse la propiedad compartida en aquellas situaciones familiares en las que se configura un negocio mixto oneroso-gratuito, o directamente gratuito, en el que el padre, el abuelo o el tío transmite a su hijo, nieto o sobrino la propiedad compartida de la vivienda (o de un solar, para que edifique), a cambio de un precio en función de la cuota adquirida o a cambio de una contraprestación mensual y sin «entrada», o simplemente dándole esta cuota inicial, a la vez que dispone por testamento o, incluso mejor, por pacto sucesorio de la propiedad formal a favor del mismo descendiente o sobrino. La fórmula tiene una fiscalidad baja y puede ayudar a que se decidan determinadas personas, normalmente de edad avanzada y con ciertos recursos económicos, a quienes les duele o tienen reticencias a perder el dominio (tal y como ejemplifica la máxima francesa *donner et retenir ne vaut*).
5. El gran campo de aplicación de la propiedad compartida es, tal y como se ha comentado en el apartado anterior, su desarrollo por parte de las administraciones públicas y de las entidades filantrópicas para sus políticas de vivienda social.

Carácter innovador de la figura

El carácter innovador de la figura de la propiedad compartida aconseja pedagógicamente que se haga un esquema de su adquisición y financiamiento:

- Se parte del ejemplo de dos viviendas por un valor total respectivo de 200.000 y 300.000 euros.

- Los propietarios materiales adquieren una cuota del 25% y aportan una entrada o pagan inicialmente un 5% (10.000 y 15.000 euros, respectivamente); el 20% restante lo financian con una hipoteca (40.000 y 60.000 euros, respectivamente).

- La columna siguiente se ocupa de la cuota mensual de la hipoteca, por una duración respectiva de 15, 20 y 25 años. Se toma como base para los intereses el Euríbor a un año, con un diferencial de 1,25 puntos porcentuales, y se prevén tres escenarios diferentes, con la particularidad a tener en cuenta de que las administraciones públicas y las organizaciones asistenciales y caritativas sin ánimo de lucro subsidiarán indudablemente los intereses:

1. Un escenario que podríamos calificar de optimista, que es la situación actual, a 30 de septiembre de 2015, con un Euríbor por el suelo: 0,25%. Total, el 1,40%.
2. Un escenario neutro que hace el promedio del Euríbor de sus últimos años: 2,42%, más el diferencial del 1,25%. Total, el 3,67%.
3. Un tercer escenario decididamente pesimista, que toma como referencia el Euríbor más alto de la década, que tuvo lugar el 31 de agosto de 2008, y que fue del 5,40%, más el diferencial del 1,25%. Total, el 6,65%.

- Finalmente, se prevé, por un lado, el impuesto correspondiente a las cuotas que faltan por adquirir, haciendo uso del derecho de adquisición gradual del propietario material conforme a aquello que se haya pactado, y, por otro, el canon o contraprestación a abonar mensualmente al propietario formal, si se hubiera pactado. Siguiendo las *shared ownership* inglesas, sobre el valor de la cuota que queda en manos del propietario formal, se le aplica un 2% anual, que es la media que aplican las entidades sin ánimo de lucro, las *housing associations*, porque la renta suele estar subsidiada. Si se divide entre doce, se obtiene la renta mensual. En el mercado privado, la renta suele ser más elevada, y ha llegado hasta un 5%.



	Vivienda A					Vivienda B				
	%		15 años	20 años	25 años	%		15 años	20 años	25 años
Precio vivienda		200.000,00 €					300.000,00 €			
Adquisición inicial	25,00%	50.000,00 €				25,00%	75.000,00 €			
Capital propio (entrada)	5,00%	10.000,00 €				5,00%	15.000,00 €			
Financiamiento hipoteca	20,00%	40.000,00 €				20,00%	60.000,00 €			
Cuota mensual hipoteca										
	1,40%		246,52 €	191,20 €	158,12 €			369,78 €	286,80 €	237,18 €
	3,67%		289,32 €	235,48 €	203,92 €			433,98 €	353,22 €	305,88 €
	6,65%		351,76 €	301,76 €	273,84 €			527,64 €	452,64 €	410,76 €
Resto por adquirir	75,00%	150.000,00 €				75,00%	225.000,00 €			
Canon o contraprestación										
	2,00%		250,00 €			2,00%		375,00 €		
	3,50%		437,50 €			3,50%		656,25 €		

- (1) (2) Sergio NASARRE AZNAR y Héctor SIMÓN MORENO, «Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739.
- (3) El art. 33 CE dispone que: «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Por su parte, el art. 47 CE dispone que: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los

poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Análogamente, el art. 26 del Estatuto prevé que los poderes públicos tienen que establecer un sistema de medidas que garantice el derecho de las personas que no disponen de recursos suficientes a obtener una vivienda digna, en las condiciones que determinan las leyes.

- (4) El art. 348 CC no atribuye carácter perpetuo al derecho de propiedad: «La pro-

piedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla».

El art. 541-1 CCCat: «Concepto. 1. La propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen el objeto y a disfrutar y disponer de ellos. 2. Los propietarios conservan las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por ley o por título».

El art. 541-2 CCCat: «Función social. Las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercitan, según su función social, dentro de los límites y con las restricciones que establecen las leyes».

Ley de Jurisdicción Voluntaria: un hito histórico del Notariado



Joan Carles Ollé Favaró

Decano del Colegio Notarial de Cataluña

Director de la Comisión de Codificación de Cataluña

El recurso constante y creciente a la tutela judicial efectiva por parte de ciudadanos y empresas, unido a la falta estructural de medios de la Justicia en nuestro país, hace que **los procedimientos judiciales se acumulen y se retarden demasiado tiempo en los juzgados, con elevados costes de tiempo y dinero**. La indiscutible calidad técnica y profesional de nuestros jueces y magistrados no consigue revertir esta situación, pese a todos los esfuerzos. Pensemos que **en España tenemos, a día de hoy, aproximadamente 8 millones de procedimientos judiciales cada año**. Ello implica que, durante meses y años, miles y miles de millones de euros que son objeto de las contiendas judiciales quedan inmovilizados, pendientes de las resoluciones judiciales, con importantes costes económicos para las partes y para el conjunto de la sociedad.

Las medidas de modernización de la Justicia que se han propuesto por la comunidad jurídica y los poderes públicos para mejorar y cambiar esta situación son varias. Básicamente, a grandes rasgos, existen **dos grandes paquetes de medidas**. Una opción necesaria es **destinar bastantes más recursos que los actuales a incrementar la plantilla de jueces y magistrados, letrados de la Administración de Justicia y funcionarios en general, y a dotar de más medios de todo tipo a la Justicia**, que le permitan corregir las carencias actuales. No nos engañemos, este planteamiento es un desiderátum que siempre se promete por los gobiernos de turno, pero que, por varias razones, nunca se acaba de cumplir del todo.

La otra opción, que genera hoy día un gran consenso social, pasa por hacer una

apuesta decidida por todas las modalidades de solución alternativa de conflictos, por extraer del ámbito judicial, en definitiva, a través de estas incipientes instituciones, una parte importante de los asuntos que a día de hoy llegan a la Administración de Justicia. Estamos hablando, es obvio, desde la mediación, el arbitraje y la conciliación hasta la jurisdicción voluntaria.

I. EL NOTARIO Y LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Entre los profesionales del Derecho, la figura del Notario reúne una serie de condiciones que objetivamente le hacen **idóneo para asumir nuevas responsabilidades en este campo: doble vertiente de funcionario público y profesional del Derecho, formación jurídica cualificada,**



imparcialidad e independencia, extensa implantación territorial y tener un avanzado sistema único telemático, que integra a todas las notarías del Estado. Desde el Colegio Notarial de Cataluña, al menos, a partir de finales de 2008 (fecha en la que la actual Junta Directiva inicia su acción de gobierno), fijamos esta como una de las principales prioridades de futuro de la profesión. La firme implicación de los notarios en el campo de la solución alternativa de conflictos les convierte en uno de los principales referentes para la sociedad en este ámbito.

Las medidas de modernización de la Justicia propuestas por la comunidad jurídica y los poderes públicos son varias. De entre ellas, destaca la clara apuesta por las modalidades de solución alternativa de conflictos

Merece la pena recordar algunos datos significativos. La Ley 11/2011, como es bien sabido, reformó el artículo 15.1 de la Ley 60/2003, del arbitraje, que ahora ya no exige, como antes, la condición de Abogado para ser árbitro de Derecho, sino la condición de Jurista, por lo que notarios, catedráticos, registradores y otros juristas podrán serlo (y, de hecho, están enriqueciendo el arbitraje con sus aportaciones estos últimos años). Cabe recordar que la modificación de

este punto clave se debe a una enmienda a la citada ley que fue presentada por CiU en las Cortes, bajo el impulso del Tribunal Arbitral de Barcelona y el Colegio Notarial de Cataluña.

También la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, abrió la posibilidad de que los notarios, junto con otros profesionales, pudiesen ser mediadores. El Notario es, naturalmente, un buen mediador, más allá de la concreta técnica de esta institución, dado que su función siempre ha estado estrechamente relacionada con la prevención y la evitación del conflicto. Varios colegios notariales han creado e impulsado en su seno instituciones de mediación, bajo la forma de fundación u otras modalidades jurídicas, en las que los notarios ejercen su función de mediadores con una demanda social creciente.

II. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria, que entró en vigor el pasado 23 de julio, supone que los notarios (como otros juristas) asuman nuevas funciones que hasta ahora eran de ámbito judicial. La ley pretende descargar a la Administración de Justicia de aquellos asuntos en los que no haya propiamente controversia y que no requieran de la intervención de un Juez para la tutela de derechos e intereses relativos a Derecho Civil y Mercantil. **Es una muestra de confianza hacia la profesión notarial y supone dar nuevas opciones a los ciudadanos**, lo que siempre es positivo. Hay que tener en cuenta que el mundo de la jurisdicción voluntaria no es ajeno en absoluto a los notarios, dado que una parte de estas competencias, u otras muy próximas, las habían ejercido durante siglos, exactamente hasta la Ley del Notariado de 1862, en la que se escinden la fe pública judicial y la extrajudicial.

Llegar hasta la promulgación de la ley no ha sido nada fácil. Hay que recordar que las Cortes aprobaron hace quince años la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, que en su disposición final decimotava ordenaba desarrollar, en el plazo de un año, una Ley de Jurisdicción Voluntaria para apartar de la vía judicial los asuntos en los que no hubiese controversia. El retraso en el cumplimiento del mandato parlamentario ha sido más que considerable, ciertamente excesivo. En este sentido, en

el año 2007, el gobierno del PSOE tuvo que retirar del Senado un primer proyecto de ley, fundamentalmente por la fuerte oposición de varios operadores implicados. En cualquier caso, **Cataluña ha sido pionera en este ámbito: ya en el año 2010, bajo el impulso del Centro de Estudios del Departamento de Justicia, se aprobó un valioso «documento de desjudicialización»** que hacía una propuesta de consenso entre los diversos operadores jurídicos catalanes, con contenidos ambiciosos y muy parecidos a la ley recientemente aprobada. Es un texto que, más tarde, se tuvo en cuenta para hacer las propuestas notariales en este apartado.

III. IMPULSO CGN. TRABAJOS INICIALES

La Comisión Permanente que tomó las riendas del Consejo General del Notariado (CGN) a mediados de 2011, integrada por Manuel López Pardiñas (Presidente), Joan Carles Ollé Favaró (Vicepresidente), Ignacio Solís Villa, Palmira Delgado Echevarría y César Belda Casanova, fijó como una de las prioridades de su acción de gobierno la asunción de nuevas competencias en el marco de una Ley de Jurisdicción Voluntaria, marco en el que se consideraba que los notarios podíamos hacer una aportación positiva en beneficio del interés general. Así se trasladó al Ministerio de Justicia, dentro de la lista de propuestas que se le comunicó. Asimismo, Alberto Ruiz-Gallardón, Ministro de Justicia en el gobierno del Partido Popular que se constituyó a finales de 2011, impulsó con decisión esta iniciativa legislativa (que el Presidente Mariano Rajoy había incluido en su discurso de investidura) y la anunció públicamente poco después de tomar posesión del cargo. En abril de 2012 se creó una Subcomisión dentro de la Comisión General de Codificación, integrada por representantes de los diversos funcionarios públicos y operadores jurídicos concernidos por la futura ley y presidida por el Catedrático Julio Benacoloche, con el encargo de elaborar el texto de un Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. El CGN estuvo representado, primero, por el Presidente López Pardiñas y, en un segundo momento, por el entonces Decano del Colegio de Madrid, Ignacio Solís. El Pleno del Consejo que se constituyó a finales de 2012 ha persistido en estos objetivos.



IV. EXCLUSIVIDAD VERSUS ALTERNATIVIDAD

En junio de 2013, la Subcomisión finalizó sus trabajos y entregó la propuesta de texto legal al Ministro de Justicia. El texto de consenso que de allí salió era, en líneas generales, técnicamente correcto y respondía, como criterio general, al encargo del Ministerio de apartarse de la alternatividad de funciones entre los funcionarios objeto de la asignación de competencias que regía el proyecto de ley que fracasó en 2006-2007, e instauraba, en cambio, un criterio de exclusividad en las competencias que se asignaban a jueces, secretarios judiciales, notarios y registradores.

En noviembre del mismo año 2013, el Gobierno aprobó el anteproyecto de ley e inició su tramitación para su posterior remisión a las Cortes. La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria se realizó ya bajo la dirección del actual Ministro de Justicia, Rafael Catalá, y su equipo. En el transcurso de esta tramitación parlamentaria, **el texto ha sufrido varios cambios considerables, el principal de ellos ha sido pasar del sistema de la exclusividad en las competencias del anteproyecto a un sistema mixto, que combina las competencias exclusivas y las alternativas entre notarios, registradores y secretarios judiciales, ahora letrados de la Administración de Justicia.**

El texto ha pasado del sistema de exclusividad en las competencias a un sistema mixto, que combina las competencias exclusivas y las alternativas entre notarios, registradores y secretarios judiciales, ahora letrados de la Administración de Justicia

El sistema de la alternatividad, que tiene de positivo el hecho de que abre varias opciones para los ciudadanos, también tiene de negativo que puede abonar la demagogia injusta pero frecuente de la Justicia «para ricos y para pobres», que no se corresponde con la realidad, pero que debilita al Notariado y puede crear disfunciones en la materia. Resulta obvio que el cuerpo de secretarios judiciales, con conexiones im-



portantes dentro del Ministerio de Justicia, ha conseguido finalmente volver en parte a los planteamientos del proyecto de ley del gobierno del PSOE (legislatura 2004-2008), que tan favorable era para ellos. Es bastante inexplicable que desde la Presidencia del CGN no se haya hecho valer con decisión el acuerdo que había firmado con el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales en el mes de marzo de 2014, resultado de las I Jornadas de Fe Pública y que le fue entregado al Ministro Ruiz-Gallardón al mes siguiente. Los acuerdos firmados implicaban unos cambios mucho más limitados al texto inicial del proyecto de ley, que, a diferencia de ahora, no suponían un replanteamiento general en este punto como el que ha habido finalmente.

V. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

El texto final tiene otros cambios bastante importantes con respecto al anteproyecto y al proyecto de ley que llegó al Congreso. Una novedad ha sido que, **en el caso de separación o divorcio de mutuo acuerdo ante Notario o Letrado de la Administración de Justicia, los cónyuges deberán estar asistidos por Letrado en ejercicio, que preste su consentimiento** (nuevo art. 82 CC), norma excepcional que se justifica por la importancia de los derechos que están en juego y, sobre todo, por el hecho de que el legislador quiere que todos los operadores tengan su encaje en la norma. Asimismo,

fue una recomendación del preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial.

Este mismo informe fue determinante en la **limitación del alcance del llamado procedimiento monitorio notarial o procedimiento de reclamación de deudas dinerarias no contradichas**, dado que el nuevo artículo 68 de la Ley del Notariado ahora excluye las deudas que deriven de un «contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario». Pero el problema fundamental de esta figura, que habría podido tener una gran potencialidad y ser de gran ayuda para descongestionar los tribunales (se habla de más de 150.000 procedimientos monitorios anuales), y que ahora parece condenada a tener muy poca, radica en el hecho de que es suficiente cualquier oposición motivada del deudor para paralizar el procedimiento notarial (art. 69 bis, 2 LN). Si se quería *desjudicializar* de verdad el procedimiento, era necesario limitar y tasar estrictamente las causas de oposición.

Uno de los aspectos más negativos para la función notarial de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria es el **quebrantamiento de las normas de competencia territorial y funcional de los notarios**, también introducido en la fase parlamentaria, singularmente, en las actas de declaración de herederos, que hasta ahora tenían que ser autorizadas por el Notario



del último domicilio del causante y que, a partir de la Ley 15/2015, podrán ser autorizadas por el «Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente» (nuevo art. 55 LN).

La información de que disponemos apunta a que esta modificación fue promovida por los responsables de la Oficina Económica del Gobierno, lo que añade preocupación por la modificación introducida, por lo que pueda significar de precedente de cara al futuro. Idéntica norma se ha aprobado en la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro, por lo que respecta a los expedientes notariales de dominio y delimitación. No han entendido los responsables políticos (y quizás no se lo han explicado lo suficientemente bien quienes correspondía) que la limitación en la elección de Notario de estos expedientes obedecía exclusivamente a la protección del interés general, en la medida que es la manera más eficaz de evitar errores y fraudes en una materia tan sensible e importante socialmente como es la herencia y la propiedad. Aun así, una enmienda transaccional promovida en el Senado por los partidos catalanes (con la participación del Colegio Notarial de Cataluña) permitió suprimir a última hora la competencia del «Notario de la capital de provincia», punto de conexión que empeoraba muy gravemente la fisura competencial.

En la tramitación final en el Senado, se introdujeron **dos modificaciones más de fuerte carga corporativa**, vía sendas enmiendas presentadas por el mismo partido del gobierno del PP. Una modificación muy relevante fue **que la tramitación de los expedientes matrimoniales por los notarios tendría una vacatio legis de dos años, hasta el 30 de junio de 2017**, si bien la celebración del matrimonio se podría autorizar por el Notario a partir de la entrada en vigor de la ley, el 23 de julio de 2015 (disp. final 21). Dejando aparte la muy confusa redacción de esta norma (que ha provocado, para su aclaración, la aprobación de la Circular de obligado cum-

plimiento 1/2015 por parte del CGN, el 18 de julio de 2015, aprobada por la DGRN el 21 del mismo mes y año, como también la Instrucción de la DGRN de 3 de agosto de 2015, en respuesta a una consulta de varios jueces encargados del Registro Civil), la cuestión sustancial de fondo es que no se atina ninguna explicación plausible de esta decisión legislativa de aplazar dos años la tramitación notarial de los expedientes matrimoniales. Se han hecho algunas interpretaciones de carácter corporativo, en las que no entraremos, pero lo cierto es que, al menos aparentemente, parece revelar una desconfianza, bastante sorprendente, hacia la capacidad técnica y organizativa del Notario.

La enmienda más trascendental fue, sin duda, la inclusión de un art. 103 bis a la Ley del Notariado que regula la competencia de los registradores para celebrar actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil

La enmienda más trascendental de las presentadas por el PP y aprobadas en el Senado fue, sin duda, **la inclusión de un artículo 103 bis a la Ley del Notariado que regula la competencia de los registradores para celebrar actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil**, con la facultad de «certificar la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia». Ciertamente, no se le da carácter de título ejecutivo a la certificación registral, y la misma competencia se atribuye a los notarios y letrados de la Administración de Justicia, pero de ningún modo eso puede justificar que se desnaturalice la función de los registradores, atribuyéndoles una competencia absolutamente ajena a su profesión, como es la de recoger manifestaciones de voluntades de las partes y los acuerdos a que lleguen, plasmándolo en una certificación o documento que es, en realidad, un título. Los registradores califican e inscriben títulos, pero no crean títulos. La función de los registradores merece todo el respeto, pero este precepto quebranta gravemente los equilibrios del sistema de seguridad

jurídica preventiva, es un precedente muy negativo y en el futuro tendrá que ser modificado.

VI. VALORACIÓN FINAL

La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria se ha de situar en el marco del proceso general europeo de modernización de la Justicia, que trabaja y avanza en el doble objetivo de hacerla más ágil, simple, eficaz y cercana al ciudadano y de conseguir la disminución progresiva del número de asuntos que llegan a los tribunales, que estaban sobresaturados con centenares de miles de procedimientos que se prolongaban años y años en perjuicio del interés general.

Los notarios siempre nos hemos sabido adaptar a la evolución y a los cambios de la sociedad y ahora también lo sabremos hacer. **Sería un grave error refugiarse en un mal entendido esencialismo y resistirse a dar un paso adelante en este campo.** No sucederá. En cuestiones de política legislativa, los espacios que no ocupan unos operadores los llenan otros. La gran mayoría de notarios ha recibido con ilusión y sentido de la responsabilidad las nuevas atribuciones.

Como he dicho en otro lugar, los notarios asisten y protegen jurídicamente a los ciudadanos en los momentos más importantes de sus vidas: comprar una vivienda, constituir una sociedad, otorgar un testamento y, a partir de ahora, también celebrar el matrimonio, separarse o divorciarse de mutuo acuerdo, si no hay hijos menores de edad o con capacidad complementada. Pero serán muchos más los actos jurídicos, **más de veinte nuevas competencias, que hasta ahora se tenían que tramitar judicialmente, a veces pequeñas gestiones jurídicas, con largas e incómodas tramitaciones en los juzgados, y que ahora se podrán resolver de un modo accesible, sencillo y rápido ante el Notario**, como el nombramiento del contador partidor dativo y la aprobación de su partición, la renuncia o prórroga de un albacea, la adverbación de un testamento ológrafo, también las declaraciones de herederos entre colaterales, hermanos, tíos, sobrinos y primos hermanos, la *interpellatio in iure* o, en fin, figuras clásicas judiciales, como la consignación, la conciliación o el procedimiento monitorio de reclamación de deuda, que ahora tam-



bién podrán resolverse ante Notario, con los citados matices.

Más de veinte nuevas competencias, que hasta ahora se tenían que tramitar judicialmente, ahora se podrán resolver de un modo más accesible, sencillo y rápido ante el Notario

Desde la actual Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña, como he dicho anteriormente, fijamos desde del inicio de nuestro mandato como una **prioridad estratégica para la profesión el posicionamiento claro y firme en todas las instituciones de la solución alternativa de conflictos, y, de manera especial, en materia de jurisdicción voluntaria**. Hemos dedicado muchos esfuerzos a ello. La Ley de Jurisdicción Voluntaria era uno de nuestros principales objetivos, al igual que la revisión de la Demarcación, objetivos que se han logrado con éxito. El Consejo General del Notariado también, a partir de 2011, especialmente, ha hecho una apuesta decidida por una Ley de Jurisdicción Voluntaria (y por la Demarcación) que finalmente se ha aproba-



do y ha entrado en vigor. Es muy cierto que el texto se queda corto y que ha empeorado el apartado notarial en el trascurso de su tramitación parlamentaria, y que seguramente la gestión corporativa en este punto era mejorable, pero globalmente no ha sido la

mejor que cabía esperar, pero, globalmente, debemos hacer una valoración positiva, en la medida que amplía cualitativa y cuantitativamente las competencias del Notario y, por lo tanto, refuerza la función notarial. Es un hito histórico para la profesión.

A portrait of Francisco Marín Castán, a middle-aged man with glasses, wearing a dark suit, white shirt, and a red patterned tie. He is looking slightly to the right with a thoughtful expression. The background is blurred, showing what appears to be a bookshelf and a flag.

«Hay que potenciar el ámbito de actuación de los notarios en beneficio del consumidor»

Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Pablo Moreno Arriero

Francisco Marín Castán (1952) ingresó en la carrera judicial en 1977 y tuvo sus primeros destinos en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de La Roda (Albacete) y de San Roque (Cádiz), antes de promocionar a la categoría de Magistrado y ocupar el Juzgado de Instrucción n.º 3 de San Sebastián. Desde 1982 hasta 1991, fue Magistrado en la Audiencia Provincial de Huelva y, posteriormente, en la Audiencia de Madrid. Ocupó plaza de Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo hasta enero de 2000, año en el que fue nombrado Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Alto Tribunal.

También es académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación desde 2008, y autor de diversos libros y obras colectivas. Ha participado como ponente en distintos cursos, seminarios y conferencias, y fue durante nueve años Profesor de Derecho Procesal y de Derecho Civil en el centro asociado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Huelva.

Desde febrero de 2014 preside la Sala Primera del Tribunal Supremo.



P: Fue nombrado Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo el 31 de enero de 2014. ¿Qué balance hace de estos cerca de dos años presidiendo la Sala Civil?

R: Es una tarea muy dura y, al mismo tiempo, apasionante, por las nuevas realidades jurídicas a las que la Sala Primera ha tenido que dar respuesta. Una respuesta que refleja la categoría de los magistrados que actualmente componen la Sala, que es excelente. Las nuevas realidades jurídicas vienen fundamentalmente determinadas por la crisis económica y financiera. Ha habido muchos recursos en materia de cláusulas suelo, y también en diversas modalidades de contratos bancarios como *swaps*, los contratos de gestión de patrimonio o la gestión de carteras de valores.

El aumento de asuntos hace pensar ya en la necesidad de reformas legislativas

P: ¿La profunda crisis socioeconómica que estamos viviendo ha supuesto un incremento considerable de asuntos en el ámbito civil?

R: En lo que llevamos de año, hay un aumento de entrada de asuntos respecto del año pasado de más de un 16 %. Es un dato muy preocupante. No se debe solamente a la crisis económica, sino que se han unido otros factores, como, por ejemplo, la reforma de la casación del año 2011, donde se dio prevalencia al interés casacional. En ese momento, el aumento de entrada de asuntos ya fue muy considerable. Posteriormente, se frenó con las tasas, pero, una vez desaparecidas, el aumento de asuntos se produce nuevamente y, en la actualidad, con un carácter preocupante. Aparte de los refuerzos que supone en letrados del Gabinete Técnico, hace pensar ya en la necesidad de reformas legislativas.

P: ¿De qué medios se dispone y cuáles considera que serían necesarios para dar respuesta?

R: Ahora mismo, la Sala es de composición reducida: tiene nueve magistrados más el Presidente. Además, cuenta con cuatro secretarías de sala, dedicadas funda-



mentalmente a la tramitación de los asuntos en condiciones para que lleguen a su resolución definitiva, y que suponen el elemento de apoyo más importante que ahora mismo tiene cada una de las salas del Tribunal Supremo, y contamos con el Gabinete Técnico, del que forman parte un Magistrado coordinador —actualmente denominado *Letrado coordinador*— y seis letrados en plantilla. Luego hay personal de refuerzo, que son doce letrados más y un Letrado coordinador en comisión de servicios. Pero estos son nombramientos por un año, y la propuesta de la Sala de Gobierno es que se transformen en una estructura permanente. Aunque, por muy importante que sea la labor que hace el Gabinete Técnico, si el número de asuntos que ingresan en la Sala sigue aumentando en la proporción en que lo está haciendo hasta ahora, llegará un momento en el que no se pueda dar respuesta en un tiempo razonable. Por eso debe pensarse en una reforma del recurso de casación civil que confíe más en la discrecionalidad de la Sala para seleccionar aquellos asuntos que deban llegar a sentencia, que aumente las facultades de la Sala en este sentido.

P: ¿Cuáles han sido los principales avances de la Sala en estos meses? ¿Cuál es la principal asignatura pendiente?

R: Como objetivos conseguidos, se puede decir que, en las materias a

las que se les asigna preferencia, esa preferencia se cumple. Por ejemplo, en materia de familia, de menores y de derechos fundamentales, en que se dicta sentencia en plazos de alrededor de un año o menos. En este año 2015, ya hay algunos asuntos de esas materias que están señalados para votación y fallo dentro de este mismo año. Eso da lugar a que otras materias sufran algún retraso y no se pueda dar una respuesta en ese mismo tiempo. A esto se une que en algunos ámbitos —como, por ejemplo, el de los contratos bancarios— la propia avalancha de asuntos sobre una misma materia exija una labor de clasificación para procurar dar una respuesta igual a todos aquellos asuntos que presenten las mismas peculiaridades. Vamos procurando clasificar los asuntos, aunque no es fácil, porque no hay dos contratos exactamente iguales.

P: ¿Podemos hablar de colapso judicial?

R: En la Sala Primera no, afortunadamente. Pero conviene advertir de los peligros a tiempo para que en cuestión de unos años ese colapso no se produzca. La Sala, bajo la presidencia de Juan Antonio Xiol, logró unos tiempos de respuesta muy razonables que se siguen manteniendo. Pero si el ritmo de entrada de asuntos sigue aumentando como en



Entrevista



los últimos tiempos, no cabe descartar que, dentro de dos o tres años, la situación no sea igual de satisfactoria. Está claro que, cuando se da una respuesta tardía en la formación de doctrina jurisprudencial, no se produce el beneficio que se consigue mediante una respuesta en un tiempo razonable, e incluso una respuesta tardía ante determinadas materias puede llegar a ser inútil. Hay que tener muy presente que son muchas las materias en las que los juzgados y las audiencias están esperando una respuesta de la Sala. No tenemos ningún reparo en seleccionar el asunto que está planteando una materia conflictiva y tramitarlo con preferencia para dar una respuesta.

P: ¿Cuáles son, entonces, los asuntos preferentes?

R: Por ejemplo, se ha hecho en materia de intereses moratorios abusivos y en otras materias. Actualmente, gracias a los encuentros que organiza el Consejo General del Poder Judicial de la Sala Primera con magistrados de audiencias provinciales, jueces de primera instancia o jueces especialistas en Derecho Mercantil, tenemos conocimiento de cuáles son las cuestiones para ellos más difíciles, por la dificultad para alcanzar un mismo criterio de decisión. Por ejemplo, en el último encuentro, que fue a finales de septiembre,

ponían de manifiesto el problema de las cláusulas de vencimiento anticipado: ¿qué ocurre cuando el banco ejecutante no aplica una cláusula de vencimiento anticipado por un solo impago, sino que espera a que haya más impagos para promover la ejecución? Cada Juez le estaba dando una solución distinta, porque el problema no es nada fácil. Tenemos dificultad en conseguir unificar el criterio, ya que las ejecuciones hipotecarias, por el sistema actual de regulación del recurso de casación, no llegan a la Sala Primera. De modo que estos problemas de las cláusulas de vencimiento anticipado tendremos que examinarlos en un procedimiento ordinario, pero no en los procedimientos de ejecución hipotecaria, ya que no tienen acceso al Tribunal Supremo.

P: Ha hablado de incremento de asuntos y de la necesidad de una reforma legislativa para afrontarlos. ¿En qué medida pueden ayudar la tecnología o una dotación mayor de recursos humanos?

R: La digitalización, desde el punto de vista del Tribunal Supremo, es una ayuda más para la gestión del papel. Es importante que los asuntos no estén físicamente compuestos de varios tomos que van circulando por todo el edificio para pasar el trámite de admisión y, después, llegar a sentencia. Con la digitalización, esto se eliminaría o se solucionaría

en gran medida. Pero la digitalización tiene que estar muy bien hecha, de forma que, cuando haya que resolver un asunto, un recurso, sea muy fácil encontrar el documento que en el momento de la deliberación es preciso tener a la vista. Sobre la otra medida, que sería el aumento de jueces, yo creo que en las salas del Tribunal Supremo no debe haber demasiados magistrados, porque, cuantos más magistrados haya, más se dispersan los criterios jurisprudenciales. Creo que la composición de la Sala Primera, de nueve magistrados más el Presidente, es adecuada, siempre y cuando solamente lleguen a sentencia aquellos asuntos que verdaderamente lo merezcan por la necesidad de formar doctrina jurisprudencial. En otros asuntos, la existencia de dos instancias se puede considerar más que suficiente para cumplir el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

P: En el ámbito judicial, se suele hablar de magistrados reformistas y conservadores. En este sentido, a usted habitualmente le incluyen entre los segundos. ¿Se siente identificado con este adjetivo?

R: Desconocía que se me clasificara como conservador, porque hace poco, precisamente con ocasión de una conferencia en la Academia Matritense del Notariado, alguien me dijo si se me podía presentar como Juez progresista. No me gustan las etiquetas, ni sé a qué se deben. Yo creo que en la carrera judicial, lógicamente, hay personas de todo tipo de ideologías, pero a veces las etiquetas deforman la visión que se tiene desde fuera de las resoluciones judiciales. Si esas etiquetas, además, se ponen sin un fundamento serio, la deformación es todavía mayor. En lo que se refiere a la Sala Primera, lo que sí puedo afirmar es que la ideología no se traduce luego en las resoluciones. De hecho, puede haber magistrados que, por su forma de ser, o bien por su educación, sean más conservadores y otros a los que desde fuera se les podría considerar más progresistas, pero en las deliberaciones sobre los recursos, al final, las opiniones siempre acaban confluyendo desde el punto de vista jurídico y las soluciones son completamente concordes entre el denominado *conservador* y el denominado *progresista*. Por eso digo que esas etiquetas, como mínimo en el ámbito



civil, me parece que son absolutamente inútiles. Y lo digo plenamente convencido y después de muchos años de experiencia. Para mí, la verdadera distinción, la importante, no solo entre los magistrados, sino en todas las profesiones, es entre buenos profesionales y malos profesionales. Esa es la distinción decisiva, porque los buenos profesionales, cualquiera que sea su ideología, siempre acaban encontrando el punto común de entendimiento. Y para dar solución jurídica a los problemas de la vida real ocurre lo mismo.

La crisis ha puesto de manifiesto que el consumidor, desde el punto de vista preventivo, no estaba suficientemente protegido

P: ¿Cree que la crisis ha evidenciado un déficit en la protección al consumidor? ¿Nos ha marcado el paso Europa?

R: Hay varios matices. En primer lugar, creo que la crisis, efectivamente, ha puesto de manifiesto que el consumidor no está suficientemente protegido desde el punto de vista preventivo. En el ámbito bancario se han puesto en circulación productos que, en realidad, son contratos bancarios, sin darles a los clientes la información necesaria. En definitiva, sin que los clientes supieran cuáles eran los riesgos que asumían. Así está quedando claro en muchas sentencias de la Sala; ya no se puede citar solo una, porque son muchas las sentencias que así lo dicen. Eso ha creado una crisis de confianza de la que será necesario salir aplicando otro tipo de prácticas en la contratación bancaria, de forma que los clientes conozcan efectivamente los riesgos que asumen cada vez que ponen su firma en un documento bancario. En cuanto a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, está teniendo también una importancia decisiva para poner de manifiesto qué normas del ordenamiento jurídico español no cumplían adecuadamente las directivas de protección de los consumidores de la Unión. A su vez, estamos atravesando un periodo en el que todos los tribunales, tanto los juzgados de primera instancia como las audiencias provinciales —y, por supuesto,



la Sala Primera del Tribunal Supremo—citan y aplican con muchísima frecuencia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

P: ¿Se han corregido, entonces, las posibles disfunciones en el ámbito de la protección al consumidor, sobre todo en materia financiera?

R: No tengo datos para afirmarlo, pero a mí me gustaría que así fuera. Que las sentencias que está dictando la Sala Primera fueran leídas con atención por los órganos supervisores y reguladores para que las cosas que han pasado no vuelvan a suceder. Yo creo que una de las lecciones que se deben aprender de los malos acontecimientos, como ha sido esta crisis, es que las causas que la han originado no se vuelvan a producir. Vendrán otras crisis por otras causas, pero que no vengan precisamente por las mismas.

P: ¿Qué puede aportar el Notario en este sentido?

R: Fundamentalmente, debe facilitar información a quien contrata, como profesional entendido en el sentido más amplio. En el caso de un contrato bancario, por ejemplo, debe facilitar información sobre los verdaderos riesgos que va a tener la operación. Si tenemos

que hacer una deducción general de todos los asuntos que estamos viendo, esta sería la necesidad de que el cliente que contrata con un banco o con una gran compañía conozca efectivamente los riesgos que asume al contratar, qué consecuencias perjudiciales puede tener para él. Un ejemplo muy sencillo: los llamados *swaps* se ofrecían como seguros contra las subidas de los tipos de interés, pero, generalmente, al cliente del banco no le quedaba claro que si los tipos de interés bajaban iba a tener que pagar unas cantidades que le podían conducir a la ruina, o que si quería cancelar el contrato la cantidad que tenía que satisfacer estaba fuera de su alcance. De modo que lo que se le ofrecía como un contrato de seguro, en realidad, era casi una apuesta en la que una de las dos partes contratantes tenía más información que la otra.

P: Es difícil advertir de todos los riesgos...

R: Se debería hacer una selección de aquellos riesgos que son potencialmente más graves para el consumidor. Que no aparezcan las cláusulas más importantes del contrato diluidas entre otras muchas o en páginas intermedias, por ejemplo, de la escritura pública. Podría ser muy conveniente que, desde un principio, aquellas cláusulas que son más rele-



Entrevista



vantes, por ser las que entrañan mayores riesgos para el consumidor, aparecieran suficientemente destacadas y con garantía de que se ha advertido al consumidor sobre las mismas. Por ejemplo, volviendo al tema de las cláusulas suelo, si se trata de un préstamo a interés variable, habrá que advertir al cliente desde el principio, cuando tiene cláusula suelo, de que ese interés variable no es tal, sino que en función de la evolución de los tipos de interés puede suceder que el interés sea fijo en perjuicio suyo, ya que por debajo del tipo que se marque no va a poder beneficiarse. En definitiva, que se le advierta de que puede ser fijo en su contra durante un número importante de años.

P: ¿Cómo valora el nivel de seguridad jurídica de nuestro país respecto al resto de Europa?

R: Desde el punto de vista de la seguridad jurídica preventiva, en lo que se refiere a la labor de notarios y registradores, la valoro de forma muy positiva: tenemos un nivel muy alto. Los notarios tienen su propia regulación normativa, sus propias normas, y tendrá que ser en ese ámbito también donde el legislador actúe, porque hay legislación de todo tipo, leyes, reglamentos, órdenes ministeriales... que a veces marcan pautas de actuación a los notarios y restringen también su pro-

prio ámbito de actuación en beneficio del consumidor. Creo que hay que potenciar el ámbito de actuación de los notarios en beneficio del consumidor, sobre todo, teniendo siempre en cuenta la advertencia de riesgos. Otro riesgo que puede generarse es la sobreinformación: si alguien contrata con una compañía eléctrica o con un banco, por ejemplo, y se va a casa con un libro que luego tiene que leerse y que le han dicho que contiene toda la información que necesita, estamos desinformando. La clave está en seleccionar los principales riesgos por orden de importancia y en tener la seguridad de que el consumidor contrata conociendo esos riesgos.

P: ¿Por qué nuestro país tiene uno de los índices de litigiosidad más altos de Europa?

R: Nunca termino de encontrar una respuesta clara, porque se unen distintos factores. De hecho, una vez que desde el Tribunal Supremo se dicta una sentencia fijando doctrina jurisprudencial, sería deseable que desistieran todos los recursos que hay pendientes y que se sabe que, con arreglo a esa doctrina jurisprudencial, van a ser desestimados. Y, sin embargo, no ocurre: siguen ahí pendientes y tiene que dictarse sentencia, aunque el recurrente prácticamente está seguro de que va a ser desestimado. Quizás existen

recelos hacia otros medios de solución alternativa de conflictos, como el arbitraje o la mediación. O quizás es la conciencia del ciudadano, que quiere que al final sea un Juez imparcial quien se pronuncie sobre su problema y la garantía de imparcialidad la encuentra en los jueces. Otras opiniones hablan del gran número de abogados que hay en España. Yo, realmente, no soy capaz de identificar con claridad los motivos de esta litigiosidad.

P: En este sentido, ¿cómo valora la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que entró en vigor el pasado mes de julio?

R: En principio, la valoro positivamente; luego, la experiencia dirá si efectivamente es aceptada o no. Creo que hay muchas materias que estaban atribuidas a los juzgados y que no necesariamente tienen que ser decididas por un Juez.

La Ley de segunda oportunidad era necesaria, pero tendría que haberse optado por un procedimiento mucho más sencillo

P: ¿Puede ayudar más que otras alternativas de resolución extrajudicial de conflictos, como la mediación y el arbitraje?

R: No me atrevo a hacer pronósticos. Al final, el que las leyes sean más o menos buenas lo va a determinar la experiencia en su aplicación. A veces se producen fenómenos sorprendentes, como ha sucedido con una ley de 1968 que prácticamente no contaba con jurisprudencia y que, en los últimos años, ha servido para resolver o mitigar los problemas de miles de compradores de vivienda. Y era una ley que se encontraba casi olvidada, y que el legislador recientemente ha considerado oportuno derogar e incorporar su régimen a otra ley, que es la de ordenación de la edificación. En definitiva, los efectos de las leyes, fundamentalmente, hay que apreciarlos después de algún tiempo de ser aplicadas.



P: ¿Cómo valora la aprobación en el Congreso, el pasado mes de junio, de la Ley de segunda oportunidad?

R: Desde hace algún tiempo, he expresado la necesidad de esta Ley de segunda oportunidad, puesto que la persona que pierde la casa en una ejecución hipotecaria y pierde también su puesto de trabajo ya poco más tiene que perder. A esa persona hay que darle una segunda oportunidad. Lo que creo es que la forma en que se ha articulado normativamente no es la adecuada, porque se conduce a las personas que quieren acogerse a la ley a un papeleo judicial que resulta complicado tanto para la persona como para el Juez, y que no se corresponde en sus proporciones con la situación de la mayoría de las personas que necesitan esa segunda oportunidad. Tendría que haberse optado por un procedimiento mucho más sencillo, en que hubiera una primera fase administrativa y, solo en caso de que hubiese acreedores disconformes con el hecho de que a esa persona se le permitiera de nuevo iniciar su vida civil, que entonces interviniera el Juez. Creo que merece la pena pensar en que, cuando el ciclo económico cambie, esa persona pueda de nuevo incorporarse al mundo del trabajo, pueda tener su nómina domiciliada en un banco y pueda cotizar a la Seguridad Social sin tener una deuda que no va a poder saldar nunca. Pero si queremos que la segunda oportunidad sea real, hay que simplificar mucho más los trámites, hay que desjudicializarla mucho en relación con la regulación actual.

P: Tras la última reforma de la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, ¿tenemos un Consejo General mejor del que teníamos?

R: Es una reforma que fue muy criticada en su momento por el modelo de Consejo, presidencialista y con un predominio también de la Comisión Permanente, y por la compatibilidad de los vocales con sus destinos, ya fueran de procedencia judicial, o con su trabajo de abogados. Como todo, tiene puntos que se tienen que enjuiciar favorablemente y otros que no. A mi parecer, merece un juicio favorable el hecho de que para los nombramientos que son competencia del Consejo, como son los de magistrados del Tribunal Supremo, presidentes del Tribu-

nal Superior de Justicia o presidentes de audiencias, la ley ha acabado con los bloqueos que se producían antes, lo que se llamaba *minorías de bloqueo*, cuando se exigía un quórum muy alto. En cuanto a los puntos que podría considerar desfavorables, estaría una cierta desconexión de algunos de los vocales en relación con el trabajo del Consejo, porque el tener que atender su Juzgado o su despacho de abogados les dificulta estudiarse la documentación ingente que deben revisar antes de llegar al Pleno, para la que quizás no tienen todo el tiempo necesario.

Ahora tenemos una mayor sensibilidad para la protección del consumidor y para que la aplicación del Derecho español se produzca interpretándolo de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea

P: ¿Cómo valora la actual relación entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional?

R: La relación se encuentra en un punto excelente, no hay ningún problema. Hemos tenido encuentros organizados tanto por el Tribunal Constitucional como por

el Tribunal Supremo y, en mi opinión, está atravesando una fase de respeto recíproco y nada conflictiva.

P: ¿Qué ha aprendido la magistratura de la crisis?

R: Hemos tenido que aprender lo mismo que otros sectores de la comunidad jurídica: que a lo mejor, durante algún tiempo, no habíamos sido todo lo sensibles que se debe ser a la protección de los consumidores. La opinión clásica, desde el punto de vista jurídico, de que los contratos tienen que ser cumplidos porque los has firmado está teniendo que ser superada, precisamente, por el examen de las cláusulas abusivas, por las llamadas *asimetrías informativas*, que suponen que el profesional siempre tiene un grado mayor de información que el consumidor. No debemos olvidar que, hasta hace relativamente poco, nadie se cuestionaba el procedimiento de ejecución hipotecaria; sin embargo, desde que se planteó la cuestión prejudicial por un Juez Mercantil de Barcelona y respondió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no solamente hubo que reformar rápidamente la regulación española, con la Ley 1/2013, sino que las cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles empezaron a aumentar muy considerablemente. De forma que si tuviera que seleccionar algo de lo que nos ha enseñado la crisis, diría que, fundamen-





Entrevista

talmente, una mayor sensibilidad para la protección del consumidor y para que la aplicación del Derecho español se produzca interpretándolo de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Una Justicia ideal tendría que tener como punto de partida menos leyes y de mayor calidad. Si tenemos buenas leyes, un número de jueces adecuado y buena formación, lo demás viene por sí solo

P: ¿Es lógica la desafección entre los ciudadanos y la Justicia?

R: En circunstancias normales, que haya una cierta desconfianza se puede explicar porque es muy difícil que una resolución judicial satisfaga a las dos partes: una parte gana y la otra pierde, de modo que quien pierde raramente va a estar satisfecho con la decisión judicial o va a decir que tiene confianza en la Justicia. Lo que sí ha ocurrido en los últimos tiempos es que el ciudadano, efectivamente, ha percibido que el garante último de sus derechos es el Juez; que, cuando no ha conseguido la satisfacción de sus derechos en otro ámbito, sí la ha encontrado en el Juez. Estamos viendo en las estadísticas que el índice de sentencias favorables al cliente que se están obteniendo en materias como pre-

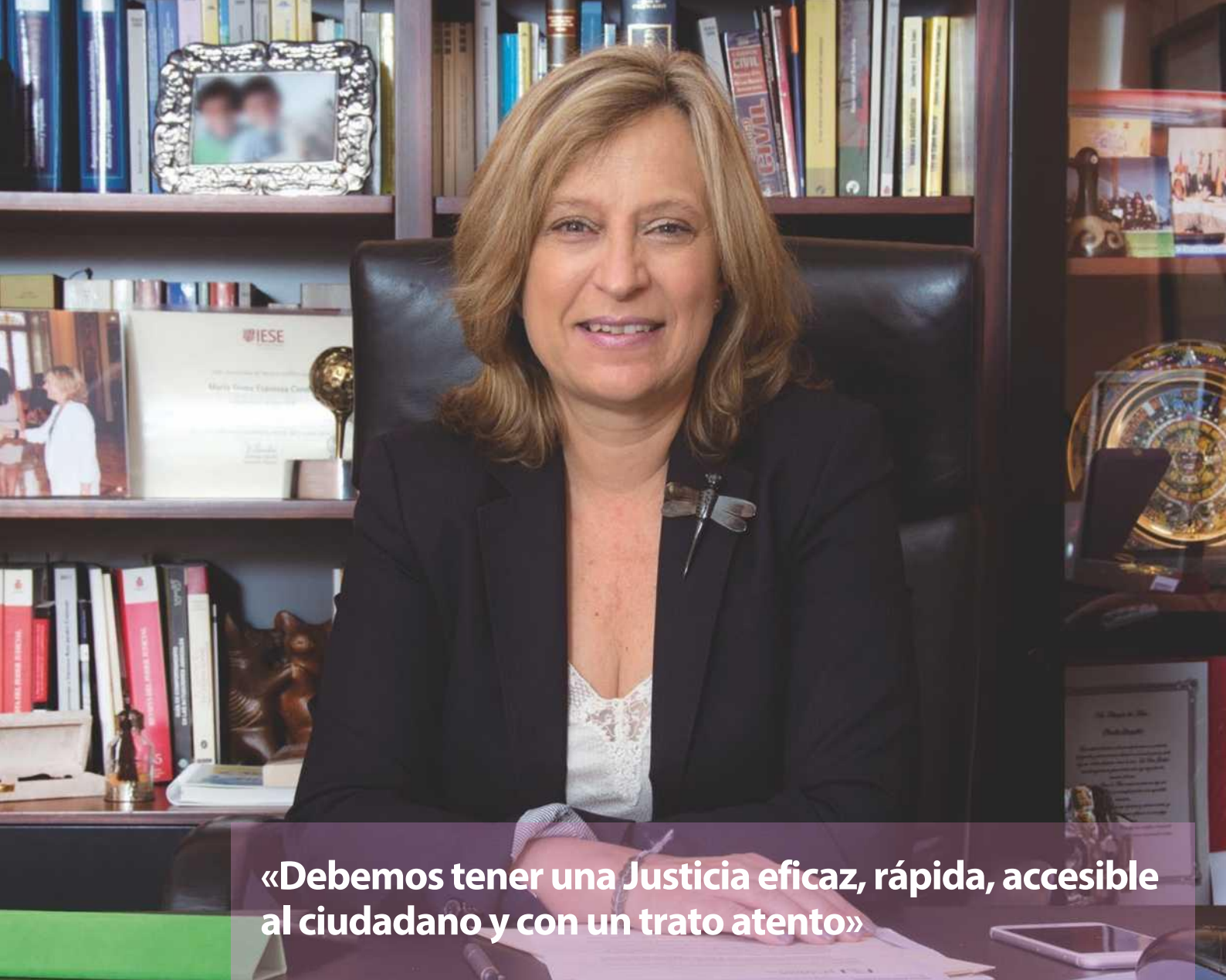
ferentes o *swaps* oscila entre el 85 % y el 91 %. Y esto contribuye a una mayor confianza del ciudadano en la Justicia, porque sabe que, cuando no ha encontrado amparo en otros sectores, lo ha encontrado en la Justicia.

P: ¿Suscribiría que una Justicia lenta no es Justicia?

R: En muchos aspectos, sí lo suscribiría. Una Justicia que llega a destiempo puede equivaler a que la sentencia no sirva para nada. En ocasiones, los efectos no son tan desastrosos, pero el riesgo es que, cuanto más se tarde en resolver un asunto, la sentencia que se dicte sea menos eficaz. Se puede llegar a extremos que podríamos considerar inadmisibles, como en el caso de personas que han iniciado el litigio en buen estado de salud y que, cuando llega a sentencia firme, ya han fallecido. Este es un ejemplo muy gráfico de cómo una Justicia lenta puede no ser Justicia, y esa persona, que a lo mejor tenía la razón desde el principio, no va a encontrar realizado su deseo de justicia. Pero no hace falta poner casos tan extremos; también puede suceder que una sentencia favorable, por razón del tiempo transcurrido, no se pueda ejecutar, como que una sentencia favorable quede reducida a papel mojado porque el demandado que tiene que pagar al demandante ya no tiene bienes. El transcurso del tiempo puede hacer variar las circunstancias de tal manera que la solución judicial, aunque sea satisfactoria para una de las partes desde el punto de vista de lo que dice la sentencia, luego no lo sea la eficacia de esa sentencia.

P: ¿Cómo debería ser la Justicia del siglo XXI?

R: Necesitaríamos unas buenas leyes, y en la actualidad tenemos un grave problema con la multiplicación de las reformas legislativas. Hay demasiadas leyes y llega a ser francamente difícil estar seguros de cuál es la norma exactamente aplicable al caso que se tiene que resolver, sobre todo para los jueces de primera instancia, que están en la primera línea de fuego. Una Justicia ideal tendría que tener, como punto de partida, menos leyes y de mayor calidad. Además, un número de jueces proporcionado al número de habitantes, de manera que no haya la desproporción que actualmente existe en España, en comparación con otros países de nuestro entorno. También una buena formación, que actualmente existe, y creo que tanto el método de ingreso de los jueces en la carrera judicial como su formación son adecuados. Y a ello hay que sumar unos tiempos de respuesta razonables, que, de hecho, vendrían dados por todas las condiciones anteriores, porque si tenemos buenas leyes, un número de jueces adecuado y buena formación, lo demás viene por sí solo. Este sería el ideal de Justicia, que siempre se tiene y se debe tender a él, aun sabiendo que no se va a conseguir. Pero, sobre todo, no hay que desanimarse porque nos veamos lejos de alcanzarlo. Yo necesito siempre el estímulo de llegar al ideal, nunca hay que perder las ilusiones. Y, desde luego, la etapa actual, para un Juez del orden civil, es apasionante. Estoy viviendo la etapa más difícil e interesante de toda mi vida profesional.



«Debemos tener una Justicia eficaz, rápida, accesible al ciudadano y con un trato atento»

Gema Espinosa Conde

Directora de la Escuela Judicial

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Gema Espinosa Conde (Burgos, 1963) es licenciada en Derecho por la Universidad de Valladolid. Ingresó en la carrera judicial en el año 1989, sirviendo en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Reinosa y Lerma. Ascendió a Magistrada en el año 1991, desempeñando sus funciones en los juzgados de Barakaldo, Santa Coloma de Gramenet y Barcelona. Desde el año 2007, es Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona. Es fiscal por oposición libre en excedencia.

Ha sido también Profesora Asociada del Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona durante los años 2000 a 2012. Ha ejercido funciones docentes en el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Cataluña y cuenta con una intensa y prolífera actividad docente. Desde el año 2006 hasta julio de 2013, fue Directora del Servicio de Selección y Formación de la Escuela Judicial de España. Actualmente dirige la Escuela Judicial.



Entrevista



P: Hace poco más de dos años que asumió la Dirección de la Escuela Judicial. ¿Cuáles son los principales objetivos cumplidos? ¿Y los principales retos pendientes?

R: Cuando tomé posesión del cargo, ya llevaba algunos años de Directora de selección y formación inicial y, por lo tanto, conocía muy bien el funcionamiento de la Escuela. Mi reto ha sido mantener la calidad de la formación que se da en la Escuela Judicial e ir introduciendo innovaciones para poder adaptarla a las nuevas necesidades que tenemos en la judicatura. Son muchos los cambios legislativos que se están produciendo, procedentes no solo de la legislación española, sino también de la normativa de la Unión Europea, y, por lo tanto, son muchas las materias en las que debe reforzarse la formación. Los alumnos de la Escuela Judicial son jueces en prácticas que han superado una difícil y dura oposición, la media de estudios ronda los cuatro años y tienen unos grandes conocimientos técnicos. Nuestro objetivo es darles una formación profesional, que tengan todas las herramientas para que posteriormente puedan ejercer correctamente su profesión. Y nuestro reto es mantener y mejorar la formación en la Escuela. Somos un referente para escuelas judiciales de todo el mundo, tanto del ámbito europeo como iberoamericano, y queremos continuar siéndolo.

P: La última promoción ha sido ya la 65ª. Los jueces de esta última promoción, por primera vez, antes de recibir

sus despachos, han actuado como jueces sustitutos. ¿Cómo valora la experiencia?

R: Se ha hecho por primera vez con esta promoción, y no sabíamos cómo iba a funcionar. No se veía muy bien, sobre todo desde muchos sectores de la carrera judicial, porque decían que íbamos a tener jueces con retribuciones de jueces en prácticas, no de jueces o de magistrados ejerciendo sus funciones, pero la verdad es que se solucionó correctamente. Han estado ejerciendo perfectamente como jueces sustitutos, sobre todo como jueces de refuerzo en las plazas que les buscamos, y la experiencia ha sido valorada muy positivamente no solo por los alumnos de la Escuela Judicial, sino también por la carrera judicial. Esta fase de sustitución se introduce en el artículo 307 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de modo que obligatoriamente le daremos continuidad.

P: ¿Cómo queda establecido, entonces, el periodo de formación en la Escuela Judicial?

R: La Escuela Judicial da una formación de dos años: primero, un mínimo de nueve meses en la sede de la Escuela en Barcelona, donde damos una formación teórico-práctica. Posteriormente, tenemos una fase de prácticas tuteladas, en que el Juez es acompañado por un Juez tutor que le supervisa, que está permanentemente con él en las vistas y que le revisa las resoluciones. Y ahora tenemos esta última fase, novedosa y que ha dado muy buen resultado, en que el Juez ha estado haciendo funciones de refuerzo, de

modo que todavía tiene el apoyo de la Escuela Judicial, sigue siendo Juez en prácticas, pero que le ha servido para saber lo que va a ser su función en sus primeros destinos.

P: Recientemente, además, desde Barcelona se ha asumido más peso en la formación continua y toma fuerza la formación judicial internacional. ¿Qué peso deben tener ambas —formación continua e internacional— en la formación actual de los jueces?

R: De hecho, la Escuela Judicial tiene dos funciones: la selección y formación inicial de los jueces y la formación continua de los jueces y magistrados que ya están en la carrera judicial. El servicio de formación continua ha estado siempre en Madrid, aunque, desde que asumí la dirección de la Escuela, he intentado traer algunos cursos de formación continua a Barcelona. Por esta Escuela Judicial han pasado más de la mitad de los actuales jueces y magistrados, pero todavía hay muchos que no la conocen. Y creo que la Escuela Judicial es un órgano técnico del Consejo del que nos tenemos que sentir muy orgullosos todos, y esta sede —que ya conocen muchos jueces europeos precisamente por la formación europea que hacemos— debe ser conocida por todos los jueces y magistrados españoles. Ese es mi empeño y constituye otro reto: aproximar a la judicatura, a los jueces y magistrados, la Escuela Judicial. Que conozcan lo que se hace aquí, esta sede y cuáles son nuestras aspiraciones. En cuanto a la formación internacional, formamos parte de redes de escuelas tanto europeas como iberoamericanas o euroárabes. Es importante el esfuerzo que se está haciendo para homogeneizar la formación de los jueces, y el futuro de la formación está precisamente en potenciar esta formación internacional.

Debemos asumir que somos algo más que jueces nacionales, que somos jueces europeos

P: ¿Cuáles son los principales retos en cuanto a formación continua? ¿Y en el ámbito internacional?

R: En formación internacional, el principal reto es que los jueces y magistrados españoles, a través de la red europea de



formación judicial, asumamos que somos jueces europeos, no jueces de nuestra ciudad o de nuestro pueblo. Tenemos que aplicar el Derecho europeo, cooperar con los jueces europeos; por lo tanto, en formación internacional debemos enseñar que somos algo más que jueces nacionales. En cuanto a formación continua, los jueces somos conscientes de que nuestra formación no acaba con la Escuela Judicial, sino que continúa a lo largo de toda nuestra vida. Este año, por ejemplo, somos testigos de la promulgación de nuevas leyes —la Ley de Jurisdicción Voluntaria, reformas del Código Penal, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, etc.—, y el reto es estar al día, tener una formación al día. Y también tener una formación en normativa europea, en la cooperación europea, no solo ceñirnos a nuestro ordenamiento y a nuestra jurisprudencia, sino también conocer las normas europeas y las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo. Somos conscientes de la importancia de la formación internacional, y tanto en los cursos que hacemos aquí como en aquellos a los que enviamos a jueces españoles nos relacionamos con otros jueces y asumimos esa función que tenemos como jueces europeos. A lo largo del año, aproximadamente trescientos jueces europeos visitan la Escuela Judicial o tribunales españoles y aproximadamente enviamos otros trescientos jueces, bien a cursos, bien a intercambios en juzgados o tribunales. Todo ello sirve para ser conscientes de esa función como jueces europeos.

P: Desde hace un tiempo, jueces iberoamericanos vienen a la Escuela Judicial a formarse. ¿Cómo valora la experiencia?

R: Ya llevamos dos años y ha sido un éxito. Veinticinco jueces iberoamericanos vienen aquí durante la mitad del curso o durante todo el año, jueces que ya lo son en sus países y a quienes sus países les permiten dejar su puesto, relevándoles de sus funciones, para que vengan aquí a formarse. Empezamos con un cierto miedo, sin saber si los poderes judiciales de otros países iban a permitir a sus jueces venir aquí tanto tiempo, y la verdad es que la experiencia ha sido buenísima. Tenemos muchas peticiones para venir, y ahora vamos a convocar el tercer curso de formación especializada. En muchas actividades se mezclan con los jueces españoles que están empe-



zando y les aportan su experiencia y su serenidad, mientras que los jueces españoles les aportan su frescura, su optimismo y su ilusión por empezar la carrera judicial.

El principal problema con la crisis es el incremento de expedientes en los juzgados, que muchas veces no viene acompañado de los medios materiales y personales precisos para hacerle frente

P: ¿Cómo ha afectado la crisis a la organización judicial?

R: Pues la ha afectado con un incremento de los expedientes en los juzgados. Esta crisis ha dado lugar a muchísimos procedimientos, tanto civiles como mercantiles, matrimoniales o penales, y esto ha supuesto un incremento de la carga de trabajo de los juzgados. El principal problema con la crisis es que este incremento de expedientes en los juzgados muchas veces no viene acompañado de los medios materiales y personales precisos para hacerle frente. Es por lo tanto el juez, con su esfuerzo y

dedicación diaria, el que ha ido asumiendo este mayor número de procedimientos que han entrado en los juzgados.

P: La ratio de jueces por habitante en España es un tema permanentemente cuestionado. ¿Es suficiente esta ratio?

R: Estamos muy por debajo de la media europea, que es de 24 jueces por cada 100.000 habitantes, mientras que en España tenemos 10 jueces por cada 100.000 habitantes. En cuanto a la carga de trabajo, según un informe de la OCDE, somos el tercer país —de los 34 países de la Unión Europea— con un número más alto de expedientes: un expediente por cada 25 habitantes, mientras que en Finlandia, por ejemplo, tienen un procedimiento por cada 300 habitantes. Esto, añadido a que no somos los que tenemos más ratio de jueces por habitante, supone que el Juez español tiene un número muy superior de expedientes en relación con otros países de la Unión Europea. Y esto se saca adelante con el esfuerzo personal de los jueces y magistrados que estamos en la carrera judicial, que tienen mucha vocación y lo están asumiendo, aunque esté repercutiendo negativamen-



Entrevista

te en su vida personal. Un esfuerzo que a veces no es recompensado con una buena valoración por parte del ciudadano, porque es evidente que al menos el 50 % de los ciudadanos que acceden a un juzgado no se van contentos, ya que no son estimadas sus pretensiones. Pero yo creo que quienes acuden a la Justicia obtienen cada vez una mejor respuesta, un mejor trato por parte de los jueces y, por tanto, va mejorando su percepción de la Justicia.

En España tenemos 10 jueces por cada 100.000 habitantes, muy por debajo de la media europea, que es de 24 jueces por cada 100.000 habitantes

P: Y en cuanto al número de plazas de la Escuela Judicial, ¿es suficiente?

R: La promoción que empezará ahora va a ser de 65; a la que entregamos despachos en julio era de 35, y ahora mismo tenemos a 50 jueces que están en la fase de prácticas tuteladas y, posteriormente, harán la fase de sustitución. La verdad es que la tasa de reposición de jueces en España es de aproximadamente 150 cada año, ya que entre jubilaciones, enfermedades, etc., se producen entre 125 y 150 vacantes, y, evidentemente, con estos 65 jueces, no se van a cubrir. Además, se ha optado ahora por suprimir la Justicia interina, los jueces sustitutos, y se necesitan más jueces. El nivel

de alumnos de 65 por promoción es insuficiente.

Yo no hablaría de colapso judicial. Según un estudio de la OCDE, la media de respuesta para un procedimiento en Europa es de 238 días, y en España es de 272 días

P: ¿Cree que podemos hablar de colapso judicial?

R: Yo no hablaría de colapso judicial. Según un estudio de la OCDE, la media de respuesta para un procedimiento en Europa es de 238 días, en primera instancia, y en España es de 272 días, un poco mejor, por ejemplo, que Francia, y mucho mejor que Inglaterra y Gales, Portugal o Italia, donde la media de respuesta es de 460 días. Sí es cierto que puede haber algún juzgado en concreto que, por determinadas circunstancias —vacantes, por ejemplo, por falta de estabilidad de los titulares en los juzgados—, esté colapsado, pero no creo que pueda hablarse de un colapso generalizado.

P: También se habla a menudo de la necesidad de realizar otro reparto de la carga de trabajo o de una modernización tecnológica en el ámbito de la Justicia. ¿Cree que son estos los factores

clave para mejorar los plazos en el ámbito de la magistratura?

R: La modernización tecnológica es necesaria. El actual Ministerio de Justicia ha optado por el papel cero en los juzgados, y creo que esto va a agilizar mucho la tramitación; estamos hartos de entrar en juzgados donde vemos montones de expedientes. Hacer una tramitación más ágil de la presentación de documentos o de la notificación de resoluciones, por ejemplo, va a acortar mucho los plazos. En la Escuela Judicial, este próximo curso que empieza en enero, ya hemos acordado que vamos a introducir el papel cero para preparar a los futuros jueces para que trabajen así. Es evidente que es necesaria una modernización, pero tardará en llegar a todas partes. Nos va a costar adaptarnos y no llegará a todos los juzgados al mismo tiempo. Los jueces, desde la Escuela Judicial, salen preparados para que la Justicia sea moderna, trabajan perfectamente con las nuevas tecnologías y poco a poco se irán implantando en toda España.

El papel cero va a suponer una tramitación más ágil de la presentación de documentos o de la notificación de resoluciones, y va a acortar mucho los plazos

P: En las últimas promociones, la cifra de mujeres es sensiblemente superior a la de hombres. ¿A qué lo atribuye?

R: Es cierto que en las últimas promociones aproximadamente el 65% de los asistentes son mujeres, aunque no sé muy bien a qué atribuirlo. Quizás al miedo que tenemos las mujeres a que en la empresa o en los despachos no nos traten igual que a los hombres, a que ante una maternidad nos pongan problemas o a que a una mujer joven no se la mire con tan buenos ojos como a un hombre. O igual es que las mujeres tenemos más vocación de jueces que los hombres. La verdad es que yo, cuando me planteé opositar, simplemente pensé que era una profesión que me podía gustar, y la verdad es que es una profesión de la que me siento muy orgullosa y creo que no hay una profesión más bonita y gratificante que esta. La carrera es muy vocacional. No tenemos más opciones que en otras profe-





siones para atender a la familia, que es uno de los argumentos que a veces se utilizan para justificar este mayor número de mujeres que acceden a la carrera, porque el trabajo de Juez es las 24 horas del día. Además, tenemos unos módulos de productividad y se tienen que cumplir. Aunque tal vez la disponibilidad sí que sea mejor, puedes administrar mejor tu tiempo.

El sistema de acceso a la profesión es un sistema objetivo que da la seguridad de que la selección se hace únicamente con base en mérito y capacidad

P: El sistema de acceso a la profesión —por oposición, en primer lugar, y posteriormente con el paso por la Escuela Judicial—, ¿considera que es el mejor sistema posible?

R: Creo que es un sistema muy objetivo. A la carrera judicial se accede solo por mérito y capacidad, y yo creo que son unas pruebas que permiten hablar de eso: de objetividad. No hay ningún otro elemento que influya en la selección de jueces. Hay voces que dicen que la oposición es memorística, que se puede mejorar... pero todas las profesiones jurídicas, notarios, registradores, abogados del Estado, secretarios judiciales, jueces y fiscales, tenemos una oposición, y para el resto de operadores jurídicos no se discute que este sistema es el bueno. Por supuesto que admite mejoras, como podría ser introducir alguna prueba escrita, como un dictamen civil y penal que permitiera conocer que esa persona también sabe redactar, valorar lo que se le pone delante y hacer una síntesis y buscar la solución a lo que se le plantea, pero creo que es un sistema objetivo que da la seguridad de que la selección se hace únicamente con base en mérito y capacidad.

P: ¿Cuáles son las cualidades necesarias para ser un buen Juez?

R: Muchísimas. En el plan de formación de la Escuela Judicial, se trabaja sobre las capacidades que se necesitan para ser Juez: analíticas, funcionales, relacionales, técnicas, personales... Son muchas las capacidades o competencias que se exigen, pero como en todas las profesiones.

Un buen Notario también necesita todas estas capacidades: tener conocimientos teóricos, una buena experiencia, capacidad de relacionarse con quienes acuden a su despacho... En la Escuela nos fijamos como objetivo que se adquieran estas capacidades, unas capacidades que permitan ejercer correctamente la profesión de Juez.

P: ¿Por qué cree que España es uno de los países con mayor litigiosidad?

R: Creo que es porque los españoles tienen mucha confianza en los jueces; en caso contrario, no acudirían al Juzgado. Los ciudadanos saben que los jueces son objetivos, que son buenos, y eso es lo que conlleva esa mayor litigiosidad. Evidentemente, la crisis económica ha incrementado la litigiosidad: desahucios, ejecuciones hipotecarias, separaciones o divorcios han aumentado con la crisis, pero la litigiosidad siempre ha sido alta. Por ejemplo, en datos de 2010, en Francia tenían 6 millones de expedientes para una población de 60 millones, mientras que en España teníamos 9 millones de expedientes para 45 millones, aproximadamente. Se confía en la Justicia.

Los españoles tienen mucha confianza en los jueces, pero eso conlleva una mayor litigiosidad. Los jueces deben fomentar y conducir hacia la mediación

P: En este sentido, ¿qué papel considera que debe jugar la resolución alternativa de conflictos, como la mediación y el arbitraje? ¿Qué papel deben tener los jueces?

R: Particularmente, creo que el papel de la mediación y de los sistemas alternativos de resolución de conflictos va a ser muy importante. El Consejo General del Poder Judicial defiende absolutamente la mediación y, por ejemplo, este año la Comisión Permanente del Consejo ha acordado que se tienen que hacer actividades formativas sobre esta materia en todos los órdenes jurisdiccionales, y tanto en formación inicial como en formación continua. Yo, como Juez de Familia, soy defensora de



la mediación. Firmé el acta constitutiva de la sección española de GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación), y siempre he dicho que es mucho mejor un acuerdo al que llegan las partes que una decisión impuesta por el Juez. Cuando un matrimonio ve que una medida la han acordado ellos, es mucho más fácil que se ejecute que si piensan que esa medida les ha sido impuesta. Los métodos alternativos de resolución de conflictos van a evitar que muchos asuntos lleguen al Juzgado, muchos de ellos asuntos que no tienen una buena solución por parte del Juzgado; por ejemplo, una relación de vecinos o un matrimonio, ya que después de la resolución van a tener que seguir conviviendo. En estos casos, una mediación es mucho más efectiva que una decisión impuesta por los tribunales. La sentencia te da la solución en el momento, pero se tiene que seguir manteniendo la relación entre los litigantes más allá de la resolución, de modo que la mediación es la que puede dar una mejor solución a todos los conflictos futuros que puedan plantearse. Los jueces deben fomentar la mediación, y en muchos juzgados de familia ya hace muchos años que ha habido experiencias piloto en que, tras las comparecencias de las partes, se las derivaba a sesiones de mediación. Al principio, es cierto que el Juez es reacio a la mediación, ya que entiende que el problema le ha llegado y lo tiene que resolver, pero tiene que saber que la mediación es buena para las partes. Por lo tanto, la tiene que fomentar, se la tiene que enseñar a las partes y las tiene que conducir hacia la mediación.



Entrevista



P: Recientemente se ha aprobado la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que tiene como objetivo desjudicializar determinados procesos. ¿Cómo la valora?

R: Es evidente que aún tienen que limarse algunas cuestiones que ahora estamos viendo los aplicadores del Derecho, pero creo que va a ser una buena ley. Lo que hace es una ordenación del procedimiento de jurisdicción voluntaria y transfiere muchas de las competencias que antes eran de los jueces a otros operadores jurídicos: secretarios judiciales, notarios y registradores. Es cierto que mantiene en el ámbito judicial decisiones que afectan, por ejemplo, a menores o a personas con la capacidad modificada judicialmente, pero otras muchas las transfiere a estos operadores jurídicos, y creo que era algo necesario. No todo se tiene que judicializar. Creo que el Notario tiene una formación técnica y una experiencia práctica que le permiten dar solución a muchos conflictos o planteamientos entre las partes sin necesidad de acudir al Juzgado. Ha sido una muy buena decisión descargar al Juez y transmitir estas cuestiones a otros operadores jurídicos. Va a funcionar muy bien y ha dado una buena solución a esa carga de trabajo que tienen los jueces.

P: ¿Cómo valora el nivel de seguridad jurídica de nuestro país?

R: El nivel de seguridad jurídica en nuestro país es altísimo, porque tenemos jueces muy bien formados, que se sujetan únicamente a la ley. Es evidente que la ley a veces es elástica y el Juez debe interpretarla

—y en esta interpretación puede que, de cara al justiciable, demos la idea de resoluciones dispares—, pero tenemos tribunales que unifican estos criterios y, por lo tanto, el nivel de seguridad jurídica es muy alto. También es cierto que decisiones europeas han generado un momento de imprecisión y de diferencia entre las respuestas que han dado los jueces, pero la función de unificación que tienen los altos tribunales, sobre todo el Tribunal Supremo, va a permitir unificar y volver a situar en niveles máximos esta seguridad jurídica.

El Notario tiene una formación y una experiencia práctica que le permiten dar solución a muchos conflictos o planteamientos entre las partes sin necesidad de acudir al Juzgado

P: ¿Cómo ve la contribución de los notarios?

R: Su contribución es muy importante. El Notario es la garantía de los derechos de los particulares en las relaciones que se establecen entre ellos. Conoce la legislación, tiene una experiencia práctica extraordinaria y, por lo tanto, cuando dos particulares entran en el despacho de un Notario, saben que están ante un profesional con un alto conocimiento y que les va a dar una solución absolutamente correcta. Por lo tanto, es una labor muy importante y su trabajo se asienta en grandes conocimientos. Dan una buena respuesta a las necesidades de los particulares.

P: En cuanto a la relación jueces-notarios, ¿en qué punto se halla?

R: Yo creo que la colaboración entre jueces y notarios es básica. Para ello, desde la Escuela Judicial, hacemos cursos para que los jueces y los notarios se conozcan, sepan cuáles son las funciones de cada uno y en qué puntos pueden ayudarse. El Juez no puede actuar solo, necesita de otros operadores jurídicos, y los notarios son esos operadores que siempre están al lado del Juez, que apoyan sus funciones. Con un buen funcionamiento de los notarios, la carga de trabajo de los juzgados se reduce. Por lo tanto, la cooperación es necesaria y debemos conocernos más y hacer actividades de formación conjuntamente. Personalmente, en mis destinos, siempre he tenido una relación extraordinaria con los notarios y hemos actuado codo con codo.

P: Ya para finalizar, ¿cómo debería ser la Justicia del siglo XXI?

R: Una Justicia eficaz, rápida, accesible al ciudadano, y en la que el ciudadano que llegue al Juzgado tenga un trato cortés, atento. Que cuente con unos jueces que empaticen con el problema del justiciable. A los alumnos de la Escuela Judicial les hacemos mucho hincapié en esto último; les damos una formación transversal que afecta a todas las actividades que hacemos, además de actividades concretas sobre ética y comportamiento, en las que intentamos que se pongan en el papel del particular que llega a un Juzgado. Hay que pensar que, cuando un particular llega al Juzgado, es muchas veces el primer asunto que tiene y, probablemente, será el último. De modo que la imagen que se llevará de ti será la imagen que se llevará de la Justicia, de los 5.500 jueces que integramos el Poder Judicial en España. Por lo tanto, el trato debe ser atento y cortés. Otra aspiración sería mejorar la situación de los jueces. Es cierto que se está intentando mejorar, pero es mucho el trabajo que tenemos y me gustaría que se valorara el esfuerzo que hacemos. Somos muy vocacionales; muchas veces, la familia pasa a un segundo plano, y eso no se valora suficientemente. Yo intento transmitir optimismo a los nuevos jueces. Creo que ahora se ha caído bastante en el pesimismo, precisamente por esa carga de trabajo y porque nos gustaría que las cosas mejoraran más rápido de lo que lo hacen, pero me gustaría que el optimismo se volviera a instalar en la carrera judicial. Es una profesión magnífica.

Eficacia probatoria y eficacia ejecutiva del documento público^(*)

José Antonio García Vila
Notario de Sabadell

Acaban de asistir ustedes a una exposición doctrinal pormenorizada (de Eduardo Baena, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo) sobre la eficacia probatoria y ejecutiva de los documentos públicos que recoge lo que viene siendo la doctrina más tradicional de nuestro Tribunal Supremo y de las distintas audiencias provinciales.

Según esta consolidada doctrina, la escritura pública es un medio de prueba sin una especial prevalencia, que no tiene una especial eficacia probatoria (más allá de ciertos extremos escasamente conflictivos, como lugar, fecha e intervinientes), que es una más entre las pruebas o medios de prueba con los que el Juez ha de jugar para llegar a una determinación de qué hechos considera probados (de entre los discutidos por las partes) para poder dictar, con base en ellos, sentencia; que la escritura prueba el hecho de la comparecencia y la declaración, pero no la veracidad de la misma.

La exposición que sigue **no es una enmienda a la totalidad** de la doctrina tradicional, pero sí pretende poner de manifies-



to cómo la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ha supuesto una **revalorización** de la prueba documental pública, o, al menos, permite defender con más argumentos una determinada doctrina sobre la eficacia del documento público notarial.

Pero, para llevar a cabo esta tarea, no me parece oportuno comenzar a hablarles a ustedes de autenticidad formal y material, de eficacia sintética y analítica del documento público notarial, y de los distintos tipos de eficacia del documento, por cuanto todos estos elementos los conocen sobra-

damente y los han tenido en cuenta reiteradas veces, aunque nos hemos de encontrar con ellos a lo largo de la exposición.

Es conocido que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sobre la base de la **distinción entre normas materiales y procedimentales en materia probatoria**, reguló solamente la práctica de los distintos medios de prueba, pero dejó sin regular importantes aspectos de la eficacia de estos medios, entre ellos, la propia admisibilidad y valoración de los medios de prueba. Esta materia quedó abandonada al Código Civil,

(*) Conferencia pronunciada en las Jornadas Consejo General del Poder Judicial-Consejo General del Notariado celebradas el 23 de marzo de 2015.

FICHA TÉCNICA



Resumen: Es objetivo del presente trabajo, poner de manifiesto cómo la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ha supuesto una revalorización de la prueba documental pública, o, al menos, permite defender con más argumentos una determinada doctrina sobre la eficacia del documento público notarial.

Palabras clave: Escritura pública, eficacia procesal, eficacia ejecutiva.

Abstract: The aim of this work is to describe how the 2000 Civil Procedure Act has seen a revival in public documentary evidence, or at least it provides for a more substantial defence of a particular principle with regard to the effectiveness of public notarial documents.

Keywords: Public instrument, procedural efficacy, executive efficacy.

el cual trató de la misma en un apartado destinado específicamente al estudio de la prueba de las obligaciones. No interesan ahora las críticas ni a la terminología ni a la ubicación sistemática, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 supera esta posición, derogando apartados enteros del Código Civil, pero deja subsistentes determinados artículos, singularmente, los referidos a los documentos públicos y privados, al mismo tiempo que mantiene el artículo 51 del Código de Comercio.

La propia Exposición de Motivos de la LEC nos dice claramente que se derogan los preceptos del Código Civil que carecen de otra relevancia que la procesal, y esto es demostrativo de que los preceptos reguladores de los documentos públicos que se mantienen en el Código, y que son los que ahora nos interesan, **tienen otra eficacia distinta de la meramente procesal.**

Y es que, aunque es cierto que la eficacia procesal del documento público ejerce una notable influencia en el ámbito extrajudicial, no se puede seguir defendiendo que el documento público no es más que un medio de prueba. Como ha señalado la generalidad de la doctrina, **la escritura pública despliega sus efectos en un doble campo**, como acto jurídico y como prueba (COUTURE), tiene una naturaleza bifronte (MONTERO), por lo tanto, en el tráfico jurídico y en el proceso, y la función que desarrolla fuera del proceso **no es un efecto reflejo** de la eficacia procesal, sino que tiene una eficacia autónoma y que desarrolla en bloque, como un todo, a diferencia de lo que ocurre en el proceso, en que, como veremos, su eficacia dependerá de entre qué partes se aduzca el documento y a qué extremos del mismo nos estemos refiriendo.

Como dijo la Dirección General en Resolución de 18 de marzo de 1986 (siguiendo una frase feliz de NÚÑEZ LAGOS), el consentimiento de los otorgantes perfecciona, al mismo tiempo, en unidad de acto formal, el negocio y el instrumento.

La escritura pública es un título de tráfico a través del cual los firmantes de la misma expresan y hacen valer ante los terceros con los cuales tengan relación un determinado contenido negocial, el cual, a su vez, produce determinados efectos jurídicos

En definitiva, al dar certeza los otorgantes a su relación material, se da certeza al resultado probatorio eventual sobre la relación material que regulan en el documento que consienten y firman.

La escritura pública es así un **título de tráfico** a través del cual los firmantes de la misma expresan y hacen valer ante los terceros con los cuales tengan relación un determinado contenido negocial, el cual, a su vez, produce determinados efectos jurídicos.

Precisamente por ello, **los artículos 1279 y 1280** del Código Civil nos dicen, después de reconocer el 1278 el principio general de libertad de forma, que, en ciertos casos, las partes podrán compelerse al otorgamiento de la escritura pública para hacer efectivas las obligaciones que nacen del contrato y, singularmente, cuando quieran hacer valer sus efectos respecto de terceros.

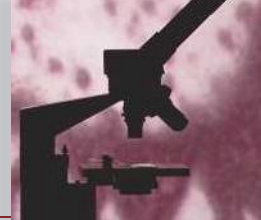
A esta **eficacia extraprocesal** plena de la escritura pública se refería una Orden Ministerial de 1963, cuando nos decía que las declaraciones contenidas en la escritura pública son incontrovertibles fuera de la esfera judicial, y, por tanto, toda afirmación en contrario no solamente no podía, sino que no debía, ser tomada en consideración por organismo alguno.

Esta afirmación relativa a la «**eficacia sintética**» del documento público en el tráfico no puede ser, sin embargo, mantenida en su integridad, por cuanto choca con otros preceptos del ordenamiento, y así el vigente **artículo 143.3** del Reglamento Notarial dice, con mucha mayor precisión, que «*los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial solo podrán ser negados o desvirtuados por los jueces y tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias*».

Y aquí vamos a empezar el camino oblicuo a través del cual trataremos de desentrañar la peculiar eficacia de la escritura pública.

Un buen día se presentan en una Notaría Juan y Pedro. A instancia de ellos, se prepara una escritura en la que se dice que Juan es dueño de una finca y que se la vende a Pedro, que la compra por un precio de X euros, cantidad que Juan confiesa haber recibido de Pedro antes del acto en efectivo metálico y por la que da carta de pago; esta escritura se lee, se explica y se firma por todos los comparecientes, y se autoriza por el Notario. Olvidemos por un momento que a partir del año 2006 es obligatoria la constancia de los medios de pago y las limitaciones que estas medidas de prevención del fraude y del blanqueo del dinero han supuesto.

Interesa ahora destacar, porque es un tema que dio lugar a importantes discusiones doctrinales, **que la firma de la escritura significa que el otorgante de la misma dice algo y quiere lo que dice.** La escritura no es una representación de una declaración de voluntad (CARNELUTTI, NÚÑEZ LAGOS, COUTURE); ni siquiera es, propiamente, la expresión de esa declaración. **La escritura es la misma declaración, en cuanto que la voluntad solo tiene sentido jurídico si se expresa de alguna forma.** De ahí que, cuando en adelante digamos que la escritura contiene declaraciones de voluntad, debamos entender que a través



de la escritura los otorgantes expresan su voluntad, sea esta cual sea.

No podemos entrar, por obvias razones de tiempo, en los supuestos en los cuales la expresión de la voluntad en documento público es la única forma en la cual la voluntad tiene jurídicamente valor.

De esta escritura se saca una copia autorizada, se liquidan los impuestos y se presenta en el Registro. Una vez presentada en el Registro, el Registrador lleva a cabo una función de calificación del título presentado. La **extensión de la calificación registral** respecto de los documentos notariales no fue siempre una cuestión pacífica. En la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, coexistían normas que llevaron a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en un primer momento, a indicar que el Registrador solo podría calificar, a los efectos de la inscripción, la regularidad formal del documento notarial y la capacidad de los otorgantes (término bajo el cual se oculta lo que hoy denominamos *legitimación para realizar actos dispositivos*). No es hasta **1874**, y con ocasión de la calificación de un documento judicial, cuando la Presidencia de la República dicta una resolución en la que indica claramente que la función calificadora alcanza lo que se denominaba **formas intrínsecas** de las escrituras: lo que más adelante se va a conocer como *validez de las obligaciones que contiene*.

Y este dato, que hoy parece una discusión histórica sin demasiado sentido, tiene una especial relevancia, pues la Ley Hipotecaria de 1861 quería que en el Registro solo entraran títulos dotados de autenticidad y títulos válidos civilmente. Esto que hoy llamamos *control de legalidad* estuvo sustraído al Registrador durante ese período de tiempo, precisamente porque se entendía que con el notarial era suficiente. La razón de esto la encontramos en la Real Orden de 12 de junio de 1861, que entró en vigor antes de la Ley Hipotecaria de 1861, y que imponía al Notario controlar todos los elementos necesarios para la validez civil del negocio documentado. Baste citar ahora en la doctrina de la época a GÓMEZ DE LA SERNA y a GALINDO y ESCOSURA.

Con posterioridad en el tiempo, y por este orden en la cita, CASTÁN hablaría de esta función calificadora de la naturaleza y legalidad del acto por el Notario; el Tribunal Constitucional (STC de 11 de noviembre de 1999), de que la función notarial incor-

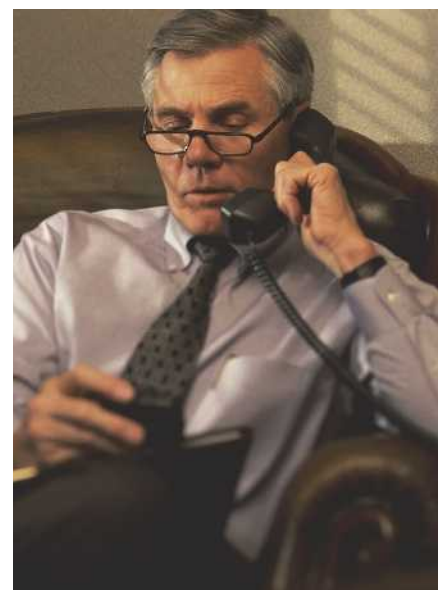
pora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico; el artículo 24 de la Ley del Notariado, desde 2006, que controla no solo la regularidad formal, sino también la material del negocio documentado; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 24 de mayo de 2011) señala que las actividades notariales persiguen fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, y la SAP de Lugo de 2 de octubre de 2013 nos dice, y a propósito de una calificación registral, que las escrituras públicas gozan de una presunción de exactitud y adecuación al ordenamiento jurídico que deriva de la autorización notarial.

Pero este no es el tema de la exposición, así que sigamos con esta aproximación a los efectos de la escritura.

Si el Registrador califica favorablemente la escritura, inscribe el dominio de la finca a favor de Pedro. Como en España la inscripción no es constitutiva, ello supone que, para el Registrador, el dominio (derecho *erga omnes* por excelencia) se ha transmitido con anterioridad a Pedro, y que lo ha hecho por la escritura. ¿Qué ha ocurrido? Que la escritura es un título formal que contiene el título material que sirve, unido a la eficacia traditoria, para transmitir el dominio. El Registrador practica un asiento que mata formalmente el dominio de Juan y publica el dominio de Pedro, y ello pese a que Juan pueda no ser dueño por haber vendido anteriormente o haber constituido un derecho limitado sobre la finca, extremos todos ellos desconocidos por Pedro.

La escritura pública goza de una especial eficacia o autenticidad que la doctrina notarial denomina de fondo, por oposición a la autenticidad formal que se predica también de la misma

El **artículo 33 del Reglamento Hipotecario** nos explica el fenómeno: la escritura es el documento público en que funda inmediatamente su derecho Pedro, y este documento público hace fe por sí solo de la existencia del contrato que sirve de base a la transmisión y produce, por sí solo, normalmente, la tradición de la cosa necesaria para adquirir el dominio. **Que hace fe del**



contrato es una manifestación expresa del artículo 1 de la Ley del Notariado, y **que es una forma de tradición** lo señala el artículo 1462 del Código Civil. Y, a partir de ahora, el derecho de Pedro va a estar protegido por los tribunales en la forma determinada por el asiento, que lo ha tomado del título presentado, en tanto no se impugne, y gozará de unas presunciones especiales, tanto de carácter sustantivo como procesal.

Este simple hecho, que tiene lugar todos los días, nos pone de manifiesto que **la escritura pública goza de una especial eficacia o autenticidad que la doctrina notarial denomina de fondo**, por oposición a la autenticidad formal que se predica también de la misma.

Pero también, desgraciadamente con frecuencia, todos los días se presentan en los juzgados de España escrituras públicas en las que Juan, que ahora normalmente es un Banco, afirma que Pedro le debe X miles de euros. Puede ocurrir que Pedro haya constituido hipoteca en garantía de la deuda contraída con Juan o no. En el primer supuesto, normalmente, se acude a la ejecución directa de los bienes hipotecados, que es una variedad de la ejecución dineraria; en todo caso, **el Juez ordena** (tras las oportunas comprobaciones sobre la regularidad formal y material) **el despacho de la ejecución** contra Pedro y, si no hubiera ejecución directa, el Secretario ordena el embargo de sus bienes en cuantía suficiente para hacer frente al pago de la deuda. No nos interesan ahora las vicisitudes posteriores de los procedimientos.



Sí me interesa confrontar el artículo 1429 LEC de 1881 con el actual artículo 517 LEC 1/2000. De los supuestos contenidos en la LEC de 1881, solo nos quedan ahora, al lado de los títulos judiciales y laudos arbitrales, las escrituras públicas, las pólizas y los títulos al portador o nominativos. Sé que este es un análisis somero, pero **la pregunta que hemos de hacernos es por qué la escritura pública produce** (y ello desde la creación del juicio ejecutivo por Enrique III) **este efecto tan brutal**. Podríamos hablar de la denominada *cláusula guarentigia* (que la escritura valiese como «*sentencia de cosa juzgada*», según fórmula que nos suministra FEBRERO), pero ahora lo que nos interesa es destacar, como hizo la **STS de 12 de enero de 1895**, que esa eficacia se debe, sencillamente, a que **la escritura hace prueba de la existencia del contrato**, de forma que el ejecutado solo puede defenderse por unos medios enormemente limitados, **que no pueden poner en duda en esta fase la existencia y realidad de su declaración**, y eso supone necesariamente que también en vía judicial la escritura pública o ciertas escrituras tienen una fuerza especial que solo puede derivarse de que el contrato contenido en las mismas está rodeado de unas ciertas garantías de autenticidad y legalidad, y que tienen una eficacia probatoria, siquiera sea inicial, de una razonable fuerza.

Si esto es así en determinados ámbitos, el registral y el judicial, se entenderá que, en principio (y quiero hacer especial hincapié en esto), cuando alguien le quiere demostrar a otro su posición respecto de un determinado bien o derecho (pensemos en el artículo 1526 CC), basta con que se

le presente el documento público del que deriva su derecho (NÚÑEZ LAGOS habla del «**principio de presentación**»). En principio, a él debiera bastarle para vencer la resistencia del tercero y, al mismo tiempo, el tercero que actúa en función del documento que le ha sido presentado debe tener una razonable expectativa de que su posición va a ser respetada.

Una vez que hemos hecho esta peculiar incursión en algunos de los efectos de la escritura pública, vamos a entrar en el estudio específico de su eficacia probatoria.

La doctrina española, italiana y francesa han puesto de manifiesto que los códigos que se han inspirado en las doctrinas de POTHIER y DUMOULIN han propiciado una importante confusión, y es **la confusión entre la eficacia probatoria del documento y la eficacia del contrato contenido en el mismo**.

La eficacia probatoria se produce no solo entre las partes, sino también respecto de terceros.

Por el contrario, las obligaciones que nacen del contrato solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes.

Para el tercero, el contrato contenido en la escritura es *res inter alios acta*, en el sentido de que las obligaciones que nacen del mismo solo pueden exigirse entre las partes. Pero eso no quiere decir que el contrato no pueda serle opuesto (y ya no me refiero a la tutela aquiliana del crédito), porque del contrato se pueden producir importantes efectos que sí le afecten, bien como parte implicada en la relación jurídica a la que el contrato se refiere (pensemos en la cesión de créditos), bien porque el contrato produzca, unido a la tradición, un derecho real, que tiene por sí, y sin necesidad de inscripción alguna, eficacia *erga omnes*. Se trata de la **eficacia indirecta de los contratos**.

Esta confusión entre la eficacia obligacional o sustantiva y la eficacia probatoria ha tenido una gran trascendencia, porque ha hecho que parte de la doctrina pretendiera trasladar directamente los límites obligacionales del contrato a los límites probatorios del documento respecto de terceros, olvidando que ambos aspectos se mantienen en planos diferentes.

Hoy, la eficacia probatoria de los documentos públicos está contemplada en

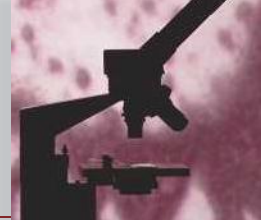
el artículo 319 LEC. Comienza diciendo el artículo que los documentos públicos **hacen prueba** y que esta prueba es **plena**.

El documento público no es así solamente un medio de prueba, que lo es (dejemos ahora de lado la distinción entre *fuentes* y *medios* de prueba, y admitamos la terminología legal). Por el contrario, hace prueba, es decir, la ley le dice al Juez que determinados extremos de un documento público deben tenerse por probados. Aunque más adelante hemos de precisar adecuadamente los conceptos, **la ley sustrae determinados elementos del documento de la valoración del Juez**, y, además, recuperando la dicción de la primera edición del Código Civil, **la prueba es plena**. MUCIUS SCAEVOLA, que en 1904 se congratulaba de que hubiera desaparecido esa expresión y que consideraba al Notario un simple testigo privilegiado (como si el Notario fuera un invitado de piedra, aunque cualificado, al otorgamiento del documento que él mismo redactaba y autorizaba), nos decía que prueba plena era aquella que por sí sola valía para probar lo que estuviera escrito en el documento, y recogía la doctrina de COVARRUBIAS, que entendía superada por la supresión del término, de que los documentos públicos se presumían verdaderos y válidos y son prueba plena de todas las cláusulas que se consideran consignadas por la voluntad de los contratantes y a petición de ellos.

Cuando la LEC de 2000 recoge el concepto prueba plena, la pregunta que surgirá es si habrá querido recoger lo que era la doctrina tradicional anterior al Código o se estará refiriendo a otro concepto de prueba plena.

El artículo 319.1 LEC nos dice que los documentos públicos del 317 hacen prueba del «**hecho, acto o estado de cosas que documenten**», así como de otros elementos (fedatario, intervinientes y fecha). Con ello, el artículo 319 parece mantener la confusión que se deriva de la dicción del artículo 1218.1 CC, al referirse al «*hecho que motiva el otorgamiento*», confusión que se acentúa por el empleo de la expresión «*estado de cosas*», que tantos quebraderos de cabeza confiesa SACRISTÁN REPRESA le ha dado.

Pero, curiosamente, el artículo 319 no contiene ninguna distinción en cuanto a la eficacia probatoria en lo referente a las partes y a los terceros, como sí se mantiene en el artículo 1218, que deja vigente.



Antes de entrar en el examen del artículo 319.1, vamos a examinar el **artículo 319.3**. Este apartado recoge lo que hasta ahora era una norma «extravagante», el artículo 2 de la Ley Azcárate (artículo que derogó), y la lleva al cuerpo principal de la ley. En materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo.

De la dicción del apartado podemos derivar, al menos, dos consecuencias:

- a) Que, al suponer claramente una excepción, en los otros casos que no sean el documento público de préstamo o reconocimiento de deuda los tribunales no pueden formar libremente su valoración sobre ciertos extremos.
- b) Pero la pregunta básica es: ¿sobre qué pueden formar libremente su valoración en materia de usura? De los supuestos de la Ley Azcárate, el único supuesto al que puede referirse la LEC es a suponer recibida mayor cantidad de la efectivamente entregada, es decir, a una declaración que se da entre las partes y que no es una mera declaración de ciencia o de verdad, sino que es, propiamente, porque de ella se derivan consecuencias obligacionales directas, una declaración negocial, o, más exactamente, una declaración enunciativa de eficacia directa negocial.

Por lo tanto, y por **razonamiento a contrario**, parecería que, al menos entre las partes, ciertas declaraciones enunciativas o negociales no van a ser objeto de libre valoración, sino que el documento público hace prueba plena de ellas.

En los supuestos de los documentos señalados en el artículo 319.2, se estará, en cuanto a su fuerza probatoria, a lo que diga la legislación que los crea, pero, si esta no dice nada, el hecho, acto o estado de cosas que documenten se tendrá por cierto, aunque se admite prueba en contrario

El artículo 319.2 se refiere a ciertos documentos calificados como públicos por la legislación reguladora de los mis-

mos, pero que no reúnen los requisitos del artículo 317. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con los documentos públicos a efectos procesales propiamente dichos, se estará, en cuanto a su fuerza probatoria, a lo que diga la legislación que los crea, pero, si esta no dice nada, el hecho, acto o estado de cosas que documenten se tendrá por cierto, aunque se admite prueba en contrario.

La Exposición de Motivos nos deja muy claro que se trata de una excepción a la fuerza probatoria de los que sí hacen prueba plena. Aunque solo se refiere a ciertos documentos públicos, del artículo 319.2 parece (e insisto en ello) que los documentos públicos del 319.1 no admiten prueba en contrario en cuanto al hecho, acto o estado documentado.

Finalmente, el artículo 323 LEC regula la eficacia probatoria del documento público extranjero. Si nos fijamos en su apartado tercero, veremos que se liga la existencia de la declaración de voluntad que el documento proclama con la eficacia sustantiva, y mal puede darse eficacia a algo que se afirma que existe pero cuya veracidad no se proclama por la propia ley. En principio, pues, la existencia de la declaración de voluntad supone su veracidad y, por eso, puede predicarse la eficacia de la declaración.

Y con este bagaje podemos entrar en el estudio del artículo 319.1 LEC. Como he dicho, hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenta el documento público. Pero el artículo 1218 CC continúa vigente. Este artículo no diferencia entre eficacia respecto de terceros y eficacia entre partes, de suerte que el párrafo primero se referiría al primer supuesto y el párrafo segundo, al segundo supuesto, para acoger así entre las «declaraciones» de las que habla todo tipo de declaraciones, fundamentalmente, las negociales.

El artículo 1218 CC **no** se refiere exclusivamente a la eficacia probatoria del documento, sino también a su eficacia sustantiva, como nos muestran los artículos 1219 y 1230 CC.

El artículo 1218.1 usa lo que RODRÍGUEZ ADRADOS ha calificado de «**hábil giro idiomático**». La escritura pública hace prueba, «**aun contra tercero**», de ciertos extremos. Por lo tanto, hace prueba entre las partes y también contra terceros de un elemento desconocido en todos los textos en que se

basó nuestro Código Civil: «*El hecho que motiva el otorgamiento*». Un sector notarialista muy importante (NÚÑEZ LAGOS, GONZÁLEZ PALOMINO) y un importante número de sentencias del Tribunal Supremo consideran que, con esta expresión, el Código se refiere al «*hecho del otorgamiento*», «*el otorgamiento como acto*» y «*el acto del otorgamiento*». Pero fijémonos en que todas estas expresiones son claramente distintas del hecho que motiva el otorgamiento.

Lo que ocurre es que dicen esto porque buscan otra cosa: permitir a las partes y al tercero atacar la sinceridad de la declaración negocial que contiene la escritura, lo cual, si lo pensamos con calma, es, al mismo tiempo, un reconocimiento de que el artículo 1218.1 se refiere a la declaración negocial.

Para tratar de interpretar aquella expresión legal, podemos acercarnos desde diferentes puntos de vista.

En primer lugar, por contraposición con el párrafo segundo, que se refiere a las declaraciones. Frente a la doctrina que entiende que incluye las declaraciones negociales, el estudio de los antecedentes de nuestro Código nos muestra que se trata de manifestaciones sobre hechos previos o coetáneos al otorgamiento (que se han entregado los títulos, conocimiento de la situación de la finca, cobro del precio), es decir, lo que se conoce como *declaraciones enunciativas*. RODRÍGUEZ ADRADOS nos señala que, si fueran las declaraciones de voluntad, la redacción del artículo 1218.2 sería una reiteración del contenido del artículo 1257 CC.

En segundo lugar, por lo que se señala en los artículos 1219 y 1230 del Código Civil. Ni los documentos públicos ni los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública producen efecto contra tercero, salvo en determinados supuestos marginales. Estos dos artículos se refieren a los denominados *contradocumentos*. En la doctrina francesa, donde su estudio había tenido un amplio desarrollo al prepararse nuestro Código, el contradocumento hace referencia siempre a la simulación contractual, y para la doctrina francesa (y la italiana, que estudia el CC 1865), la simulación es un vicio o defecto de la declaración de voluntad (la contraposición entre la voluntad interna y la declarada). Esta fue también la primera posición de nuestro Tribunal Supremo, aunque, posteriormente, con la mejor doctrina española, centrara adecuadamente la simulación en la



doctrina de la causa de los contratos. Pero esta referencia sirve para demostrarnos algo: que esos efectos del contradocumento que no se producen contra terceros son, entre otros, los probatorios de la existencia de una declaración negocial que, si se admitiera que jugara contra él, le perjudicaría.

El **fundamento ético** del Código es claro: si permitimos que las partes contractuales puedan alegar frente a terceros su propia simulación, estamos amparando la inmoralidad más absoluta en el tráfico jurídico. Por lo tanto, si la declaración de voluntad que contiene el contradocumento no puede alegarse contra un tercero que se ha apoyado en el documento primordial, debería deducirse que es porque el tercero se puede apoyar en la declaración de voluntad del documento primordial (la denominada **utilizabilidad**), pero, a su vez, esto solo es posible si se considera que las partes pueden apoyarse en el documento primordial para probar contra tercero esa declaración de voluntad (la llamada **oponibilidad**). Hasta aquí, RODRÍGUEZ ADRADOS.

Veamos algunos ejemplos de lo que acabo de decir.

En caso de fiducia *cum amico* de finca inmueble no inmatriculada, si el supuesto amigo transmite, ¿puede alegar el fiduciante el contrato de fiducia con éxito frente al adquirente? Una reiterada doctrina del Tribunal Supremo nos dice, con razón, que no; que él ha creado una apariencia, una titularidad formal, que protege al adquirente.

¿Puede el fiduciante alegar frente al acreedor embargante la propia fiducia en una tercería de dominio? Parece que no.

Y no es que se trate solamente en los artículos 1219 y 1230 de que el documento no pueda utilizarse como elemento probatorio, sino que no produce ningún efecto cualquier pacto entre partes contra el tercero, y eso cualquiera que sea la forma en que dicho pacto conste. La privación de efectos es sustantiva, se refiere al pacto mismo, y, por lo tanto, no se trata solo de una mera prohibición de medios de prueba (prohibición como la que se contiene en el artículo 51 del Código de Comercio, no derogado), sino que tampoco surte efectos ese pacto aunque pueda demostrarse su existencia por otro medio. La infracción de la sentencia que admitiera otra cosa no sería lo que se conocía como *infracción procesal*, sino una verdadera infracción sustantiva, o de la ley material que regula los negocios y su eficacia. Como dijo CASTÁN, para el tercero que contrata amparado en el contenido de una escritura pública, este es íntegro y exacto.

La tercera vía de aproximación al artículo 1218.1 CC consiste en volver al 319.1 LEC: el hecho, acto o estado de cosas que documente. De nuevo, como hemos visto, una expresión general, que trata de abarcar la eficacia probatoria de todos los documentos públicos a los que se refiere el artículo 317.

La pregunta ahora es: **¿qué documento específicamente una escritura pública?** El artículo 1 de la Ley del Notariado nos dice que el Notario es el funcionario público

autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos; a su vez, el **artículo 17** de la misma Ley nos dice que «*las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases*» y que «*es escritura matriz la original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización*», y el **17 bis** nos dice que el Notario emitirá un juicio acerca de que el otorgamiento se adecúa a la voluntad informada de los intervinientes, y es claro que esta voluntad solo puede ser la voluntad negocial, porque los otorgantes poco o nada han de decir sobre los aspectos formales del otorgamiento.

El Notario emitirá un juicio acerca de que el otorgamiento se adecúa a la voluntad informada de los intervinientes, y es claro que esta voluntad solo puede ser la voluntad negocial

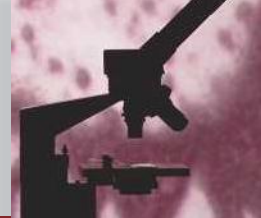
La conclusión es que el hecho documentado en una escritura pública es siempre un negocio jurídico, unilateral o plurilateral.

Se nos dice que la escritura solo prueba la existencia de las declaraciones de voluntad. Aceptémoslo, por un momento. Pero, si hay concurrencia de voluntades sobre una cosa y una causa, nos encontramos con un contrato o, más genéricamente, con un negocio jurídico.

Otra cosa es la veracidad de estas declaraciones o, más exactamente, que el negocio formalizado se corresponda exactamente con el negocio querido, que puede tener otra causa.

Pero esto es, como digo, otro tema, que no afecta a la primera parte de mi proposición: la escritura pública hace prueba plena de la existencia de un negocio jurídico.

Y como dentro de un momento vamos a entrar en la tacha de insinceridad, volvamos por un momento al contradocumento. El legislador del siglo XIX era plenamente consciente de la eficacia en el tráfico del documento público, ya que en 1889 el Registro de la Propiedad no recogía apenas



inscripciones de propiedad (de hecho, la mayoría eran inscripciones posesorias).

La limitación de efectos del contradocumento frente a tercero es un intento de proteger un tráfico jurídico serio, y con una clara fundamentación ética y económica. En cambio, parece que el Código da plena entrada a la eficacia probatoria y negocial del contradocumento entre las partes. Tanto el documento público como el privado contradocumental tienen plena efectividad, y la jurisprudencia se encarga pronto de admitir con generosidad otro tipo de pruebas.

Frente a esa situación, NÚÑEZ LAGOS acoge en España la doctrina de DEGENKOLB sobre la **renovatio contractus**. Del mismo modo que IHERING respecto de la *Prokura* o DANZ sobre la interpretación de los negocios, la postura de DEGENKOLB y NÚÑEZ LAGOS supone un intento de establecer un corte negocial entre las propias partes (la doctrina de la insularidad del documento). Para evitar que las partes puedan discutir en el futuro la realidad o el alcance de la declaración negocial de voluntad **no meramente recognoscitiva**, entienden que el documento público objetiviza esta declaración de voluntad y mata todo trazo de negocio anterior entre las mismas. A partir de ahora, todo lo anterior quedará sujeto a una buena fe del pseudoadquirente, sin que el cumplimiento de los pactos que estaban escondidos pueda ser jurídicamente exigible. La certeza negocial se eleva a categoría.

Los fundamentos ideológicos y jurídicos de la **inadmisión** de esta doctrina son claros; es más, son exactamente los mismos que hicieron que los romanos admitieran las *actio fiduciae* y que Augusto diese plena eficacia a los fideicomisos. Si se me permite la broma, hasta en los ladrones debe haber honor y cumplimiento de lo pactado.

Pero el documento público está revestido, por sí, y de conformidad con la Ley, de determinadas características que afectan directamente a su eficacia probatoria. **El artículo 17 bis de la Ley del Notariado (introducido en 2001) nos dice que el contenido del documento público notarial (en el caso de la escritura, un negocio jurídico) se presume veraz e íntegro.** Existen, por lo tanto, unas presunciones de derecho especiales que deben ser protegidas. Recoge así la Ley del Notariado el contenido de la STS de 20 de febrero de 1943, cuando señalaba que «los contratos celebrados por documento público llevan en sí mismos la presunción de su realidad y validez».

Es cierto que, con SERRA DOMÍNGUEZ, debemos distinguir entre las verdaderas presunciones de derecho y las falsas que tienen como finalidad (MONTERO) enmascarar reglas especiales sobre la carga de la prueba. Las presunciones de veracidad e integridad del artículo 17 bis se refieren claramente **al contenido negocial**, en cuanto que proveniente de las partes, y **son verdaderas presunciones**, porque, con arreglo a una **máxima de la experiencia que el legislador objetiva**, ligan un hecho: el derivado de la firma del documento (el hecho base), y otro hecho: que ese contenido que se declara, porque se firma, es querido por las partes en la forma y medida en que ha sido expresado (el hecho presunto).

Y con ello entramos en la denominada tacha de insinceridad. El documento público tiene una eficacia que ha sido denominada *analítica*, en el sentido de que cada una de sus partes tiene una eficacia especial. No son lo mismo las afirmaciones del Notario sobre lo que ocurre en su presencia que los juicios del Notario o que las declaraciones que las partes hacen al firmar la escritura.

El sistema español contractual tiene al menos dos características: es eminentemente causalista y subjetivista. Lo que tiene trascendencia es lo que las partes, de verdad, han querido. Y las partes pueden querer, y muchas veces quieren (y de ahí la teoría del contradocumento), cosas distintas de lo que declaran en la escritura pública

El sistema español contractual tiene al menos dos características: **es eminentemente causalista y subjetivista.** Lo que tiene trascendencia es lo que las partes, de verdad, han querido. Y las partes pueden querer, y muchas veces quieren (y de ahí la teoría del contradocumento), cosas distintas de lo que declaran en la escritura pública.

Las partes pueden alegarse entre sí y los terceros pueden alegar frente a la parte que se apoya en el contenido de la escritura para pretender algo frente a él que la declaración no se corresponde con lo verdaderamente querido. Nótese cómo la teoría de la insinceridad se mueve en el ámbito de las declaraciones de voluntad (interna y declarada), que,

expulsadas por la teoría de la causa, vuelven a entrar por la vía de la impugnación.

Baste ahora un ejemplo: frente a la tercera de dominio, el acreedor podrá probar la simulación de la adquisición. No, en cambio, ejercitar la acción rescisoria de la enajenación por fraude de acreedores.

Ahora bien, la parte amparada en la escritura siempre podrá alegar la presunción de veracidad e integridad. Por *exactitud*, queremos decir que la escritura contiene la verdad y nada más que la verdad y, por *integridad*, queremos decir que narra toda la verdad y que no hay más verdad que la expresada.

Es cierto que eso es una presunción, y que se trata de una presunción *iuris tantum*, ya que la ley no prohíbe la prueba en contrario; por lo tanto, podrá ser destruida.

Como señalaba la Sentencia de 1943 citada, aquel que se apoya en el documento público «*tiene acreditados los hechos normalmente constitutivos de su derecho, lo que basta para llenar la exigencia procesal de la prueba, mientras que el vicio o defecto alegado para impugnar la validez del contrato en modo alguno puede presumirse, sino que ha de ser probado por quien lo alega*».

Pero conviene hacer notar ahora que el efecto probatorio de la declaración hecha en la escritura es distinto del efecto de la confesión judicial. Frente a lo que señala el artículo 316, en el que se indica que en la sentencia determinados extremos confesados se considerarán ciertos, en el caso de la escritura, es que hay prueba plena de los mismos (salvo que el legislador haya olvidado todo sentido de qué significa *prueba plena*) y prueba de verdad de la declaración negocial amparada por una presunción.

Y ahora podemos entrar a estudiar el modo peculiar de desvirtuar esas presunciones de veracidad e integridad.

Era doctrina tradicional del Tribunal Supremo que el Juez podía declarar que lo contenido en el documento no se correspondía con la realidad, sobre la base de la apreciación conjunta de la prueba.

He de decir que yo también viví cómodamente instalado en la apreciación conjunta de la prueba.

Pero a raíz de la Constitución española, que estableció la obligación de motivación de las sentencias, y más específicamente a



partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se ha comenzado a estudiar, primero en el ámbito penal y más tarde en el civil, la **extensión e intensidad de la motivación de la sentencia**, tanto en la *quaestio iuris* (donde, en realidad, nunca hubo verdadera discusión) como en la *quaestio factis*, la función endoprocesal y extraprocesal que tiene la obligación de motivación, la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, los aspectos descriptivo y prescriptivo y el análisis del discurso judicial con sus notas de racionalidad, coherencia y razonabilidad, tomándolo en no poca medida de la doctrina italiana y de la anglosajona (FERRAJOLI, TARUFFO, POSNER, McCORMICK y ALEXY serían nombres básicos en la doctrina extranjera, y ANDRÉS IBÁÑEZ, ATIENZA, COLOMER, GASCÓN y GÓMEZ DE LIAÑO, en la española, sin afán de exclusividad).

Ello ha llevado a la doctrina procesal española a realizar una **crítica en ocasiones cruel de la valoración conjunta de la prueba**. Así nos lo encontramos en FERNÁNDEZ LÓPEZ, ANDRÉS IBÁÑEZ, ATIENZA, SACRISTÁN REPRESA, ORTIZ NAVACERRADA, CORTÉS DOMÍNGUEZ, DE LA OLIVA, GÓMEZ DE LIAÑO, GASCÓN o MONTERO AROCA. Quiero ahorrar los comentarios doctrinales, en no pocas ocasiones claramente ofensivos, al modo de proceder ordinario de jueces y tribunales. Baste decir que la crítica más suave en la forma, que no en el fondo, es la de PICÓ JUNOY, para quien la apreciación conjunta vulnera el artículo 24 de la Constitución.

Resulta curioso tener que resaltar que se habla de una visión constitucional de la jurisdicción con olvido, como señaló MONTERO AROCA, de que la consideración de la valoración de la prueba como una declaración de voluntad que no tiene que ser motivada y no genera responsabilidad tiene su origen en el juicio por jurado de la Revolución Francesa.

Aunque, evidentemente, este extremo por sí solo da lugar a más de una ponencia, creo que no le falta razón a JOSÉ LUIS SEOANE o a MONTERO AROCA cuando dicen que lo peor no es en sí la valoración conjunta de la prueba, que en determinadas circunstancias, y sobre ciertos extremos, va a ser absolutamente precisa, como los abusos que al amparo de la misma se han cometido.

Pero sí parece preciso concluir que, en principio, la exigencia de motivación de la

sentencia **veda o limita enormemente** la apreciación conjunta de la prueba.

El Juez conserva una libertad de valoración conforme a las reglas de la sana crítica respecto de otros medios de prueba, pero hay que admitir, al menos como regla de principio, que esa libertad es mucho menor cuando se trata de impugnar la presunción de veracidad del documento público

Estos límites son mucho más grandes cuando se trata de destruir una presunción. Si el artículo 386 LEC nos dice que en el caso de una presunción no de Derecho, sino judicial, el Juez ha de incluir en la sentencia el razonamiento que le ha llevado a establecer el enlace según reglas objetivas del criterio humano entre el hecho indicio y el hecho presunto, parece lógico entender que este razonamiento también debe ser especial, tanto en la forma de expresarlo como en la de valorar los medios de prueba contradictorios, cuando se trata de destruir una presunción que no es sino una valoración por la ley de máximas de la experiencia de las que se afirma su plenitud, es decir, que por sí solas bastarían para fundar una sentencia.

El Juez conserva una libertad de valoración conforme a las reglas de la sana crítica respecto de otros medios de prueba, **pero hay que admitir, al menos como regla de principio, que esa libertad es mucho menor cuando se trata de impugnar la presunción de veracidad del documento público.**

Cuando CASTÁN estudiaba la función notarial y la elaboración notarial del Derecho, tuvo la ocasión de enfrentarse a las posiciones extremas de notarialistas como NAVARRO AZPEITIA, BELLVER CANO o SANAHUJA precisamente en este tema, y concluía con una frase que, por su profundo significado, no puedo sino reproducir: «Sería funesto para el Derecho una hipertrofia del formalismo y del logicismo, pero tampoco conviene conceder una ultravaloración al eticismo, tanto más cuanto que, bajo el signo del Derecho justo, es muy fácil que el Jurista se deslice por la pendiente, cómoda y muy peligrosa, del sentimentalismo jurídico».

Ciñéndonos ahora al tema que nos ocupa, parece que si tengo algo de razón, hemos de concluir:

- La escritura pública es un medio a través del cual se expresa por las partes una voluntad negocial, controlada por un funcionario público, que la recoge en cuanto que se adecúa sustantivamente al ordenamiento, y, en cuanto que tal, y precisamente por esas razones, es un elemento fundamental para el tráfico jurídico en paz.
- Los efectos sustantivos de la escritura pueden ser utilizados por los terceros que se hayan apoyado en la misma, y, de un modo muy especial, por cuanto el negocio real que pueda subyacer al negocio documentado no puede serles opuesto, y ello con eficacia sustantiva y no como una prohibición relativa exclusivamente a la utilización de determinados medios de prueba.
- La escritura pública, en el caso de conflicto judicial, es una fuente-medio de prueba especialmente privilegiado, en cuanto que es el único que por sí solo hace prueba, y prueba plena, de determinados extremos.
- Las declaraciones de voluntad contenidas en la escritura gozan de una presunción legal de veracidad, y la propia escritura goza de una presunción de integridad.
- Estas presunciones se proyectan y surten efectos en el exterior, tanto en el proceso como fuera de él.
- La veracidad de las declaraciones de voluntad (que se correspondan a lo efectivamente querido) puede ser impugnada por el tercero frente al que se alegue el contenido documental y por las partes entre sí, pero no por las partes del documento frente al tercero que en ella se haya apoyado.
- La exigencia constitucional de motivación de la sentencia en cuanto a la determinación de lo verdaderamente acaecido o querido es especial, tanto en la forma (la exigencia de un razonamiento especial) como en el fondo (la fortaleza de los medios de prueba contradictorios), sin que quepa, y mucho menos en este caso, acudir al cómodo expediente de la apreciación conjunta de la prueba.

A vueltas con la restitución de frutos en el proceso civil romano

José L. Linares Pineda
Universitat de Girona

1. La publicación del libro de Silvia VIA-RO sobre el *arbitratus de restituendo*⁽¹⁾ nos animó a volver a la temática de la restitución de frutos, que nos había ocupado hacía bastante tiempo⁽²⁾. Las páginas que siguen reflejan, con escasas modificaciones, el texto de una comunicación⁽³⁾ reciente pronunciada en un seminario romanístico en la Universidad Federico II de Nápoles, organizado por los profesores MASI y CASCIONE, a quienes nunca agradeceré suficientemente su extraordinaria acogida.

En estas líneas, dedicadas a la memoria del entrañable amigo José SARRIÓN, solo nos proponemos poner algunas bases para una revisión detallada de la amplia temática de la restitución de frutos como prestación accesoria asociada a las más diversas acciones, que todavía cuenta (que sepamos) en el viejo libro de Max KASER, «*Restituere*» als *Prozessgegenstand*⁽⁴⁾, con su única exposición de conjunto.

2. En la bibliografía antigua, se habla ocasionalmente de la *materia fructuum*⁽⁵⁾ para referirse al conjunto de testimonios de las fuentes sobre los frutos.

Esta temática, un tanto apendicular, se organiza a nuestro modo de ver en torno a los tres núcleos temáticos que desarrollaremos a continuación: la noción de *fructo*, la adquisición de frutos y la restitución de frutos.



1. La noción de fruto ha de dar cuenta de la gran expansión del campo semántico del término *fructus*, que desborda el punto de partida naturalístico (*fruges, frumentum, glans, poma, fetus pecorum, lac, lana, silva caedua, lapis*, con las particularidades del *partus ancillae* o de las *usurae*) y se encamina hacia la idea de *rédito* (*mercedes, operae servorum, pensiones, vecturae*), partiendo o no de la definición de Paulo, situada precisamente en D. 50,16 (*De verborum significatione*).

Paul. D. 50.16.77 (49 ed.)

Frugem pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et

ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Iulianus scribit. fruges omnes esse, quibus homo vescatur, falsum esse: non enim carnem aut aves ferasve aut poma fruges dici. frumentum autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse: lupinum vero et fabam fruges potius dici, quia non arista, sed siliqua continentur. quae Servius apud Alfenum in frumento contineri putat.

Dos monografías del año 2000, *Fruges fructusque*⁽⁶⁾, de Ferdinando ZUCCOTTI, y *La nozione giuridica di «fructus»*, de Riccardo CARDILLI⁽⁷⁾, representan sendos esfuerzos por extraer de las fuentes romanas una

FICHA TÉCNICA

Resumen: Es pretensión del autor del presente trabajo poner algunas bases para una revisión detallada de la amplia temática de la restitución de frutos en el Derecho Procesal romano como prestación accesoria asociada a las más diversas acciones. Esta temática, un tanto apendicular, según el autor, se organiza en torno a tres núcleos temáticos básicos: la noción de *fruto*, su adquisición y su restitución.

Palabras clave: Derecho romano, restitución de frutos, proceso civil.

Abstract: The author of the present article attempts to establish rules for a detailed review of the broad subject of reimbursement of benefits in Roman procedural Law as auxiliary benefit associated with the most diverse claims. This subject, somewhat of an appendix, according to the author, is organized around three core subjects: the idea of benefits, their acquisition and their reimbursement.

Keywords: Roman Law, restitution of earnings, civil procedure.

evolución conceptual, atendiendo a los distintos periodos y al uso de cada Jurista. A reserva de examinarlas más despacio, mantengo por ahora mi escepticismo sobre la posibilidad de trazar una evolución rigurosa del concepto de *fruto*.

Sobre el concepto jurídico de *fructus*, no para de operar la capacidad evocadora del término, lo que se traduce en ambigüedad (usos extensivos o metafóricos) y vaguedad (incertidumbre sobre su ámbito de aplicación)

A nivel intuitivo, *fruto* nos sigue pareciendo una metáfora con un bajo nivel de lexicalización⁽⁸⁾. Nos explicaremos: mientras términos igualmente procedentes de la lengua común, como *fuentes del Derecho* o *servidumbres* (*servitus*) *prediales*, han experimentado una adecuada especialización, una vez incorporadas al léxico jurídico⁽⁹⁾ (en tanto que su campo semántico se especializa; se *comprime*, en lugar de *expandirse*), en cambio, sobre el concepto jurídico de *fructus* no para de operar la capacidad evocadora del término, lo que se traduce en ambigüedad (usos extensivos o metafóricos) y vaguedad (incertidumbre sobre su ámbito de aplicación)⁽¹⁰⁾.

II. En segundo lugar, tenemos la adquisición de frutos, que ha de dar razón, por su parte, de las diversas posiciones dentro de un *Kreis der Fruchtberechtigten*⁽¹¹⁾ constituido básicamente por el propietario,

el vectigalista, el poseedor de buena fe, el usufructuario y el arrendatario.

Pues bien, frente a la vocación expansiva del concepto de *fruto* vista en el apartado anterior, las fuentes son mucho más precisas a la hora de determinar «para quién son los frutos», así como la intensidad del derecho de disfrute de cada uno de ellos, enmarcada en la conocida alternativa entre adquisición por separación vs adquisición por percepción y sus conocidas consecuencias prácticas (si un ladrón arranca los frutos pendientes, corresponderá al propietario la *condictio ex causa furtiva* [*rei persecutoria*], mientras el usufructuario dispone de la *actio furti* [penal])⁽¹²⁾.

Al tiempo de redactar mi artículo sobre «Las doctrinas de la adquisición de frutos»⁽¹³⁾, tuve ocasión de pronunciarme sobre dos problemas específicos, como es la supuesta vigencia de un régimen de adquisición prejuliano basado en el trabajo (*Produktionsprinzip*) y no en la propiedad de la cosa madre (*Substantialprinzip*), una de cuyas formulaciones más claras se encuentra en Inst. 2,1,35:

Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa atque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. ei vero qui sciens alienum fundum possederit non idem concessum est. itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

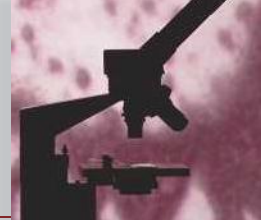
O sobre la figura redundante del *titulierter bonae fidei possessor*, fundada en las frecuentes referencias de las fuentes al *bonae fidei emptor*, como ocurre en Iul. D. 22.1.25.1 (7 dig.):

In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi: an Titius bonae fidei emptor perceptos fructus suos faciat? respondi, quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis adquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur aspicitur: et ideo nemo umquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.

En nuestros artículos citados en la n. 13, creemos haber combatido suficientemente ambas doctrinas⁽¹⁴⁾. En aquel momento no conocíamos, sin embargo, el tenor del § 988 BGB, sobre *Nutzungen des unentgeltlichen Besitzers* (rendimientos del poseedor a título gratuito):

Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt, den Besitz unentgeltlich erlangt, so ist er dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen, die er vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

Que sujeta a las reglas del enriquecimiento injustificado la restitución al propietario de los frutos anteriores a la litispendencia percibidos por un poseedor que obtuvo la posesión por un título gratuito. Cabría preguntarse si la inercia de este párrafo del BGB ha podido influir —incluso inconscientemente— en la elaboración de



la doctrina romanística del *titulierter bonae fidei possessor*.

La restitución de frutos se ocupa del diferente grado de retroacción que el tenor de la fórmula o la interpretación de los juristas ofrecen al Juez privado para pronunciarse sobre esta y otras prestaciones accesorias

III. Finalmente, encontramos la restitución de frutos, que se ocupa del diferente grado de retroacción que el tenor de la fórmula o la interpretación de los juristas ofrecen al Juez privado para pronunciarse sobre esta y otras prestaciones accesorias, como:

- a) La propia restitución de frutos, que acompaña a un amplio listado de acciones e interdictos.
- b) La indemnización por los daños sufridos por la cosa poseída.
- c) La compensación por los gastos (*impensae*) efectuados en la misma.

Pero es en materia de restitución de frutos donde el principio *restituere*, formulado en 1915 por Ernst LEVY⁽¹⁵⁾ y detenidamente estudiado por Max KASER en la monografía del mismo nombre de 1932 (véase n. 4), encuentra una aplicación más consecuente.

Incidentalmente, conviene llamar la atención sobre una paradoja: el esfuerzo de LEVY por negar la presencia del sintagma *arbitrio iudicis* en la fórmula de las llamadas *actiones arbitrarias* contrasta con su referencia permanente al amplio *Ermessen* (¿cómo traducirlo si no es por *arbitrio* o *discrecionalidad* [sc. judicial]?), que entraña la determinación del alcance del *restituere*.

Nos explicaremos: situados en el terreno de la eficacia material de la *litis contestatio* (sus efectos sobre la relación material deducida en juicio), más allá de los efectos negativos (en forma de preclusión), BETTI hablaba de *efectos positivos de la litispendencia* (efectos destinados a evitarle al actor «ogni pregiudizio che la durata del processo, per se stessa, produrrebbe a suo carico»)⁽¹⁶⁾.

A pesar de útiles estudios recientes sobre el *arbitratus de restituendo*, como la mo-



nografía de Silvia VIARO citada en la n. 1, la renuncia de la autora a tratar «le modalità con cui il reus avrebbe dovuto provvedere alla restitutio»⁽¹⁷⁾ nos obliga, hasta donde sabemos, a volver al «*Restituere*»... de Max KASER para encontrar un estudio individualizado de la amplitud de la retroacción derivada del principio *restituere* en hasta treinta y cuatro fórmulas de acciones e interdictos, ofreciendo con ello una ventana al entero *Aktionensystem* y también la útil síntesis que sigue⁽¹⁸⁾:

- En los *bonae fidei iudicia*⁽¹⁹⁾ (*actio empti*, *actio mandati*, *actio negotiorum gestorum*, *actio pro socio*, *actio fiduciae*, *actio depositi*, *actio rei uxoriae*, *petitio/persecutio fideicommissi*) y en las *actiones in rem* y restantes *iudicia arbitraria* no provenientes de delito (*rei vindicatio* [fórmula *petitoria*], *hereditatis petitio* [fórmula *petitoria*], *vindicatio ususfructus*, *actio negatoria*, *vindicatio in servitute*, *vindicatio servitutis*, *vindicatio pignoris*, *actio ad exhibendum*, *actio redhibitoria*), además de en las acciones de Derecho estricto dirigidas (con diversas formulaciones) al *certam rem dare/reddere*, al *quanti ea res est*⁽²⁰⁾ (siempre según la opinión dominante de los sabinianos), se da al actor el *restituere*, medido a partir del momento clave del comienzo de la litispendencia⁽²¹⁾.
- Los proculleanos, por el contrario, en una interpretación más restrictiva del *quanti ea res est* en las acciones de Derecho estricto, proporcionan al demandante solo aquello que se le debía al tiempo de la *litis contestatio*.
- Mientras en las acciones arbitrarias provenientes de delito (*actio quod metus*

causa, *interdicta* [i. de precario, i. unde vi, i. si uti frui prohibitus esse dicetur, i. quod vi aut clam, i. fraudatorium, operis novi nuntiatio] *actio Fabiana*), las prestaciones restitutorias se retrotraen al momento del hecho⁽²²⁾.

Las esferas de la adquisición de frutos (*Vorprozessfrüchte*) y la restitución de frutos (*Prozessfrüchte*, prestación del *restituere*) quedaban, así, limpiamente separadas; la adquisición de frutos ocuparía una franja temporal y la restitución de frutos, otra franja tendencialmente sucesiva, caracterizada por la presencia del proceso.

Efectivamente, una cosa es apropiarse de los frutos por el concurso de un modo originario de adquirir la propiedad y otra, que el tenor de la fórmula (o la interpretación de los juristas) habilite al *iudex* para pronunciarse sobre los frutos que se producen entre la *litis contestatio* (o la comisión del hecho ilícito) y la sentencia.

El *restituere* prototípico de la *rei vindicatio* no distingue, pues, como pudiera inferirse de su eco en los códigos civiles modernos, entre un régimen específico para el *bonae fidei posesor* y otro para el *malae fidei posesor*. No es que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos separados antes de la *litis contestatio*, mientras el poseedor de mala fe haya de restituir al reivindicante victorioso todos los frutos de la cosa injustamente poseída. Lo que pasa es que el poseedor de mala fe simplemente no adquiere los frutos de la cosa madre y estos pueden ser reclamados junto con aquella o de manera separada. No estamos, pues, ante un problema de restitución/retroacción.



Doctrina

La evolución postclásica, al limitar la adquisición de frutos por el *bonae fidei possessor* a los *fructus consumpti* antes de la *litis contestatio* (o lo que es lo mismo, al obligar a aquel a devolver los fructus extantes al tiempo de la *litis contestatio*), vendría a mezclar, sin embargo, en forma irreductible, adquisición de frutos y prestación del *restituere*.

Ello ocurriría, al menos, desde el influente rescripto de Diocleciano del año 294, que se nos ha transmitido en C. 3,32,22 y

que ha propiciado que esta confusión de las esferas de la adquisición de frutos y de la prestación del *restituere* haya pasado a la mayoría de los códigos civiles:

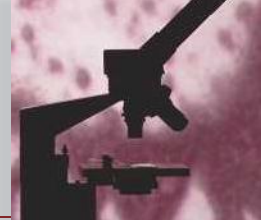
Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos.

Diocl. et Maxim. AA. et cc. Diodoto <D. iii k. Nov. CC. cons. [a. 294]>.

3. Hechas estas precisiones, el esquema que sigue intenta ejemplificar sumariamente el distinto alcance del principio *restituere* (en los términos de retroacción ya vistos) en cada grupo de acciones⁽²³⁾. En la posterior muestra parcial de fragmentos de las fuentes, se ha preferido reflejar aquellos textos que declaran la vigencia del principio *restituere* sin adentrarse en una compleja casuística:

En lo concerniente a la *rei vindicatio*, al margen de los numerosos textos en mate-

GRADOS DE RETROACCIÓN		
Momento del hecho ilícito ← ←	Momento de la <i>litis contestatio</i> ←	Momento de la sentencia ←
	Acciones arbitrariae no provenientes de delito <i>rei vindicatio (formula petitoria)</i> <i>hereditatis petitio (formula petitoria)</i> <i>vindicatio ususfructus y actio negatoria</i> <i>v. in servitutum</i> <i>v. servitutis</i> <i>v. pignoris/actio Serviana</i> <i>actio ad exhibendum</i> <i>a. redhibitoria</i>	
Acciones arbitrariae provenientes de delito <i>actio quod metus causa</i> <i>interdictum de precario</i> <i>i. unde vi</i> <i>i. si uti frui prohibitus esse dicetur</i> <i>i. quod vi aut clam</i> <i>i. fraudatorium</i> <i>operis novi nuntiatio</i> <i>actio Fabiana</i>		
	Iudicia bonae fidei <i>actio empti</i> <i>a. mandati</i> <i>a. negotiorum gestorum</i> <i>a. pro socio</i> <i>a. fiduciae</i> <i>a. depositi</i> <i>a. rei uxoriae</i> <i>petitio/persecutio fideicommissi</i>	
	Iudicia stricti iuris dirigidos al certam rem dare/reddere (según la opinión dominante de los sabinianos) ⁽²⁴⁾ <i>condictio</i> <i>actio (incerti) ex stipulatu</i> <i>a. ex testamento</i> <i>a. commodati</i> <i>a. pigneraticia (in personam)</i> <i>a. depositi in factum</i> <i>a. rerum amotarum</i> <i>a. familiae erciscundae</i> <i>a. communi dividundo</i> <i>a. finium regundorum</i>	



ria de restitución de los *fructus extantes*, Gai. Dig. 6.1.20 (7 ed. prov.) enuncia claramente el grado de retroacción del *restituere* en este ámbito:

Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legatae, quae per eum servum obvenerunt, continentur. nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem eius, post acceptum scilicet iudicium, possessor usuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio et cautio de dolo necessaria est.

En materia de *hereditatis petitio*, es sabido que rige un criterio diverso: *fructus omnes augent hereditatem*, resultante de la interpretación del término *hereditas*:

Ulp. D. 5.3.20.3 (15 ed.)

*Item non solum ea quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem: nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere: si extrinsecus, non, quia personae possessoris accedunt. **fructus autem omnes augent hereditatem**, si ve ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.*

Pasando a la *vindicatio ususfructus*, el grado de retroacción del *restituere* vuelve a ser el habitual en las acciones arbitrarias no provenientes de delito, como puede inferirse del siguiente fragmento de Ulpiano:

D. 7.6.5.4 (17 ad ed.)

Si post litem de usu fructu contestatam fuerit finitus usus fructus, an ulterius fructus desinant deberi? et puto desinere: nam et si mortuus fuerit fructuarius, heredi eius actionem praeteritorum dumtaxat fructuum dandam Pomponius libro quadragensimo scribit.

El texto de Ulpiano que sigue muestra, al menos implícitamente, la mayor amplitud de la retroacción en la *actio quod metus cau-*



sa (sin pronunciarnos ahora sobre la clásicidad de la reclamación de *fructus percipiendi* en el terreno de las acciones arbitrarias provenientes de delito):

Ulp. D. 4.2.12pr. (11 ed.)

*Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui **et omnem causam** oportet: nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit.*

El interdicto *unde vi*, paradigma de interdicto penal, contempla claramente la retroacción al momento de la *deiectio* en el procedimiento *ex interdicto* sucesivo; así se desprende del siguiente fragmento ulpiano:

Ulp. D. 43.16.1.40 (69 ed.)

Ex die, quo quis deiectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in ceteris interdictis ex quo edita sunt, non retro, computantur. idem est et in rebus mobilibus, quae ibi erant: nam et earum fructus computandi sunt, ex quo quis vi deiectus est.

Pasamos a las acciones de buena fe. El *liberum officium iudicis* del que habla Gayo 4,114 en su parte legible⁽²⁵⁾, y no la cláusula restitutoria, se configura aquí como el fundamento de la condena en frutos⁽²⁶⁾. La referencia a la *litis contestatio* dista de ser omnipresente (cf. la prestación de frutos *perfecta emptione* como contrapunto a la asunción del riesgo de la cosa por el comprador).

Por contraste con la *actio ex stipulatu*, la *actio ex empto* contempla la condena en frutos, al margen de la polémica de escuelas sobre el alcance de la satisfacción del

demandante por el demandado entre la *litis contestatio* y la sentencia. Ello se desprende de la oposición entre los §§ 7 y 8 del agregado compilatorio contenido en Paul. D. 22,1,38 (6 ad Plaut.):

*§ 7. Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque **post acceptum iudicium** praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.*

§ 8 Ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt.

En parecidos términos para la *actio mandati*, con una referencia expresa al *officium iudicis*, Ulp. D. 17,1,10,2 (31 ed.) establece:

Si ex fundo quem mihi emit procurator fructus consecutus est, hos quoque officio iudicis praestare eum oportet.

Cierran este sumario recorrido algunas acciones de Derecho estricto. Más arriba veíamos (Paul. D. 22,1,38,7 y n. 25 y 26) cómo la innovación sabiniana consistente en extender a la *condictio* y a acciones análogas la estimación de los frutos posteriores a la *litis contestatio* se fundaba en la *aequitas*.

Para la *actio ex testamento*, propia de los legados con eficacia obligacional, cf. Iul. Dig. 30.91.7 (36 dig.).

*Cum homo ex testamento petitus est, causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori et, sicut partus ancillarum, sicut **fructus** fundorum interim percepti in hoc iudicium*



deducuntur, ita quod servo legatorum vel hereditatis nomine interim obvenit praestandum est petitori.

En materia de restitución de frutos, el principio *restituere* asume perfiles propios en las acciones de buena fe y en los *iudicia stricti iuris*, respecto de su manifestación paradigmática en las acciones arbitrarias

4. Pendientes de la revisión y la actualización de la vasta panorámica trazada en su momento por KASER (véase n. 4), puede afirmarse provisionalmente que, en materia de restitución de frutos, el principio *restituere* asume perfiles propios en las acciones de buena fe y en los *iudicia stricti iuris*, respecto de su manifestación paradigmática en las acciones arbitrarias. Es preciso delimitar, asimismo, hasta donde sea posible, la franja temporal comprendida en la retroacción del *restituere* de otras franjas temporales asociadas, por ejemplo, al incumplimiento de las obligaciones y a la constitución en mora.

- (1) S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo» nelle formule del processo privato romano*, Ed. Jovene, Nápoles, 2012, trabajo enmarcado en el proyecto de investigación financiado por el MINECO *Emptio-venditio, restitutio, lex commissoria*, ref. DER2013-46856-P.
- (2) Nuestra tesis doctoral de 1986, sobre *Adquisición y restitución de frutos en el Derecho romano clásico*.
- (3) El aparato de notas se ha reducido por ello al mínimo.
- (4) M. KASER, *«Restituere» als Prozessgegenstand: Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, Ed. C. H. Beck, Múnich, 1932 (2ª ed.: 1968).

- (5) Entre otros, el libro de H. GÖPPERT, *Ueber die organischen Erzeugnisse: Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht*, Ed. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1869, pág. 6.
- (6) F. ZUCCOTTI, *«Fruges fructusque»: Studio esegetico su D. 50,16,77: Per una ricerca sulle origini della nozione di «frutto»*, Ed. CEDAM, Padua, 2000.
- (7) R. CARDILLI, *La nozione giuridica di «fructus»*, Ed. Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 2000.
- (8) J. L. LINARES, *«Minima de fructibus»*, en *Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, vol. I, Ed. Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, págs. 449 y ss.
- (9) J. MIQUEL, *Lecciones de Derecho romano*, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, págs. 189 y 259.
- (10) LINARES, *«Minima de fructibus»*, op. cit.
- (11) La referencia a un «círculo de titulares de derechos de disfrute» es recurrente en la obra de KASER; cf., entre otros, SZ 65 (1947), pág. 258.
- (12) Cf. Ulp. D. 7,1,12,5 (17 Sab.).
- (13) En Bull. 90 (1987), págs. 439 y ss. Una versión anterior, titulada «La adquisición de frutos por el *bonae fidei possessor*: dos consideraciones críticas», se publicó en los *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza 1936-1986*, vol. III, Ed. Ben-zal, Madrid, 1988, págs. 1465 y ss.
- (14) Nuestros argumentos parecieron suficientes en la recensión de M. TALAMANCA en Bull. 91 (1988), págs. 789 y ss.
- (15) En E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. «actiones arbitrarie»*, en SZ 36 (1915), págs. 1 y ss.
- (16) E. BETTI, *Diritto romano*, vol. I, Ed. A. Milani, Padua, 1935, págs. 607 y ss.
- (17) *L'arbitratus de restituendo»...*, op. cit., pág. 8, n. 22.
- (18) Obtenida a partir de RZ2 297, y otras referencias contenidas en RP2 I 518 y en «*Restituere»...*, op. cit., pág. 202.
- (19) Y, por extensión, en las acciones dirigidas a un *incertum*.

- (20) Quedan naturalmente fuera la *condictio* y la *actio ex testamento* encaminadas a obtener *certa pecunia*.
- (21) El actor deberá conseguir todo lo que habría obtenido si la cosa (u otra prestación) reclamada le hubiera sido devuelta en el momento de la *litis contestatio*.
- (22) El ofendido debe ser puesto en aquella situación en la que se encontraría si el delito no se hubiera cometido.
- (23) La denominación de cada una de las acciones y su agrupación en un cuadro sistemático siguen el esquema del «*Restituere»...*, op. cit.
- (24) Quedan naturalmente fuera la *condictio* y la *actio ex testamento* encaminadas a obtener *certa pecunia*.
- (25) Seguimos la integración de las lagunas que ofrece D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Ed. New Press, Como, 1992, págs. 150-153:

114. *Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciatur actori, quid officium iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvi eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. <Diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuit>, de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimitur, <ita demum reum condemnandum esse, nisi arbitrato iudicis rem restituerit>. ...quibus... petentur et ad...interdum enim*

[...]

sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur ut arbitretur iudex quomodo reus satisfacere debeat actori quominus condemnetur

[...]

paratus ad actoris

[...]

actum fuit.

- (26) El principio *restituere* (KASER, RZPR2 297), entendido esta vez en términos de que la satisfacción del demandante por el demandado entre la *litis contestatio* y la sentencia tiene efectos absolutorios, va más allá de las acciones arbitrarias. Esta consecuencia se aplicaría, sin más, a los *bonae fidei iudicia* y a las acciones arbitrarias, mientras que su extensión a las acciones de Derecho estricto se hace depender de la prevalencia del criterio sabiniano (*omnia iudicia absolutoria esse*) que nos transmite Gayo 4,114 y que acabamos de transcribir.

Desjudicialización, heterocomposición de intereses y jurisdicción voluntaria en el Derecho moderno^(*)

Especial referencia al Notariado

Josep M. Fugardo Estivill
Notario de Terrassa

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
- III. LA HETEROCOMPOSICIÓN DE INTERESES EN EL DERECHO MODERNO
- IV. LAS TÉCNICAS ADR (*ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*)
- V. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CARACTERIZACIÓN DE LA JV
- VI. PRINCIPIOS LEGALES ORDENADORES DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
- VII. REFERENCIA A LA ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LJV
- VIII. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y NOTARIADO
- IX. INTERVENCIÓN NOTARIAL EN EXPEDIENTES Y ACTAS ESPECIALES DE JV
- X. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Las disposiciones finales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de

^(*) Trabajo cerrado el 28 de septiembre de 2015.



enero) impusieron tres «tareas» al legislador que debían cumplirse en los plazos siguientes a contar desde su entrada en vigor (al año de su publicación en el *BOE*, el 8 de enero de 2000): a) la presentación en el plazo de un año de un Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (disp. final 18.^a); b) en el plazo de seis meses, de

un Proyecto de Ley Concursal (disp. final 19.^a), y c) en el plazo de seis meses, de un Proyecto de Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (disp. final 20.^a).

Aunque con notable retraso —pero mucho menor que el que supuso, entre otros

FICHA TÉCNICA

Resumen: Los medios extrajudiciales de resolución de conflictos y el recurso a órganos, personas y autoridades públicas e instituciones de diverso orden para la fijación de posiciones, estados y situaciones jurídicas se conocen desde antiguo, pero, en el momento presente, el reconocimiento y el desarrollo institucional y legislativo de las técnicas desjudicializadoras constituyen un rasgo predominante de dimensión internacional y forman parte de la agenda política de las instituciones internacionales y comunitarias europeas.

Palabras clave: Jurisdicción voluntaria, soluciones extrajudiciales de conflictos, Derecho Procesal.

Abstract: Extra-judicial methods of conflict resolution and the use of public bodies, persons, and authorities or institutions of different kinds in order to determine a legal position, status, or situation have been widespread since ancient times, but the recognition of and institutional and legislative development of methods for avoiding judicial proceedings currently constitute a dominant trend on an international scale, and form part of the political agenda of international and European institutions.

Keywords: Voluntary jurisdiction, extra-judicial methods of conflict resolution, Procedural Law.

supuestos, la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (a su vez, modificada en varias ocasiones y reformada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio; *BOE* de 22 de julio de 2015), que vino a derogar, entre otras, las leyes orgánicas de 1870 (provisional) y de 1882—, dichos mandatos se han cumplido en los términos siguientes:

- a) En *materia concursal*, se promulgó la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (texto reformado en reiteradas ocasiones). Las restantes dos leyes hubieron de esperar hasta el año 2015.
- b) En materia de *jurisdicción voluntaria* (JV), también conocida en otros países como *jurisdicción graciosa* o *no contenciosa*, tras varios intentos fallidos —anteproyectos de la Ponencia de la Comisión General de Codificación de octubre de 2005 y del Gobierno de la Nación de 2 de junio de 2006, aprobación en Consejo de Ministros el 20 de octubre de 2006 de un Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), y retirada por el Gobierno del Proyecto de Ley 621/000115, de 24 de julio de 2007, de jurisdicción voluntaria; anteproyectos de 2012 y 2013, y Proyecto de Ley de 1 de agosto de 2014 (véase ALBURQUEQUE, 2006; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2007a y 2015; PRADA GONZÁLEZ, 2007)—, finalmente, dicho objetivo se ha cumplido con la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (*BOE* de 3 de julio de 2015, con corrección de errores publicada en *BOE* de 2 de septiembre de 2015), entrada en vigor el 23 de julio (con las excepciones contenidas en la disp. final 21.^a). La apro-

bación de esta ley constituye una de las medidas en aras de la reforma de las Administraciones Públicas relacionadas en la Recomendación del Consejo de 14 de julio de 2015 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2015 de España, y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2015 de España (2015/C 272/13).

El largo proceso seguido para lograr la aprobación de la LJV ha motivado que el propio legislador felicite *«a todos los que lo han hecho posible, y de manera muy especial al Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid —nos acompaña hoy en la tribuna— don Antonio Fernández de Buján y Fernández, por su labor intensa durante tantos años trabajando a favor de que exista una regulación específica sobre jurisdicción voluntaria [...] al que podemos denominar hoy padre de la jurisdicción voluntaria. (Aplausos.)»* (DSCD, Pleno, n.º 290, 18 de junio de 2015, págs. 7 y 12).

- c) Por último, también se ha publicado la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJI) (*BOE* de 31 de julio de 2015), con entrada en vigor el 20 de agosto de 2015, que colma *«una imperiosa necesidad»* para dotar de una regulación moderna en dicha materia (Preámbulo, ep. I).

II. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Se ha afirmado que, en el ámbito jurídico (MUÑOZ ROJAS, 1989), es tan necesaria la jurisdicción voluntaria como la jurisdic-

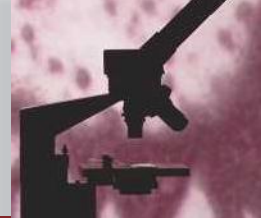
ción contenciosa: cada una de ellas tiene su respectivo campo de acción y no son intercambiables. *«Si está justificada en nuestro Ordenamiento la reforma de las leyes procesales, la misma o mayor justificación tiene la depuración, actualización o mejora de los expedientes de jurisdicción voluntaria adaptada a la reforma de las leyes sustantivas, sin perjuicio de la ley básica de dichos procedimientos»* (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2001, pág. 18).

La incorporación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria al ordenamiento jurídico español se incardina en el proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho Privado iniciado hace ahora más de una década

Pues bien, puede decirse que la incorporación de la LJV al ordenamiento jurídico español se incardina en el proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho Privado iniciado hace ahora más de una década (PÉREZ FUENTES y COBAS COBIELLA, 2013); cumple dicho desiderátum y, en especial, un mandato legal que hasta la fecha no había podido culminarse.

En palabras de ALONSO FURELOS (2015, pág. 28), la dispersión legislativa, con una legislación sobre la JV superada, obsoleta y anticuada en muchos supuestos, su tratamiento asistemático y el tradicional olvido del legislador decimonónico y moderno, que solo ha sido corregido en las leyes más modernas promulgadas en el año 2015, han significado que, mientras la «jurisdicción» ha sido tratada como «princesa», la JV fuese tratada como simple «cenicienta».

Tras la promulgación de la LJV, *prima facie*, cabe afirmar que el legislador ha dado a la JV un tratamiento «magno», y es de esperar que la aceptación sociojurídica de la norma así lo ponga de relieve. En este sentido, la LJV constituye uno de los pilares fundamentales para la administración pública del Derecho Privado y la Justicia Preventiva, y su utilización por las personas y operadores jurídicos debe contribuir a la acreditación y constatación de legitimaciones especiales y situaciones y relaciones jurídicas de modo más seguro, justo, dinámico, eficiente y adaptado a la realidad y necesidades socio-



jurídicas de las sociedades modernas, todo ello dentro del marco del derecho a la acción, el acceso a la seguridad jurídica *inter privados* y el logro de una mayor eficacia, eficiencia y mejores prestaciones funcionales de las instituciones destinadas al servicio de la Justicia y la Seguridad Jurídica Preventiva.

III. LA HETEROCOMPOSICIÓN DE INTERESES EN EL DERECHO MODERNO

Los medios extrajudiciales de resolución de conflictos y el recurso a órganos, personas y autoridades públicas e instituciones de diverso orden para la fijación de posiciones, estados y situaciones jurídicas se conocen desde antiguo, pero, en el momento presente, el reconocimiento y desarrollo institucional y legislativo de las técnicas desjudicializadas constituyen un rasgo predominante de dimensión internacional y forman parte de la agenda política de las instituciones internacionales y comunitarias europeas.

Con el procesalista RAMOS MÉNDEZ (2010, pág. 28), cabe afirmar que en los modernos Estados de Derecho desjudicializar es «el reto de una sociedad civil madura y democrática [...] es un excelente síntoma de una sociedad civil madura, que tiene alternativas que no incitan necesariamente a hacer uso del sistema judicial. Las herramientas están suficientemente testadas, según el estado de la ciencia, y los operadores jurídicos están sobradamente preparados para asumir parcelas de actividad que no solo no deberían acudir a la asistencia primaria del sistema judicial, sino que, en muchos casos, ni tan solo deberían llegar a este escenario».

Señala el Informe elaborado por la Comisión de Trabajo de asesoramiento sobre la desjudicialización en el ámbito civil (Generalitat de Cataluña, Departamento de Justicia, abril de 2010) que dicho concepto no está definido, pero, desde una opción reduccionista, han de entenderse comprendidas en el mismo «la redefinición de los mecanismos disuasivos del acceso a la jurisdicción (a través de medios alternativos de solución de los conflictos), así como la asignación a otros agentes sociales de las tareas que no hacen referencia al proceso de decisión del litigio (de fijación jurídica, de asesoramiento, etc.)», y, como resultado de ello, la consiguiente «disminución de la carga de trabajo de los jueces, por medio de la redistribución de competencias con los secretarios judiciales y el resto de la organización judicial y operadores jurídicos».

Los argumentos que apoyan la desjudicialización de determinados expedientes en el ámbito de la JV son de muy distinto orden: la Recomendación del Consejo de Europa de 1986 sobre la eliminación de tareas no propiamente jurisdiccionales del ámbito de actuación de los tribunales de Justicia (véase Exposición de Motivos de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal); la experiencia de otros países; el *Libro blanco de la Justicia*, elaborado en el seno del Consejo General del Poder Judicial en 1997; el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, suscrito por los principales grupos parlamentarios el 28 de mayo de 2001, y la declaración institucional de los presidentes de tribunales superiores de Justicia (Madrid, 3 a 6 de noviembre de 2009), así como la pérdida de vigencia «de algunas de las razones que justificaron históricamente la atribución de la jurisdicción voluntaria, en régimen de exclusividad, a los jueces; pues, junto a ellos, las sociedades avanzadas cuentan en la actualidad con otras opciones viables para la efectividad de los derechos privados, cuando para ello se requiera la intervención o mediación de órganos públicos» (Preámbulo LJ.V. ep. V).

La jurisdicción debería quedar reducida a la solución de controversias que no se puedan solucionar por otros mecanismos alternativos, por no ser materia de libre disposición, o cuando los sistemas autocompositivos han fracasado

En orden a la factibilidad jurídica y práctica de estas tendencias, la doctrina pone de relieve que el marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial no supone, *prima facie*, ningún obstáculo «para racionalizar el sistema, desregular los procedimientos obsoletos, de nula aplicación práctica o de escasa eficacia, manifestaciones de la actual discordancia entre lo legislado y la actual realidad social, redistribuir entre jueces y secretarios las competencias asignadas al órgano jurisdiccional y desjudicializar aquellos supuestos que, por su propia naturaleza jurídica, comprenden a otros profesionales del Derecho, en especial, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en atención a su especialización y a la competencia funcional que se les reconoce por el Ordenamiento

Jurídico»; por otra parte: «La necesidad de descargar de trabajo a los jueces, concentrar su actuación en tareas jurisdiccionales, redistribuir competencias y racionalizar el sistema en la Administración de Justicia constituyó [...] el objeto de una Recomendación del Consejo de Europa, dirigida a los países miembros, de fecha 16 de septiembre de 1986» (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2011).

Ello implica que: «La jurisdicción debería quedar reducida a la solución de controversias que no se puedan solucionar por otros mecanismos alternativos, por no ser materia de libre disposición, o cuando los sistemas autocompositivos han fracasado. En este sentido, un buen funcionamiento del arbitraje y los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos mejorará la propia jurisdicción, al descargarla de asuntos» (SAN CRISTÓBAL REALES, 2013).

Siguiendo a la autora citada, la elección de cualquiera de los sistemas de resolución de conflictos solo es posible «cuando los litigios son disponibles, por tratarse de derechos privados en los que las partes son dueñas de su propia controversia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Por ello, son ellas quienes deben decidir la forma de resolverlo, pudiendo optar por una pluralidad de posibilidades. Si la materia en la que se genera el litigio es indisponible, solo se puede acudir a la jurisdicción». Jurídicamente, estos procedimientos se basan «en la libertad individual y la autonomía de la persona para hacer valer sus propios intereses. Derechos reconocidos por nuestra Carta Magna, al proclamar la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, como fundamentos del orden político (art. 10.1 CE), así como el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa (arts. 33 y 38 CE). Cuando por la autonomía de la voluntad, y tratándose de materias disponibles, el justiciable utiliza estos otros sistemas de resolución de controversias, también se está haciendo justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.1 CE». Como dice el Informe antes citado: «El juez es el “primer” garante de los derechos de los ciudadanos, pero acudir a los tribunales no ha de ser la “primera” iniciativa, ni es la única vía de solución del conflicto».

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos comprenden, fundamentalmente, las siguientes técnicas: los medios o modalidades alternativas de solución de



conflictos (MASC) o técnicas ADR (*alternative dispute resolution*), en los ámbitos del Derecho Civil, Mercantil, de los Consumidores y Laboral (la negociación o autocomposición-transacción, la mediación, la conciliación, el arbitraje, la evaluación neutral y determinados nuevos mecanismos privados de prevención —«defensor del asegurado», «defensor del cliente»— creados a imagen de la figura de los defensores del pueblo). En otro orden de cuestiones, otro factor de reducción de la carga de los tribunales y la administración de situaciones jurídicas varias se halla en el ámbito de la denominada JV, en la que no se ventilan contiendas propiamente dichas, sino cuestiones de contenido diverso referentes a la aplicación y administración del Derecho y a la fijación de hechos y calificación de situaciones jurídicas.

IV. LAS TÉCNICAS ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION)

En sentido estricto, el *Libro verde* presentado por la Comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil [Bruselas, 19 de abril de 2002, COM(2002)196 final] señala que la noción de *alternative dispute resolution* (ADR) designa «los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido». (El concepto citado excluye el arbitraje porque, en este supuesto, se busca sustituir una resolución judicial por una arbitral.) La doctrina

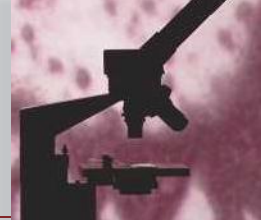
también se refiere a las *adequated dispute resolutions* (ADR) para enfatizar que dichos medios, más que configurarse como alternativos a la jurisdicción, la complementan.

Como señala el Informe irlandés de la Law Reform Commission (2010, pág. 1), está claro que la palabra *alternativa* se refiere a buscar fuera de los tribunales la solución a los conflictos. «En este sentido, la Comisión apoya plenamente de larga data el enfoque de la profesión legal y de los tribunales que entiende que, cuando es apropiado, las partes involucradas en una disputa de Derecho Privado deben ser alentadas a explorar si sus disputas pueden resolverse mediante acuerdo, sea directamente o con la ayuda de un tercero como mediador o conciliador, en lugar de obtener una decisión de un tribunal —vencedor vs perdedor— (winner vs loser). Esto ocurre todos los días en los tribunales, en los litigios familiares, en pequeñas y grandes reclamaciones comerciales y en otros asuntos o conflictos de proximidad; siempre que el procedimiento alternativo cumpla con los principios fundamentales de la Justicia, de hecho, existen fuertes razones para apoyar y alentar a las partes a llegar a una solución a través de acuerdo, especialmente en los conflictos donde los problemas emocionales se combinan con cuestiones legales». En un sistema moderno de Justicia, la promoción del acceso a la Justicia debe ofrecer una variedad de opciones y medios alternativos para solucionar los conflictos. Según dicha Comisión: «Los ciudadanos deben ser empoderados para que puedan alcanzar una solución a sus problemas, lo

que incluye la opción del derecho de acceso a la jurisdicción considerada como un componente de un menú más amplio de opciones» (*menu of choices*).

En el Derecho Civil y Mercantil, estas técnicas suscitan un interés renovado debido a los motivos siguientes: la nueva eclosión de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la Justicia ha mejorado gracias a ello; su aplicación en la sociedad de la información (ODR, por *online dispute resolution*); por la especial atención institucional y legislativa que dichas prácticas han recibido por parte de los Estados Miembros de la UE, y porque representan una prioridad política que ha sido confirmada en varias ocasiones por las instituciones europeas a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse en garantizar su calidad.

En el ámbito europeo, cabe citar, por ejemplo, las recomendaciones de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, y 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo; la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, que es aplicable a la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la UE y un comerciante establecido en la UE mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa definida reglamentariamente. En nuestro Derecho, existe un Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo que tiene por objeto la incorporación de la Directiva 2013/11/UE al Derecho español (véase Informe del CGPJ, 2015).



1. La conciliación

La conciliación es uno de los mecanismos de autocomposición de intereses «*por el que las partes, por la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, por consenso en la solución de su conflicto, alcanzado ante un tercero (Juez de Paz o Secretario Judicial) antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, en la audiencia previa del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal. El tercero no decide nunca, resuelven las partes*» (SAN CRISTÓBAL REALES, 2013). En relación con la litispendencia, existen dos tipos de conciliación: si la conciliación es anterior al juicio con el fin de evitarlo, es preprocesal, y tiene naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria (si la conciliación no termina con avenencia, las partes pueden acudir posteriormente a otros mecanismos de resolución de controversias heterocompositivos, como la jurisdicción o el arbitraje); si el juicio ya se ha iniciado y lo que se pretende es finalizarlo, entonces la conciliación es procesal, tiene lugar dentro del proceso y ante el Juez competente que conoce del asunto principal (en este caso, si la conciliación no prospera, el órgano jurisdiccional resolverá como tercero imparcial el conflicto a través de la sentencia).

Entre otras novedades, la LJV ha introducido, en régimen de alternatividad con otros operadores jurídicos y regulación autónoma, los expedientes voluntarios de conciliación notarial sobre cualquier controversia contractual, mercantil, sucesoria o familiar, con tal que «*no recaiga sobre materia indisponible*». Esta actuación tiene por objeto «*la conciliación de los distintos intereses de los otorgantes con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial*» (arts. 81-83 LN).

2. La mediación

No menos significativo es el recurso a la *mediación*. La mediación, se dice, ha existido siempre; lo novedoso es su aparición histórica con uniformidad y cohesión en los Estados modernos. Su cohesión técnica en el momento presente procede de los trabajos y prácticas adoptados en los Estados Unidos en aras del logro de formas alternativas de resolución de desavenencias o «*mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente, al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales*»,

y que posteriormente se adaptaron, primero, en el Reino Unido y, después, de forma paulatina y más compleja, en otros países europeos, así como en el ámbito de la UE (PÉREZ FUENTES y COBAS COBIELLA, 2013, págs. 653-654).

Según el Código de Consumo de Cataluña (Ley 22/2010, de 20 de julio): «*La mediación de consumo es un procedimiento que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitar la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio*» (art. 132-1). La mediación consiste en un sistema de «*gestión de controversias voluntario en el que las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero neutral (el mediador), resuelven sus diferencias alcanzando por sí mismas un acuerdo. El mediador actuará como canal de comunicación, creando un espacio de diálogo necesario para que las partes puedan expresar su versión de la situación, fijar los puntos del conflicto, expresar sus opiniones y puntos de vista, sus intereses y necesidades, de modo que entre ellas se vayan acercando las posiciones para llegar a un acuerdo*» (SAN CRISTÓBAL REALES, 2013).

En la mediación evaluativa, el mediador adopta una actitud proactiva; en la transformativa, se trabaja con las partes para cambiar la calidad de su interacción de negativa a positiva, y en la facilitadora, se crea un marco para que las partes alcancen el acuerdo más satisfactorio posible, sin que el mediador proponga soluciones o emita opiniones

La doctrina distingue tres clases de mediación: a) en la mediación evaluativa, el mediador adopta una actitud proactiva; b) la mediación transformativa tiene por finalidad primordial trabajar con las partes para ayudarlas a cambiar la calidad de su interacción en el conflicto de negativa a positiva y constructiva; c) por último, la mediación facilitadora trata de crear un marco en el que las partes pongan sobre el tapete sus verdaderos intereses para que ellas mismas, dirigidas por el mediador, puedan alcanzar un acuerdo lo más satisfactorio posible para ambas, sin que el mediador proponga soluciones o emita opiniones a lo largo del pro-

cedimiento (MARQUÉS MOSQUERA, 2015, pág. 148).

En el ámbito de la mediación, destacan las recomendaciones 1/1998, sobre mediación familiar, y 19/1999, en materia penal, aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa; los importantes desarrollos legislativos realizados por las comunidades autónomas (en Cataluña, véanse Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, y su precedente, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, considerada una norma innovadora y pionera debido a que, en aquel momento, en Europa existían muy pocos textos reguladores, y el citado Código de Consumo de Cataluña); la Directiva Comunitaria 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la Ley estatal 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil, de transposición de dicha Directiva al ordenamiento jurídico español.

Según esta ley, lo convenido en conciliación puede convertirse en título ejecutivo, si las partes lo elevan a escritura pública ante Notario, siempre que cumpla los requisitos exigidos en la Ley de Mediación y que su contenido no sea contrario a Derecho (arts. 25 y 27). En el Preámbulo de esta ley, se afirma que: «*Entre las ventajas de la mediación, es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes, y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad*» (énfasis añadido, en adelante, é. a.). Entre otros supuestos, hay también previsiones especiales sobre la mediación concursal (Ley Concursal y Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero).

3. El arbitraje

Respecto del arbitraje, baste con poner de relieve que el citado *Libro verde* lo define como «*un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia*». Siguiendo a SAN CRISTÓBAL REALES (2013), en el arbitraje, «*la solución del conflicto se deja en manos de una o varias personas (árbitros) que pueden ser elegidas directamente por las*



partes o, en su defecto, por el Juez (arbitraje ad-hoc), o designadas por la institución que administra el arbitraje institucional al que se han sometido las partes».

En el arbitraje, el árbitro impone la solución privada del conflicto, en virtud de un convenio suscrito por los interesados en el que convienen, para determinadas materias, someterse a arbitraje, de modo que, aplicando el derecho o la equidad (según el pacto de las partes), el árbitro va a declarar lo justo para el caso concreto, dictando un laudo. El árbitro no tiene potestad ejecutiva y solo tiene potestad cautelar declarativa. No puede haber arbitraje si no hay un acuerdo previo de las partes para someterse a este sistema heterocompositivo. La característica principal y definitoria del arbitraje es su naturaleza convencional y su voluntariedad. «Las partes son libres para someterse a este sistema de resolución de controversias, y lo pactarán voluntariamente, cuando lo consideren más conveniente a sus intereses particulares, en cuyo caso sustituirán la Justicia pública por la privada» (ibídem).

Los ámbitos sectoriales del arbitraje son muy variados. En el Derecho internacional, se refieren al arbitraje, por ejemplo, el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, para el reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje extranjeras, y el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de abril de 1961, hecho en Ginebra. En nuestro Derecho, cabe citar, por ejemplo, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (MARÍN LÓPEZ, 2008), y la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, basada en la ley modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL).

En el plano internacional público, la conciliación y el arbitraje también se utilizan para resolver conflictos relacionados con los «contratos de Estado». A tal fin se cuenta con foros internacionales específicos, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI), creado por el Convenio de Washington de 1965, y se convienen acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), celebrados entre Estados industrializados y países en desarrollo, con aplicación de sistemas de arbitraje de diferencias Estado-inversor (*investor-State dis-*

pute settlement, o ISDS). No obstante, en el supuesto del denominado Tratado de Libre Comercio entre la UE y los Estados Unidos conocido por TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership), inspirado en el tratado NAFTA (Estados Unidos, México y Canadá), en curso de negociación, basta con poner de relieve que su aprobación es muy cuestionada debido al riesgo de prevalencia de los intereses de las corporaciones multinacionales en sus conflictos con los Estados receptores de sus inversiones, lo que puede limitar seriamente su capacidad legislativa interna y su soberanía internacional (CROSS, 2013, págs. 76-79; GARCÍA BERCERO, 2015, y sitio *EU negotiating texts in TTIP*).

V. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CARACTERIZACIÓN DE LA JV

La expresión *jurisdicción voluntaria* tiene su origen en el Derecho romano y está vinculada a conceptos como *procedimiento*, *acción*, *competencia* y *jurisdicción*. En las fuentes romanas, fue el Jurista clásico del siglo III MARCIANO quien, al parecer, utilizó por primera y única vez la expresión *iurisdicção voluntaria* para contraponerla a la iurisdicção contentiosa (Libro I, *Institutionum*): «*Omnes Proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem; sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptione fieri*» (D. 1.16.2.pr.). De la compilación justinianeas, la expresión pasó a la glosa y al Derecho común; el uso y la costumbre convalidaron la virtualidad de la figura, que fue posteriormente consagrada en los códigos modernos y las legislaciones de los distintos países europeos, pero, en casi todos los países, también es común preguntarse sobre su denominación, finalidad y función (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2013, págs. 54 y ss.; PÉREZ FUENTES y COBAS COBIELLA, 2013, pág. 654).

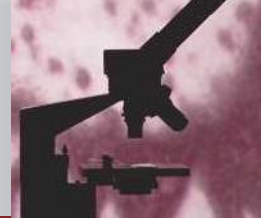
Como advierte BANACLOCHE PALAO (2013): «*El origen de todos los problemas que ha encontrado la jurisdicción voluntaria se encuentra en la clásica indefinición del concepto*». Esta circunstancia ha motivado que, con mayor o menor éxito, por parte de la doctrina se hayan propuesto denominaciones alternativas (administración del Derecho, jurisdicción graciosa, iusadición, asuntos no contentiosos, intervención voluntaria...), caracterizadas, en general, por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados (cfr. FONT BOIX, 1986, págs.

127 y ss.; GONZÁLEZ MONTES, 1995, págs. 3884-3885; GONZÁLEZ POVEDA, 1997, págs. 55 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2001 y 2005; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, 2004, pág. 380, y 2009, págs. 124-127; PRADA GONZÁLEZ, 2009).

El origen de los problemas que ha encontrado la jurisdicción voluntaria se encuentra en la clásica indefinición del concepto. Esta circunstancia ha motivado que, con mayor o menor éxito, por parte de la doctrina se hayan propuesto denominaciones alternativas

Aunque en el Derecho español, iberoamericano e italiano la expresión *jurisdicción voluntaria* está plenamente aceptada y consolidada (ALONSO FURELOS, 2005, pág. 22), dogmáticamente, de la denominada *jurisdicción voluntaria* cabe discutirlo casi todo, incluso su propia denominación, al entenderse, por algunos autores: por un lado, que no siempre puede considerarse *jurisdicción*, concepto que, a su vez, cabe formular en sentido unívoco o dual, y, por otro lado, que no siempre es *voluntaria*, término confuso, pues, en ciertos casos, se trata de actos o actuaciones que son de cumplimiento «necesario» para conseguir o establecer una determinada finalidad o situación legal.

Las tesis tradicionales parten del principio de que los actos de jurisdicción voluntaria generalmente se desenvuelven *inter volentes*, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo, mientras que la jurisdicción contentiosa se desenvuelve *inter nolentes* o *adversus volentes*, eso es, entre personas que se hallan en conflicto respecto de sus respectivas pretensiones. De aquí que la primera no cabe confundirla con la *jurisdicción* contentiosa propiamente dicha (VICENTE Y CARAVANTES). Las concepciones más modernas destacan el hecho de que los rasgos comunes, inexistencia de conflicto y jurisdiccionalidad, se han roto: por un lado, cuando las partes están de acuerdo y lo que buscan es que se imprima autenticidad a su actuación, no es necesario acudir a un Juez, así lo reconoce GUASP (1977, págs. 947-949), cuando afirma que la JV es falsa materia judicial casi en su totalidad («no es auténtica jurisdicción»), y de aquí que su atri-



bución judicial se deba a razones puramente transitorias y provisionales; por otro lado, en muchos expedientes de JV hay o puede haber conflicto desde su inicio, pero este no aparece con suficiente entidad o intensidad como para instar de inmediato un proceso contencioso (PRADA GONZÁLEZ, 2009; BANACLOCHE PALAO, 2103; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2001b y 2015).

Asimismo, desde otras perspectivas doctrinales, la JV se ha caracterizado, sin pretender agotar las tesis posibles, como sigue (cfr. a. e., GONZÁLEZ POVEDA, 1997, págs. 55-67; GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, 2004, págs. 377-381): por su finalidad constitutiva, consistente en una actividad del Estado o administrativa dirigida a la constitución de relaciones jurídicas (GÓMEZ ORBANEJA, GUASP); tesis del proceso voluntario, distinto del contencioso, con finalidad jurisdiccional de prevención (CARNELUTTI); en razón de la imparcialidad del órgano judicial e indiferente respecto del efecto jurídico (MICHELI, GÓMEZ COLOMER, RAMOS MÉNDEZ); como medio de tutela del interés privado (SATTA) y, por derivación de esta tesis: como un interés mediato del Estado para el cuidado de los intereses privados inmediatos que pertenecen a los individuos (MARINI) o actividad pública de administración de Derecho Privado (KISCH), tesis seguida por la mayoría de la doctrina moderna (FONT BOIX); como medio de tutela o protección de los derechos de los particulares y ante la falta de partes contrapuestas (GIMENO GAMARRA); como función del Estado reguladora o legitimadora (AHRENS, MONASTERIO, VÁZQUEZ CAMPOS) y porque la jurisdicción voluntaria carece del efecto de cosa juzgada, que es el signo inequívoco de la jurisdicción (ALLORIO), y como *tertium genus* entre jurisdicción y administración (FAZZALARI, FONT BOIX, MEZQUITA DEL CACHO, GÓMEZ FERRER-SAPIÑA).

Esta disparidad conceptual cabe justificarla por la complejidad o heterogeneidad del posible contenido de la JV. Como ya señaló ALCALÁ ZAMORA (cfr. GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, 2004, pág. 381), con carácter previo, debe dedicarse especial atención a un aspecto desdeñado por muchos aprioristas: «Adentrarse por el abigarrado conjunto para “clarificar” los procedimientos que la integran de acuerdo, por ejemplo, con su objeto, con su naturaleza o con su finalidad. Solo cuando se haya realizado a fondo esa tarea, estaremos en condiciones de afirmar si la jurisdicción voluntaria forma uno solo o



bien distintos territorios jurídicos»; esta heterogeneidad «condiciona la virtualidad de las construcciones teóricas formuladas con pretensión de explicar la esencia, la finalidad o la naturaleza de la jurisdicción voluntaria en su conjunto. En efecto, tales planteamientos son con frecuencia resultado de una simplificación, en la medida en que toman como referencia solo ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria, de modo que la pretensión de generalidad de las conclusiones extraídas choca con la radical diversidad de la realidad abordada» (MIGUEL ASENSIO, 1997, pág. 169). Así, cabe distinguir las siguientes clases de actos (SERRA DOMÍNGUEZ): a) actos constitutivos (que pueden tener carácter necesario o supletorio de lo que hubieran podido realizar los interesados); b) actos homologadores; c) actos de mera documentación; d) actos de simple presencia (LIÉBANA ORTIZ, 2005: 172).

Desde la perspectiva constitucional, el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* corresponde exclusivamente a los juzgados y los tribunales. En sentido positivo, esta exclusividad aparece recogida en el art. 117.1 CE, que dispone que: «La justicia [...] se administra [...] por los jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial», y en su apartado 3.º señala que: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales» (é. a.); en sentido negativo, la exclusividad resulta del art. 117.4 CE, que dice que: «Los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado ante-

rior», artículo que también señala que ejercerán aquellas funciones «que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho».

La verdadera *jurisdicción* o *potestad jurisdiccional* se halla en el art. 117.3 CE, y por la misma cabe entender «la resolución judicial de conflictos intersubjetivos, mediante la realización procesal del Derecho, en garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos»; en cambio, resulta evidente que «las funciones relativas al artículo 117.4 de la Constitución no son manifestación de la potestad jurisdiccional», mientras que las funciones en garantía de derechos pueden entenderse como «aquellas capacidades de acción atribuibles a jueces y magistrados en ejercicio de su labor de administrar justicia, distinta a la potestad jurisdiccional, dirigidas a asegurar y proteger, previa o cautelarmente y en abstracto o en concreto, determinados derechos de los ciudadanos ante algún riesgo potencial o cierto» (SÁNCHEZ BARRILAO, 2002, págs. 158, 156, 168-169, respectivamente).

La distinción entre los apartados 3.º y 4.º del art. 117 CE permite deducir la existencia de una reserva de ley (en la que cabe incardinar el ejercicio de la llamada *jurisdicción voluntaria*) sin excluir la posibilidad, respecto de determinados supuestos, de formas de administración pública del Derecho Privado y de competencias especiales en materia no contenciosa, sin la nota de exclusividad del apartado 3.º del art. 117 CE y con la participación de



otros operadores jurídicos, posibilidad u opción que queda abierta a las decisiones que pueda adoptar el legislador, que, en su caso, deberá determinar «*qué actos de jurisdicción voluntaria deben seguir siendo conocidos por órganos judiciales y qué tipos de negocio o expedientes pueden ser tramitados por profesionales como notarios o registradores de la propiedad, por órganos administrativos o incluso por los secretarios judiciales*» (SERRANO ALBERCA y ARNALDO ALCUBILLA, 2001, págs. 1887 y ss.).

Por otra parte, la STC 124/2002, de 20 de mayo (recurso de amparo contra los autos acumulados de oposición al desamparo n.º 408/97 y de acogimiento familiar n.º 878/97), afirma que «*la función encomendada en estos casos al Juez no es la de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), sino que, al ser concebida al modo de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse en las funciones que, de acuerdo con el art. 117.4 CE, puede atribuirle expresamente la ley en garantía de cualquier derecho (STC 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 3)*» (é. a.).

Por razones obvias (arg. ex art. 1 LOTC), la doctrina de la citada STC debe considerarse prevalente a la sostenida en la STS de 22 de mayo de 2000, en que se dice que «*no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio, y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117.3 de la Constitución*» (FJ 7), pues, en expresión de ALLORIO, la admisión de las tesis finalistas «*al pretender descubrir una sustancia común a todas las actividades del Juez, jurisdiccionales en sentido estricto o voluntarias, negándose a admitir que las segundas le sean atribuidas por el legislador por puras razones de oportunidad contingente, extrañas a la sustancia o eficacia de las actividades mismas, hacen del Juez una especie de Midas, que con su tacto haría "jurisdiccional" o "procesal" todo aquello sobre lo cual pusiese él su mano, aunque en sí no lo fuese*» (véase LIÉBANA ORTIZ, 2005, pág. 176). Admitida la autonomía conceptual de la JV (véase Preámbulo de la LJV, ep. I), la legitimación también se fundamenta en el art. 9.3 CE, que garantiza a los ciudadanos la «*seguridad jurídica*», y en la Recomendación del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986 (SEOANE CACHARRÓN, 2014).

La decisión sobre si la JV forma parte del art. 117.3 o del art. 117.4, respectivamente, posicionamiento jurisdiccionalista o administrativista, es relevante. Si se considerase aplicable la primera norma, la JV no podría desjudicializarse y solo podría ejercerse exclusivamente por los jueces y magistrados, y no por otros funcionarios adscritos o no a estos, pero si se considera aplicable la segunda norma, con tal que se mantengan las garantías procedimentales procedentes, se garanticen debidamente los intereses de los ciudadanos, el servicio a estos y su derecho a accionar, entonces es posible asignar actuaciones de JV a otros funcionarios, profesionales jurídicos u oficiales públicos (PRADA GONZÁLEZ, 2009, pág. 2; BANACLOCHE PALAO, 2013; SERRANO DE NICOLÁS, 2005).

En suma, de conformidad con la segunda tesis, si un acto es jurisdiccional *stricto sensu*, su resolución corresponderá en exclusiva al Poder Judicial; si no lo es, en principio, su mantenimiento en dicho ámbito o su asignación, compartida o no, con otros operadores jurídicos especializados puede ser configurada libremente por el legislador en atención a criterios y garantías razonables, suficientes y proporcionadas de legalidad, ordenación, agilidad y eficacia institucional.

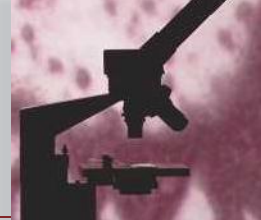
A la vista de las consideraciones precedentes, en materia de jurisdicción y JV, en síntesis, cabe afirmar lo siguiente:

- En primer lugar, en la Constitución española, la JV «*ni siquiera sistemáticamente aparece confundida con la jurisdicción propiamente dicha. Y lo mismo viene a significar el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladora del proceso civil, no la haya acogido en su seno*» (GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, 2004, págs. 373-374).
- En segundo lugar, al hablar la norma constitucional de «*reserva de ley*», existe una auténtica reserva de ley que veda excepciones dispuestas en normas reglamentarias y autoatribuciones judiciales (DÍEZ-PICAZO, cit. en GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, *ibidem*; SÁNCHEZ BARRILAO, 2002).
- En tercer lugar, «*no cabe realizar una interpretación amplísima de esas normas, pues, de hacerlo así, podría llegarse a considerar que puede atribuírseles cualquier función relacionada con cualquier derecho*» (MONTERO AROCA, *ibidem*).

— En cuarto lugar, al hablar de «*en garantía de cualquier derecho*», el constituyente intentó con ello salvar la JV, que no es dudoso «*que cumple una función de garantía de derechos de los particulares*» (DÍEZ-PICAZO, *ibidem*). La doctrina del TC incardina la JV en el art. 117.4 CE y, con tal que se preserve adecuadamente la «*garantía de derechos*», el legislador «*puede*» regular esta función en el ámbito jurisdiccional o fuera de dicho ámbito. A su vez, la «*seguridad jurídica*» se incardina en el art. 9.3 CE. Al amparo de su libertad de configuración legislativa, el legislador, que dispone de competencias exclusivas en materia civil general, mercantil, procesal, y registros e instrumentos públicos, puede adoptar aquellas medidas de política legislativa que estime convenientes, sean acordes con los intereses generales y se hallen en el marco de sus competencias.

— En quinto y último lugar, sin perjuicio de las excepciones que procedan, en consideración a las circunstancias y derechos a proteger o resolver; a la realidad social en que deban aplicarse las normas, y a las necesidades implícitas requeridas para la garantía de los derechos, no existe razón de exclusividad constitucional para que la competencia en asuntos propiamente no contenciosos sea atribuida exclusivamente a los jueces, sino que, con las debidas garantías, dichas funciones, en especial, las referentes a funciones documentadoras de hechos, actos y derechos y la calificación de situaciones jurídicas, también pueden asignarse a otros funcionarios públicos especialmente cualificados o ejercientes de la fe pública judicial o extrajudicial.

A tales fines, debe respetarse y preservarse la actividad jurisdiccional de los jueces (arts. 2.1 LOPJ y 117.3 CE); deben respetarse las competencias que en el ámbito de la «*fe pública judicial*» corresponden a los secretarios judiciales (hoy, letrados de la Administración de Justicia); debe mantenerse la separación entre fe pública judicial y fe pública extrajudicial (art. 1 LN); cabe deslindar de la actuación judicial aquellas actuaciones que, sin contienda entre las partes y no propiamente jurisdiccionales, deben mantenerse en dicho ámbito de aquellas otras que «*se denominan*» de creación de sujetos jurídicos y seguridad del comercio jurídico o, si seguimos a la de GIMENO GAMARRA, las



de declaración o reconocimiento de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción» (MARTÍN ROMERO, 2004, pág. 177; véase, asimismo, a. e., PRADA GONZÁLEZ, 2009; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2007), las cuales, en aras de la desjudicialización, la modernización de la Justicia preventiva y una mayor operatividad del tráfico jurídico, pueden ser asignadas a dichos oficiales públicos; por otro lado, las actuaciones en estos expedientes deben regirse por los «principios de objetividad, eficacia e interdicción de la arbitrariedad, y sujetas a la ley y al Derecho por mandato constitucional» (Preámbulo de la LJV, ep. V).

La cuestión terminológica. Por lo que atañe a la denominación y ámbito funcional de la JV, como ya puso de relieve PRIETO-CASTRO, limitar esta a todos aquellos asuntos que sean exclusivamente judiciales es criticable. Sin embargo, en sentido técnico, y a la vista de la doctrina de los tribunales (STS de 22 de mayo de 2000 y STC de 20 de mayo de 2002), *prima facie*, a pesar de la comodidad de expresión, fuera del marco judicial, se ha cuestionado el uso de la expresión y, en su momento, también se consideró críticamente el intento de referirse a la naturaleza jurídica de la JV en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2005 (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2001, págs. 187-188, y 2011, págs. 148-149; GARCÍA VIOLA, 2012, pág. 27).

En opinión de Fernández de Buján, la denominación más apropiada para referirse a las competencias notariales en el ámbito de la jurisdicción voluntaria podría ser «competencias notariales en garantía de derechos»

En este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2007 y 2007b) ha sugerido que la denominación más apropiada para referirse a las competencias notariales en dicho ámbito podría ser «competencias notariales en garantía de derechos». En la doctrina notarial, cabe recordar que, en la búsqueda de una expresión de compromiso, FONT BOIX (1965) proponía que: «Dentro del campo de la actividad típica notarial, caben los actos de la llamada jurisdicción voluntaria, que implican solemne e indirecta publicidad jurídica, previo proceso de calificación, compro-

bación, publicación del trámite y declaración terminal de suficiencia. A estos actos son los que llamamos de iusadición». Por otra parte, las actuaciones notariales en materia de JV, reguladas en el Título VII de la Ley del Notariado (en redacción según la LJV), se denominan «intervención de los notarios en expedientes y actas especiales».

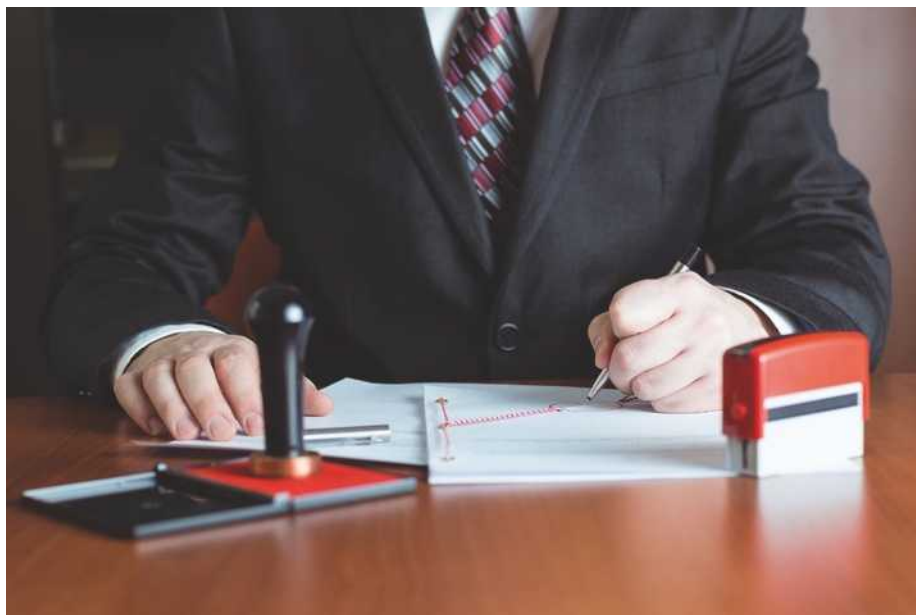
Sin perjuicio de estas denominaciones (la última de ellas, literalmente introducida por el legislador), conviene tener presente que, en general, en la esfera de la seguridad jurídica preventiva, la «garantía de derechos» está presente siempre, en toda clase de intervención notarial (control y juicio de legalidad —STC 207/1999, de 11 de noviembre—; independencia, imparcialidad, objetividad y asesoramiento —art. 43.2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre—; sujeción al régimen legal de incompatibilidades —arts. 16, 21, 22 y 27 LN y 138-141 RN—; información compensadora —art. 147 RN—, etc.). De aquí que en el ámbito que se examina también podría ofrecer cierto interés otra expresión, más larga pero no exenta de la misma o parecida problemática e igualmente cuestionable, como podría ser «intervención notarial en expedientes y actas especiales (en garantía de derechos y) de administración pública (extrajudicial) de Derecho Privado (en el ámbito de la JV)». Dicho esto, en razón de su función primigenia, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», es evidente que el grado máximo en la «garantía de derechos» se halla en los órganos o personas integrados en el Poder Judicial, por concurrir en ellos, también en grado sumo, las garantías de independencia e imparcialidad (arts. 13, 14, 104, 219, 318, 393, 452 y 497 LOPJ; Preámbulo de la LJV, ep. V).

La expresión «reservada» o tabú no aparece recogida en el Título X de la recientemente promulgada Ley de Navegación Marítima (LNM) (Ley 14/2014, de 24 de julio), norma anterior a la LJV, que regula determinados procedimientos en sustitución de los derogados expedientes de JV en los negocios del comercio marítimo, anteriormente regulados en la LEC 1881 (véase disp. derog. única de la LNM). En la LNM, estos nuevos procedimientos deben tramitarse con la intervención de un Notario y pasan a denominarse «certificaciones públicas de determinados expedientes» (?), expresión que engloba distintas clases de actas notariales instadas por quienes portean y/o manipulan mercancías objeto del transporte marítimo cuando hayan llegado a puerto. En

este caso, el legislador justifica el cambio de denominación y de operador jurídico como sigue: «Esta depuración parte de una nueva concepción que incluye en la jurisdicción voluntaria solo los expedientes que han quedado encomendados a los tribunales [...]. Su tramitación y resolución se atribuye a los notarios y pasan a denominarse certificación pública de expedientes de Derecho Marítimo» (Preámbulo, ep. XII; é. a.; véanse arts. 501 y ss. LNM).

De lo que antecede, se desprende que el legislador ha eludido pronunciarse de forma taxativa sobre la dogmática y terminología de los actos de JV (González Granda, 2014). Por otra parte, en la presentación pública de la futura LJV por el Ministerio de Justicia, se insistió en la existencia de dos bloques normativos perfectamente diferenciados: a) el articulado de la LJV destinado a regular los aspectos procesales de los expedientes que permanecen en sede jurisdiccional y que en adelante integrarán de forma exclusiva la JV; b) las disposiciones finales en las que se modifican otras leyes a fin de introducir en las normas correspondientes por razón de la materia: los cambios necesarios en la regulación sustantiva, necesarios para mantener la coherencia con la nueva regulación procesal; todos aquellos expedientes que hasta ahora se consideraban dentro de la JV y que ahora dejan de formar parte de la misma que se encomiendan a notarios y registradores; también se afirma que «se han revisado todos los procedimientos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de “Jurisdicción voluntaria”, optando por mantener solo una parte de ellos dentro del ámbito de la Administración de Justicia, y reservando para ellos, en adelante, dicha denominación. Su conocimiento corresponderá a los jueces y a los secretarios judiciales, según los casos. Los restantes expedientes se encomiendan a notarios y registradores, profesionales que aúnan la condición de juristas y titulares de la fe pública».

Sin embargo, tal y como se reconoce en el Preámbulo de la LJV, la ulterior ampliación de la alternatividad con la admisión de competencias múltiples entre distintos funcionarios judiciales y extrajudiciales, junto al reconocimiento de competencias exclusivas en otros casos, ha desdibujado sustancialmente la pretendida y, a mi parecer, pasajera distinción terminológica, sin que, por otro lado, ello implique desconocer la existencia de supuestos de JV sin conteni-



do jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa.

En defensa del uso directo, de fácil entendimiento en el tráfico jurídico, de la expresión JV (extrajudicial) aplicada a los asuntos y expedientes encargados a otros operadores jurídicos, como los notarios y los registradores, cabe señalar que el propio Preámbulo de la LJV pone de relieve que: «La distribución de los actos de jurisdicción voluntaria entre diferentes operadores jurídicos se refleja también en la estructura de esta ley. El criterio que se sigue es, por razones de sistemática legislativa, el de extraer de su articulado la regulación de todos aquellos expedientes cuya tramitación se mantiene fuera de la Administración de Justicia, con la consecuencia de que tan solo se regularán en su seno los actos de la competencia del Juez o del Secretario Judicial». A estos efectos, el art. 1.2 LJV dice que, a los efectos de la presente ley, «se consideran» expedientes de JV «aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y Mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso»; ergo, pueden existir expedientes de JV que, sin dejar de constituir o de considerarse actos de JV, no requieran la intervención de un órgano jurisdiccional.

Así, por un lado, eludiendo proceder a un análisis exhaustivo de esta cuestión, a título de ejemplo, cabe poner de relieve lo siguiente: en materia matrimonial (celebración de matrimonio, separación y divorcio

de mutuo acuerdo), existen numerosas situaciones de alternatividad entre los letrados de la Administración de Justicia, los notarios y los encargados del Registro Civil; el matrimonio en forma civil puede celebrarse ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien este delegue, Letrado de la Administración de Justicia, Notario o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil; en las controversias inmobiliarias, urbanísticas o mercantiles, se prevé la alternatividad entre los registradores, los notarios y los letrados de la Administración de Justicia; en materia de consignación, la alternatividad puede darse entre los letrados de la Administración de Justicia y los notarios, pero, en el primer supuesto, no está excluida la posible intervención dirimente del Juez; en otros casos, como sucede en las subastas voluntarias, existen regulaciones separadas (LJV, LN) y se prevé la alternatividad entre los letrados de la Administración de Justicia y los notarios.

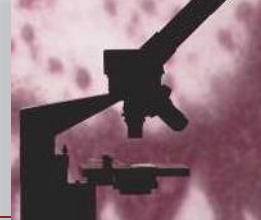
En cambio, en otros supuestos, se pasan en exclusiva competencias judiciales a otros operadores jurídicos, por ejemplo, letrados de la Administración de Justicia o notarios. Tal es el caso, en este segundo supuesto, por ejemplo, de las declaraciones de herederos abintestato y de la presentación, adverbación, apertura y protocolización de testamentos cerrados, ológrafos y en forma oral; por último, se reservan en exclusiva al Juez, como titular de la potestad jurisdiccional, «aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas, los que precisan una específica

actividad de tutela de normas sustantivas, los que pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente» (Preámbulo, ep. VII, y art. 2.3 LJV).

La LJV regula las actuaciones judiciales de JV, mientras que las actuaciones extrajudiciales de JV («expedientes y actas especiales») se regulan, fundamentalmente, a través de las disposiciones adicionales a la LJV y la legislación especial correspondiente, lo que no es óbice para entender que se trata de actuaciones incardinables en la JV. También cabe calificar de *expediente de JV* la facultad de la Administración Pública para la declaración administrativa de heredero abintestato a favor de la Administración General del Estado, de las CCAA u otros organismos, «materia que también se desjudicializa» (Preámbulo) en procedimientos que deberán tramitarse «en vía administrativa» (véanse art. 20.6 y nuevos arts. 20 bis, ter y quáter de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas, redacción según la disp. final 8.ª LJV).

Como ya reconocía la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LJV (octubre 2005), por una tradición de casi veinte siglos, por fidelidad y continuidad histórica, por comodidad de expresión y de entendimiento del supuesto de que se trate, independientemente de los equilibrios legales y las oscilaciones conceptuales de la misma, es muy posible que la práctica y la doctrina, máxime cuando el legislador ha admitido la alternatividad de operadores jurídicos, sigan utilizando la expresión JV, adjetivada o no, con carácter general, en cuyo caso se tendrán actos de JV (judicial) y actos de JV (extrajudicial), y en el segundo supuesto, y más específicamente de conformidad con sus respectivas competencias: actos de JV notarial, actos de JV registral, actos de JV administrativa y actos de JV consular (ALONSO FURELOS, 2013).

En suma, la LJV es la ley que regula la JV que se tramita «ante los órganos jurisdiccionales» (art. 1.1 LJV); en su caso, las normas de Derecho material (que son de aplicación general) y las de procedimiento previstas en las disposiciones finales de la LJV, respectivamente, regulan la institución correspondiente y también prevén las competencias y normas de procedimiento («expedientes»)



aplicables a los actos de JV asignados a los operadores jurídicos extrajudiciales.

VI. PRINCIPIOS LEGALES ORDENADORES DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Del contenido de la LJV, cabe extraer los siguientes principios ordenadores y rasgos característicos de la JV:

1. Principio de especialidad o autonomía normativa y vocación codificadora

Con arreglo al plan de racionalización y de modernización invocado por el legislador, el Preámbulo de la LJV señala que *«la ley opera como norma general en su específico ámbito de regulación. Ello garantiza la plenitud del sistema, así como la existencia de norma aplicable en todo caso, evitándose la producción de lagunas»*. Sin excluir la existencia de determinadas especialidades, la LJV prevé sobre las *«normas comunes»* para *«la tramitación de los expedientes de esta naturaleza cuyo conocimiento se atribuye al Juez o al Secretario Judicial»*; esta circunstancia implica una *«análoga vocación codificadora a la que en su momento correspondió, mutatis mutandis, a la Ley 1/2000, de 7 de enero, en relación con la denominada jurisdicción contenciosa»* (Preámbulo, ep. IX, é. a.).

Las normas comunes se han formulado en consideración a su ámbito de aplicación, presupuestos procesales del órgano judicial y de las partes, y a la tramitación del expediente; estas normas *«dan forma a un procedimiento general de jurisdicción voluntaria, de aplicación subsidiaria a cada uno de los expedientes en lo no específicamente establecido por cada una de las regulaciones particulares»* (véase Título I, Capítulo II, de la LJV, «Normas de tramitación»). Más cuestionable es afirmar que se ha producido la codificación material de la JV respecto a los asuntos a que se refiera, pues, en muchos casos, habrá que remitirse a la concreta legislación civil o mercantil aplicable al caso.

Por lo que respecta a las competencias asignadas a los operadores jurídicos extrajudiciales, en concordancia con la idea de plenitud institucional, funcional y normativa, el Preámbulo señala que: *«Razonablemente también, aquellos actos que, con la nueva regulación, quedan fuera del ámbito*

competencial de los tribunales de Justicia se regulan extramuros de esta ley, en otras normas dentro del ordenamiento jurídico a las que se da nueva redacción en sus disposiciones finales» (ibídem).

En consecuencia, sin perjuicio de la aplicación expresa o por analogía de algunos preceptos de la LJV (singularmente, el art. 19.3 LJV) y de las correspondientes normas legales sustantivas o adjetivas que correspondan al caso concreto, debe distinguirse entre la regulación de los expedientes de JV asignados a los órganos judiciales que, *«en lo que no se oponga a las normas que específicamente regulen las actuaciones de que se trate»*, deben tramitarse con arreglo al Capítulo II de la LJV, y la intervención notarial o de otros operadores jurídicos en actos y expedientes especiales, que se regirán por su legislación específica.

Esta solución ya había sido apuntada por la doctrina, que preconizaba un claro deslinde normativo y funcional por tratarse de funciones distintas la judicial y la extrajudicial (a. e., GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, 2004, pág. 388; MARTÍN ROMERO, 2004, págs. 176-177; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2005). En concreto, en relación con su ámbito competencial, en lo formal y en lo procedimental, en los expedientes, escrituras públicas y actas especiales notariales, deberá aplicarse lo dispuesto al efecto en la legislación notarial (véase Título VII de la LN, normativa de desarrollo reglamentario y art. 1217 CC). Lo que antecede no excluye que, ante posibles lagunas que puedan surgir en el ámbito de los expedientes especiales o JV extrajudicial, la sistemática y las soluciones jurídicas que puedan inspirar la solución jurídica se inspiren en la regulación prevista en la LJV.

La ley reserva a los órganos jurisdiccionales la tutela de determinados derechos cuando afectan directamente a derechos fundamentales o suponen la afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas

Por último, la LJV también tiene en cuenta las particularidades de una amplia diversidad de supuestos, y, en función de la naturaleza del acto, su incidencia en el

estatuto de los interesados o afectados, los intereses objeto de protección, la idoneidad del órgano o funcionario judicial o extrajudicial llamado a resolver, y por razones de oportunidad política o de utilidad práctica, asigna y prevé, en unos casos de forma específica y en otros de forma concurrente, la correspondiente competencia funcional y las normas de procedimiento. No obstante, la ley reserva a los órganos jurisdiccionales la tutela de determinados derechos cuando afectan directamente a derechos fundamentales o suponen la afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas. Lo que antecede no es óbice para que la doctrina se muestre crítica respecto de los criterios utilizados para asignar competencias según la afectación o no a derechos fundamentales o la existencia o no de una decisión de fondo al entender que estos criterios no son suficientemente sistemáticos (GONZÁLEZ GRANDA, 2014). Por último, la norma legal prevé la gratuidad de determinados expedientes notariales y registrales, con remisión a lo dispuesto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (disp. final 19.ª LJV).

2. Principios de no contenciosidad, garantismo y legalidad

Señala el propio legislador que uno de los caracteres de la LJV consiste en *«la articulación de un procedimiento general garantista, aproximándose el procedimiento general de la jurisdicción voluntaria al propio procedimiento contencioso y, en concreto, a la propia del juicio verbal»* (DSCG, Pleno, n.º 290, 18 de junio de 2015). No obstante, la norma legal distingue claramente entre ambas clases de jurisdicción.

Los expedientes de JV no serán acumulables a ningún proceso jurisdiccional contencioso (art. 15.3 LJV). Este precepto enfatiza nítidamente la tradicional distinción entre la JV y la contenciosa (por ejemplo, STS de 14 de marzo de 1988). En cambio, se admite la acumulación cuando la resolución de un expediente pueda afectar a otro o exista entre ellos tal conexión que pudiera dar lugar a resoluciones contradictorias (art. 15.1 LJV). Asimismo, la resolución de un expediente de JV no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto (art. 19.4 LJV). La diferencia entre la JV y la contenciosa se halla en que la primera no crea la eficacia de cosa juzgada, y, en este sentido, las resoluciones de

JV no tienen naturaleza jurisdiccional, sino administrativa.

A pesar de lo que antecede, conviene destacar los importantes efectos jurídicos derivados de la decisión de los expedientes de JV, que, en paralelo, por razones de congruencia y sistemática, también cabe predicar de los expedientes y actas especiales notariales. Los efectos están previstos en el art. 19.3 LJV: «Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél. Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por notarios y registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los secretarios judiciales» (é. a.).

Por otra parte, en un Estado de Derecho, y en su aspecto formal, cualquier autoridad estatal solo debe actuar con fundamento en algún precepto legal (principio de legalidad). En palabras de Kelsen (*Teoría general del Derecho y del Estado*): «Un individuo que no funciona como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar». En el presente caso, el principio se implementa con la existencia del correspondiente cuerpo normativo de rango legal y debidamente promulgado, la LJV y la legislación especial aplicable por parte del operador jurídico designado.

La aplicación de las normas por los órganos o funcionarios competentes en dicho ámbito debe responder a los principios de imparcialidad, control de legalidad y sometimiento pleno a la ley y al Derecho en el ejercicio de sus funciones (art. 103 CE). En concreto, el ámbito material de la JV, de los expedientes y actas especiales notariales y de otras actuaciones análogas se refiere a declaraciones de voluntad, verificaciones de hechos, juicios y calificaciones acontecidas en sede no contenciosa, esto es, en la paz jurídica, y los procedimientos cuya intervención sea requerida en lo formal y en lo material deben regir su actuación conforme a la legislación general y especial que les es aplicable (véase art. 49 LN).

3. Principios de alternatividad y desjudicialización parcial

Durante la tramitación parlamentaria de la LJV, la voluntad del legislador ha oscilado entre una aplicación de la alternatividad y competencias entre los distintos operadores jurídicos de modo restrictivo (inspirado en una visión procedimental, profesional y jurídica de la institución) o de modo amplio, inspirado en criterios de tipo economicista y de competitividad tanto interinstitucional como intrainstitucional. Finalmente, sin excluir determinadas cautelas y excepciones, se ha impuesto la segunda tesis, lo que implica que «hay alternatividad en muchos casos» (véanse DSS, 2 de junio de 2015, págs. 5 y 8; DSCD, 18 de junio de 2015, págs. 8 y ss.; Serrano de Nicolás, 2015, pág. 65).

El Preámbulo de la LJV así lo pone de relieve (ep. VI). El plan inicial «era asignar cada materia a aquel operador jurídico a quien, por su cercanía material o por garantizar una respuesta más pronta al ciudadano»; sin embargo, «finalmente, se ha optado, con carácter general, por la alternatividad [y] se establecen competencias compartidas entre secretarios judiciales, notarios o registradores, lo que es posible atendiendo a que son funcionarios públicos y a las funciones que desempeñan: los secretarios judiciales y notarios son titulares de la fe pública judicial o extrajudicial, y los registradores tienen un conocimiento directo y especializado en el ámbito del Derecho de Propiedad y en el Mercantil, en concreto, en sociedades». El legislador considera que esta solución reporta una garantía para el ciudadano, «que ve optimizada la atención que se le presta, al poder valorar las distintas posibilidades que se le ofrecen para elegir aquella más acorde con sus intereses» (véase a. e., a favor de la alternatividad: Informe del CGPJ, 2014, págs. 42 y ss.; SEOANE CACHARRÓN, 2014; a favor de la especialización: MARTÍN ROMERO, 2004, pág. 177; BANACLOCHE PALAO, 2013).

Por lo que se refiere a la propia competencia notarial para instruir estos expedientes, señala el Preámbulo que la LJV: «Contempla, con un criterio de prudencia dada la procedencia de estos expedientes del ámbito judicial, ciertos límites al principio de libre elección del Notario por el requirente, al establecer criterios de competencia territoriales que tienen una conexión razonable con los elementos personales o reales del expediente. No obstante, se avanza hacia una mayor flexibilización de las reglas competenciales

respecto de las vigentes actualmente en el ámbito judicial».

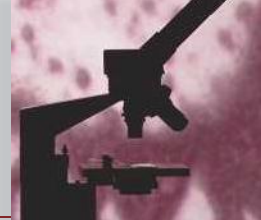
La desjudicialización de la jurisdicción voluntaria no significa que los jueces vayan a quedar privados de toda competencia en la materia, sino que pasan a compartir competencias con otros operadores jurídicos, con lo cual debe hablarse más bien de una desjudicialización parcial

La desjudicialización de la JV no significa que los jueces vayan a quedar privados de toda competencia en materia de JV, sino que pasan a compartir competencias con otros operadores jurídicos, con lo cual debe hablarse más bien de una desjudicialización parcial. La desjudicialización parcial presenta dos vertientes, una interna y otra externa: a) por un lado, dentro de los expedientes asignados a los órganos judiciales, en determinados supuestos, se produce una redistribución de las competencias que, de manos de los jueces, van a parar a los letrados de la Administración de Justicia; b) por otro lado, se asignan determinadas competencias especiales (notarios y registradores de la propiedad y mercantiles) (Informe del CGPJ al Anteproyecto de LJV, 2014, ep. 85).

4. Principio de prioridad de expediente. Acumulación de expedientes

El principio de prioridad de expediente aparece mencionado en el Preámbulo (ep. VIII), cuando señala que, en todos los supuestos en los que se establezca una competencia concurrente entre varios operadores jurídicos, «iniciada o resuelta definitivamente una actuación por uno de ellos, no será posible la iniciación o continuación de otro expediente con idéntico objeto ante otro». Con esta previsión, la norma busca evitar que puedan existir dos expedientes sobre la misma cuestión, lo que conlleva que se incurra en innecesarios costes públicos y privados, y prevenir afectaciones a la seguridad jurídica, especialmente, en el supuesto de que se pronuncien resoluciones contradictorias.

La norma regula el supuesto en el art. 6 LJV. Cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto,



proseguirá la tramitación del primero que se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los posteriormente incoados. La misma solución se prevé para los expedientes concurrentes tramitados por notarios y registradores. No se podrá iniciar o continuar un expediente de JV que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional, en cuyo caso, cuando se haya acreditado la presentación de la demanda, deberá archivar el expediente con remisión de las actuaciones realizadas al Tribunal que conozca del caso para su incorporación a los autos. También se prevé la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional cuya resolución pudiere afectarle.

En el RN existen previsiones parecidas. Por un lado, con carácter general, el Notario debe interrumpir la instrucción de las actas de notoriedad, si se le acredita haberse enablado demanda en juicio declarativo con respecto al hecho cuya notoriedad se pretende establecer. Por otro lado, en relación con la tramitación de las actas de notoriedad abintestato (art. 209 bis RN), requerido uno de los notarios competentes, queda excluida la competencia de los demás. Es de prever que el desarrollo reglamentario del Título VII prevea los necesarios mecanismos de coordinación y siga estos criterios. Por otra parte, la ley admite la *acumulación de expedientes* cuando la resolución de un expediente pueda afectar al otro, o cuando exista entre ellos tal conexión que pudiera dar lugar a resoluciones contradictorias (art. 15.1 LJV).

5. Principios de eficacia y ausencia del efecto de cosa juzgada

La ejecución de la resolución firme que pone fin al expediente de JV se rige por lo establecido en los arts. 521 y 522 LEC y faculta para instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido, pero no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto de aquel, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de JV (arts. 22 y 19 LJV).

6. Principio de competencia legislativa estatal

Por lo antedicho, la LJV se dicta al amparo de las competencias estatales siguientes:

la competencia en materia de *legislación procesal* (art. 149.1.6.^a CE); también corresponde al Estado de acuerdo con lo previsto en el art. 149.1.8.^a CE (esto es, «*sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurisdiccionales relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial*»); la competencia en materia de *legislación civil y ordenación de los registros e instrumentos públicos* (legislación notarial y registral), y la competencia en materia de *legislación mercantil* (art. 149.1.6.^a CE) (véase disp. final 20.^a LJV). La necesidad de coordinar la nueva LJV con el resto del ordenamiento jurídico ha supuesto la modificación de numerosos textos legales que se citan más adelante.

7. Legislaciones civiles autonómicas

La disp. adic. 1.^a LJV establece que: «*Las referencias realizadas en esta ley al Código Civil o a la legislación civil deberán entenderse realizadas también a las leyes civiles forales o especiales, allí donde existan*». Asimismo, se introduce una disp. adic. 1.^a a la LN por la que se dispone que: «*Las referencias realizadas en esta ley al Código Civil deberán entenderse realizadas, en su caso, también a las leyes civiles forales o especiales, allí donde existan*».

8. Derecho Internacional Privado

Los arts. 9 a 12 LJV regulan la competencia internacional, la ley aplicable a los expedientes de JV en los casos internacionales, la inscripción en registros públicos de las resoluciones definitivas extranjeras de JV y los efectos en España de los expedientes y actos de JV acordados por autoridades extranjeras.

VII. REFERENCIA A LA ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LJV

La LJV se estructura como sigue: Índice, Preámbulo, Título Preliminar, 9 títulos, 148 artículos, 6 disposiciones adicionales, 5 dis-

posiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 21 disposiciones finales.

— **Título Preliminar. Disposiciones generales** (arts. 1-8). Comprende el objeto y ámbito de aplicación de la norma, principios sobre legitimación y postulación, intervención del Ministerio Fiscal, prueba, tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos, gastos y declaración del carácter supletorio de la LEC. La ley tiene por objeto la regulación de los expedientes de JV que «*se tramitan ante los órganos jurisdiccionales*» (art. 1.1), y «*a los efectos de esta ley*» considera «*expedientes de jurisdicción voluntaria*» a «*todos aquellos que, estando legalmente previstos, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y Mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*» (art. 1.2).

— **Título I. De las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria** (caps. I y II; arts. 9 a 22). El Capítulo I se refiere a las normas de Derecho Internacional Privado y trata sobre la competencia internacional, la ley aplicable a los expedientes de JV, la inscripción en registros públicos y los efectos en España de expedientes y actos de JV acordados por autoridades extranjeras. El Capítulo II regula las normas generales de tramitación de los expedientes judiciales que son aplicables en todo lo que no se oponga a normas específicas que regulen las actuaciones de que se trate.

— **Título II. Expedientes de JV en materia de personas** (caps. 1 a 10; arts. 23 a 80). Los asuntos regulados en la LJV se reparten a lo largo de diez capítulos, que se refieren, fundamentalmente, a las materias siguientes: autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial; habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial; adopción; tutela, curatela y guarda de hecho; emancipación y beneficio de la mayoría de edad; protección del patrimonio de personas con discapacidad; derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente; autorización o aprobación judicial de actos de disposición, gravamen u otros de bienes y



derechos de menores de edad y personas con capacidad modificada judicialmente; declaración de ausencia y fallecimiento; extracción de órganos de donantes vivos.

- *Título III. Expedientes de JV en materia de familia (caps. 1 a 3; arts. 81 a 90).* Comprende la dispensa del impedimento matrimonial, la intervención judicial en relación con desacuerdos de la patria potestad o en la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y los desacuerdos conyugales en la administración de bienes gananciales.
- *Título IV. Expedientes de JV en materia sucesoria (caps. 1 a 3; arts. 91 a 95).* Regula los expedientes en materia de albaceazgo, contadores-partidores dativos, aceptación y repudiación de la herencia.
- *Título V. Expedientes de JV relativos al Derecho de Obligaciones (caps. 1 y 2; arts. 96 a 99).* Regula los asuntos referentes a la fijación del plazo para el cumplimiento de obligaciones, cuando proceda, y la consignación.
- *Título VI. Expedientes de JV relativos a derechos reales (caps. 1 y 2; arts. 100 a 107).* Se refiere a la autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufruc-

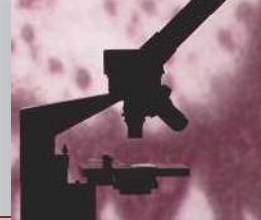
to y al expediente de deslinde de fincas no inscritas.

- *Título VII. Expedientes de JV sobre subastas voluntarias (arts. 108 a 111).*
- *Título VIII. Expedientes de JV en materia mercantil (caps. 1 a 8; arts. 112 a 138).* Comprende las materias siguientes: exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad; convocatoria de juntas generales; nombramiento y revocación de liquidador, auditor o interventor de una entidad; reducción de capital social y amortización o enajenación de las participaciones o acciones; disolución judicial de sociedades; convocatoria de la asamblea general de obligacionistas; del robo, hurto, extravío o destrucción de título valor o representación de partes de socio; del nombramiento de perito en los contratos de seguro.
- *Título IX. De la conciliación (arts. 139 a 148).*
- *Disposiciones adicionales (1.ª a 6.ª).* La disp. adic. 1.ª prevé sobre las referencias contenidas en la legislación; en particular, el apartado 3 establece que las referencias realizadas al CC o a la legislación civil deberán entenderse realizadas «también a las leyes civiles forales o especiales, allí donde existan»; la disp. adic. 2.ª prevé sobre el régimen jurídico aplicable al acogimiento de menores; la disp. adic. 3.ª se refiere a la inscripción

en los registros públicos de documentos públicos extranjeros; la disp. adic. 4.ª prevé la aprobación por el Gobierno de los aranceles correspondientes a la intervención de notarios y registradores de la propiedad y mercantiles; la disp. adic. 5.ª autoriza al Gobierno para las modificaciones y los desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la LJV, y la disp. adic. 6.ª prevé que las medidas legales introducidas en esta norma no podrán suponer incremento del gasto público.

La disp. adic. 3.ª se refiere a la inscripción de un hecho o acto en los registros públicos de documentos públicos extranjeros no dictados por un órgano judicial. Esta norma fija, a efectos registrales, los requisitos legales que deben cumplir dichos documentos: competencia de la autoridad extranjera conforme a la legislación de su Estado; que esta autoridad haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones «equivalentes», o *quid* de la cuestión, a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y el documento surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen; validez del hecho o acto documentado conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de DIPr, y no contrariedad con el orden público español. Este régimen, que es aplicable para las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras, también será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según la LJV, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales.

Esta norma permitirá calificar «la fuerza en España» de los documentos otorgados en el extranjero y, en defecto de su homologación con los documentos públicos de procedencia interna, evitará que documentos extranjeros no equiparables con las garantías legales exigidas en el ordenamiento interno español puedan acceder a los registros públicos omitiendo, soslayando o comprometiéndolo las garantías, eficacia y seguridades que amparan la inscripción de los documentos públicos en nuestros registros públicos.



- *Disposiciones transitorias (1.ª a 5.ª).* La disp. trans. 1.ª mantiene la tramitación de los expedientes en trámite al tiempo de entrada en vigor de la norma según la legislación anterior; la disp. trans. 2.ª mantiene idéntico criterio respecto de las herencias abintestato y de la legislación que sea aplicable a favor de la Administración Pública; la disp. trans. 3.ª prevé sobre la regulación transitoria de los expedientes de subastas voluntarias; la disp. trans. 4.ª se refiere a los expedientes de adopción y matrimoniales, en que prevé la celebración del matrimonio, entre otros funcionarios, ante Notario, y la disp. trans. 5.ª, a los matrimonios celebrados por determinadas confesiones religiosas.
- *Disposición derogatoria única. Derogación de normas.* Comprende cuatro apartados. Deroga los preceptos vigentes correspondientes a la LEC de 1881, el art. 316 CC, los arts. 84 a 87 LCCH y cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente ley.
- *Disposiciones finales.* Comprende un total de veintiuna disposiciones finales. Las disp. finales 1.ª a 18.ª suponen, aproximadamente, la modificación de doscientos artículos o normas que afectan a un total de dieciocho leyes y acuerdos. En su práctica totalidad, estas disposiciones modifican y concuerdan las normas legales afectadas por la reforma de la JV. Casi la mitad de las normas modificadas se refiere a modificaciones en el articulado del CC.

Los textos legales modificados son los siguientes: Código Civil (96 artículos modificados, aunque, con todo y tratarse de un cambio significativo, una gran parte de los cambios no van más allá de prever la intervención de Notario donde antes se preveía la intervención del Juez o del Letrado de la Administración de Justicia); Código de Comercio (1 artículo); Ley de Enjuiciamiento Civil (17 artículos y 1 disposición final); Ley del Registro Civil (8 artículos y 4 disposiciones finales); Acuerdos de Cooperación del Estado con las Federaciones de Entidades Religiosas Evangélicas de España; la de Comunidades Israelitas de España; Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España; Ley de Patrimonio de las Administraciones

Públicas (4 artículos, 2 disposiciones adicionales y una disposición final); Ley del Contrato de Seguro (1 artículo); Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (1 artículo); Ley del Notariado (nuevo Título VII, con 35 nuevos artículos y 1 disposición adicional); Ley Hipotecaria (1 artículo y nuevo título IV bis, art. 103 bis); Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión (4 artículos); Ley de Sociedades de Capital (13 artículos); Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre emisión de obligaciones (1 artículo); Ley 33/2006, sobre sucesión de títulos nobiliarios (1 disposición transitoria); Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (3 artículos), y Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (1 artículo). Por otra parte, es de prever que las comunidades autónomas competentes en materia legislativa civil también aprueben las concordancias y adaptaciones adecuadas a la nueva situación legal.

La disp. final 19.ª prevé la gratuidad de determinados expedientes notariales y registrales. Se podrá obtener el beneficio de Justicia gratuita para evitar situaciones de imposibilidad de ejercicio de un derecho, que hasta ahora era gratuito, por falta de medios

La disp. final 19.ª prevé la gratuidad de determinados expedientes notariales y registrales. La gratuidad se justifica en el Preámbulo de la LJV (ep. VIII) «*en la medida que la presente ley [...] desjudicializa y encomienda [...] determinados expedientes en exclusividad*», por lo que prevé que los ciudadanos que tengan que acudir a los mismos «*puedan obtener el beneficio de Justicia gratuita para evitar situaciones de imposibilidad de ejercicio de un derecho, que hasta ahora era gratuito, por falta de medios*». Admitiendo la aplicación a estos expedientes extrajudiciales del principio de gratuidad en los mismos términos que se prevén en la esfera jurisdiccional, sería ilusorio

desconocer que, de una forma u otra, cuando estos servicios son prestados gratuitamente por las administraciones públicas, su coste es real y se satisface, de modo más o menos directo, a cargo de la colectividad, por medio de impuestos, tasas y contribuciones especiales. En este sentido, la desjudicialización implica un ahorro de recursos públicos y permite que estos recursos puedan dedicarse a otros menesteres y fines públicos. A su vez, salvo los supuestos de Justicia gratuita, la desjudicialización implica que el coste de estos servicios, que está sometido a control oficial, corra a cargo de los beneficiarios directos del servicio. Por otra parte, la gratuidad de determinadas actuaciones notariales está asimismo prevista en otros supuestos (art. 130 RN, legislación electoral y Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

La disp. final 20.ª se refiere al título competencial que, en función de las diversas materias reguladas por la norma, corresponde al Estado, con base en los conceptos siguientes: legislación procesal (art. 149.1.6.ª CE); legislación civil, sin perjuicio de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan (art. 149.1.8.ª CE); ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8.ª CE), y legislación mercantil (art. 149.1.6.ª CE).

Entrada en vigor de la LJV. Por último, la disp. final 21.ª regula la entrada en vigor de las disposiciones de la LJV. Con carácter general, la LJV entró en vigor a los veinte días de su publicación oficial en el BOE (o sea, el 23 de julio de 2015), excepto en las materias siguientes, que se vinculan a un plazo mayor o a otros requisitos: expedientes de adopción; subastas voluntarias ante letrados de la Administración de Justicia o notarios (15 de octubre de 2015); determinadas modificaciones del CC y la LRC (30 de junio de 2017), y los arts. 51 y 52 LN (acta sobre cumplimiento de los requisitos de capacidad matrimonial de ambos contrayentes, el 30 de junio de 2017, salvo lo previsto en la disp. trans. 4.ª).

VIII. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y NOTARIADO

Sin perjuicio de las competencias propias a los jueces en garantía directa de derechos fundamentales o en asuntos re-



lacionados con menores y otras personas especialmente protegidas, en relación con el Notariado, la LJV repara una disfunción histórica que reiteradamente había sido puesta de relieve por la doctrina y, en cierto modo, a mi entender, indirectamente, viene a validar, esta vez en una norma de rango legal, la afirmación contenida en el art. 3 RN (introducida en la reforma reglamentaria de 1944, aunque el uso de dicha expresión no era, en absoluto, extraño en la doctrina notarial), que prevé que el Notariado tiene carácter de «*órgano de jurisdicción voluntaria*», lo que ahora conlleva (de acuerdo con el texto de la LJV y sin perjuicio de las precisiones terminológicas supra) la intervención de los notarios en determinados «*expedientes y actas especiales*» de JV tradicionalmente incardinados en dicho ámbito.

En el plano legal, entre los actos anteriores a la LJV antes asignados a la competencia notarial, cabe destacar, singularmente, las declaraciones de herederos abintestato a favor de descendientes, ascendientes o cónyuge del art. 979 LEC 1881 (redactado según la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal), mientras que, en algún otro supuesto, amén de las denominadas *actas de notoriedad* (arts. 17 LN y 209 RN), la intervención notarial estaba regulada, aunque con cierto rigorismo formal, como una fase de instrucción previa a la resolución judicial, lo que sucede, por ejemplo, en las actas de notoriedad del art. 203 LH (hoy reformado por el art. 1.9 de la Ley 13/2015, de 24 junio).

La intervención en asuntos instrumentados, a tenor de la legalidad vigente, en «*expedientes y actas especiales*» cuenta con remotos antecedentes históricos. En el Derecho antiguo, las actuaciones de los tabeliones romanos reflejaban documentos dogmáticamente afines a actuaciones de la *iurisdictio voluntaria*. Ante la inexistencia por entonces y mucho después del Notariado, el Poder Judicial también sancionaba determinadas relaciones contractuales entre particulares acogiendo, a falta de medio y órgano específico, al principio romano de que el *confessus in iure* se equiparase al *iudicatus*, y, por ello, al lado de procesos normales surgieron procesos aparentes o simulados, no fraudulentos, para lograr judicialmente la efectiva existencia de una voluntad de ley.

La evolución posterior del Derecho permitió la simplificación de estas normas pro-

cesales y la admisión de pactos ejecutivos y convenios de sumisión, lo que facilitaba su posterior tramitación judicial, y, finalmente, condujo a la estipulación de un contrato con forma ejecutiva, primeramente, ante el Juez, y, con el tiempo, ante notarios, que, por ello, fueron llamados *iudices chartularii*, a los que se atribuyó una jurisdicción especial como jueces ordinarios y específicos de una parte de la jurisdicción, la encaminada a sancionar entre partes acordes los pactos mutuamente convenidos y autorizar *instrumenta quarentigia vel confessionata* (aforismo: «*iudices chartularii sunt illi, que sunt ordinarii et habent iurisdictionem inter volentes tantum; quasi omnes tabelliones sunt iudices ordinarii et faciunt instrumenta*»; NAVARRO AZPEITIA, 1945, págs. 87-89; NÚÑEZ LAGOS, 1945, págs. 385 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2001, pág. 93; 2001b, pág. 198; 2007, págs. 54 y ss., y 2013).

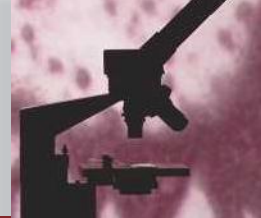
La explicación de la disfunción posterior se ha fundamentado en que, al promulgarse la Ley del Notariado de 1862, su art. 1 dispuso que el Notario «*es el funcionario público autorizado para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales*», separando en lo futuro las funciones notariales de las judiciales, y, en congruencia con las declaraciones de la Constitución de 1876 (que en este punto seguía lo prevenido en la de 1845), la jurisdicción voluntaria debería haber quedado excluida de la actividad jurisdiccional, aunque la larga duración del régimen transitorio que respetó a los escribanos-notarios el ejercicio de sus funciones judiciales y extrajudiciales impidió que la LEC de 1881 pusiera remedio a dicha disfunción.

Lo que antecede a pesar de que, en el Derecho moderno, *de lege ferenda*, una gran parte de la doctrina de procedencia no notarial (por ejemplo, GUASP, 1977, vol. II, pág. 949; BELLOCH JULVE, 1992, pág. 22; AUGER LIÑÁN, 1993; MONTÓN REDONDO, 1993, pág. 103; GONZÁLEZ MONTES, 1995, págs. 14-15; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2001; 2001a, pág. 1334, y 2007) propusiera la atribución de determinadas funciones de administración de Derecho Privado al Notariado, lo que, asimismo, respecto de los notariados de tipo latino, se halla reconocido en el ámbito del Derecho Comparado europeo y extraeuropeo (Francia, Italia, Portugal, Hungría, Alemania, Puerto Rico, Ecuador, Quebec, Canadá...; cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2001, págs. 163-176; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, 2004, págs. 380 y ss.; FUGARDO ESTIVILL, 2008, págs. 11-16).

Por otra parte, algunas de las funciones asignadas en la nueva ley (singularmente, quizás por ser la más novedosa, la celebración de matrimonios y mutuos acuerdos sobre la separación o divorcio de los cónyuges) también se habían desarrollado por el Notariado. Su *devolution* en el momento presente solo ha sido posible a partir de la existencia de un marco constitucional aconfesional respetuoso con las libertades y el libre desarrollo de la personalidad; por el influjo del cambio sociológico y la acusada contractualización y libertad matrimonial; la incidencia de las modernas tendencias favorables a la desjudicialización; la específica configuración institucional del Notariado como fedatario extrajudicial y garante de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y, como no podía ser de otro modo, por la existencia de una voluntad legislativa receptiva y favorable a dicha posibilidad (GOMÁ LANZÓN, 2012).

Históricamente, cabe poner de relieve que, durante la Edad Media (Decreto del Papa Alejandro III, de 1170, en *Las Partidas* —Ley LXXXV, Título XVIII, Partida III—, y hasta el Concilio de Trento), y, entre otros referentes más modernos, desde el siglo XIX hasta la actualidad, las legislaciones matrimoniales de América del Sur, Centroamérica, América del Norte y la mayor parte de los países del norte de África han regulado el matrimonio ante Notario, lo que ha formado parte de la tradición jurídica civil, y también existen antecedentes históricos en materia de divorcio (ZEJALBO MARTÍN, 2012). Asimismo, aunque su celebración no cause estado civil, en el moderno Derecho positivo hispánico, la constitución, regulación y extinción de uniones estables de pareja ante Notario se reguló, por primera vez, en la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de la Generalitat de Cataluña, y legislación posterior, y actualmente también lo está en los derechos civiles de las comunidades autónomas de Aragón, Navarra, Baleares, País Vasco, Galicia y Valencia (en este último supuesto, la Ley de las Cortes Valencianas 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, se halla pendiente de la resolución de un recurso de inconstitucionalidad; según el ATC 280/2013, de 3 de diciembre, la suspensión de dicha ley ha sido levantada parcialmente).

Sin perjuicio de los indicados precedentes y del Derecho Comparado, de acuerdo con el contenido estatutario de la función,



cabe señalar que el Notario reúne las características legales idóneas para asumir determinados asuntos de administración de Derecho Privado susceptibles de ser desjudicializados.

De acuerdo con el contenido estatutario de la función, cabe señalar que el Notario reúne las características legales idóneas para asumir determinados asuntos de administración de Derecho Privado susceptibles de ser desjudicializados

A estos efectos, en relación con su estatuto profesional, cabe referirse a los siguientes argumentos: su específica y exigente forma de selección, preparación y experiencia técnica; su carácter de titulares de la fe pública extrajudicial (art. 1 LN); el hecho de que el ordenamiento jurídico les imponga la obligación de actuar con imparcialidad e independencia, sin sometimiento a ordenación jerárquica (arts. 103.3 CE, 43.2 de la Ley 14/2000 y 147 RN), sin perjuicio, en su caso, de que su actuación esté sometida al control judicial o a la calificación registral; porque su actuación no constituye un servicio público en su concepción puramente administrativa, sino que se incardina en el ámbito de la administración pública de Derecho Privado; porque, en aquellos actos y negocios cuya actuación les sea requerida, su función está encaminada directamente al asesoramiento y a la redacción y autorización de documentos públicos y, con arreglo a su legislación orgánica (LN, RN y leyes especiales), deben proceder al control de legalidad, a la tutela, amparo y desarrollo de las libertades individuales en las relaciones personales, patrimoniales y familiares como elemento de paz social, justicia, seguridad jurídica y eficacia; porque, debido a dicho carácter fedatario y las garantías que rigen la autorización de los documentos públicos que autorizan, estos documentos gozan de presunciones legales y de efectos jurídicos específicos y son reconocidos como documentos públicos y ejecutivos en el ámbito comunitario e internacional (arts. 17, 17 bis y 24 LN; 1216 CC; 317 y 517 LEC, y *a. e.*, Reglamento (CE) n.º 805/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, y Reglamento Sucesorio Europeo n.º 650/2012).

En suma, en la naturaleza de la función notarial, no aparece impedimento sustancial alguno que haga inviable la asunción de tareas en dicho ámbito (CAMPO GÜERRI, 2006). Concurren en la función notarial las siguientes notas delimitadoras (CASTÁN, 1946, págs. 43-44): la función autenticadora y legitimadora en aras de la seguridad jurídica de los actos, negocios y hechos jurídicos; dichas funciones se refieren o aplican a los actos que se realizan en el ámbito de las relaciones de Derecho Privado; por último, la actuación notarial se ejerce en la fase de normalidad del Derecho; en consecuencia, quedan fuera de su ámbito las relaciones que se manifiestan en fase contenciosa. El compendio de principios notariales referentes a la función notarial y al instrumento público comprende, en síntesis, los siguientes principios (RODRÍGUEZ ADRADOS, 2013):

1. *Principios referentes a la función notarial.* Principios de rogación, de veracidad, de inmediatez («*De visis et auditis suis sensibus*»), de legalidad, de profesionalidad, de inescindibilidad, de libre elección, de imparcialidad y de dación de fe pública.
2. *Principios referentes al instrumento público y a su eficacia.* Principios de autoría, de consentimiento, de forma escrita, de unidad de acto formal, de matricidad y protocolo, de eficacia sustantiva y mixta y de eficacia formal.

La acreditación fehaciente de hechos y situaciones, la obligación del Notario de actuar «conforme a la ley» (art. 1 LN), el ejercicio del juicio o control de legalidad (art. 24 LN; STC 207/1999, de 11 de noviembre) y el contenido funcional y los efectos jurídicos inherentes a la autorización del instrumento público conllevan que, en razón de su potestad calificadora, «*el Notario puede añadir finalmente el juicio de que a los hechos, acreditados en la forma dicha, corresponde una situación jurídica de existencia de derechos que puede producir, en el plano extrajudicial, los mismos efectos que la declaración judicial de derechos en trámite de jurisdicción voluntaria que no causan estado*» (FONT BOIX, 1986, pág. 152).

Asimismo, el Notario debe colaborar ampliamente con las administraciones públicas, estatales, autonómicas y locales, en todos aquellos asuntos en que así proceda, en especial, en los que tengan relación con los registros (de la propiedad, mercantiles, civiles, etc.); con el Catastro; con las admi-

nistraciones tributarias, y respecto de la normativa de prevención de blanqueo de capitales, todo lo cual contribuye positivamente al cumplimiento y a la eficacia de la legalidad instituida.

Debido a las cautelas, garantías y requisitos legales que regulan el ejercicio de la fe pública judicial (secretarios judiciales, hoy letrados de la Administración de Justicia) y extrajudicial (notarios y registradores de la propiedad y mercantiles), entre otros argumentos, el legislador pone de relieve que la atribución de la resolución a dichos órganos y fedatarios públicos, esto es, «*la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa*», no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados» (Preámbulo, ep. V; é. a.). A este respecto, señala el art. 103.3 CE que: «*La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, [...] el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*» (é. a.).

IX. INTERVENCIÓN NOTARIAL EN EXPEDIENTES Y ACTAS ESPECIALES DE JV

Como se ha expuesto, la disp. final 11.^a LJV ha introducido en la LN un nuevo Título VII («Intervención de los notarios en expedientes y actas especiales»), compuesto de 7 capítulos con 35 artículos (arts. 49 a 83) y 1 disposición adicional. Los capítulos 2 a 7 del nuevo Título VII LN reforman, introducen y regulan diecisiete actuaciones notariales, referentes a las siguientes materias: actas y escrituras públicas en materia matrimonial, sucesiones, obligaciones, subasta notarial, expedientes en materia mercantil y expedientes de conciliación con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial (SERRANO DE NICOLÁS, 2015, págs. 64-70).

También se prevén actuaciones notariales especiales en otros textos legales de reciente promulgación: la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima, y la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria, aprobada por el Decreto de 8 de febrero de 1946, y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que prevé determinadas actua-



ciones en materia de derechos reales (por ejemplo, en materia de expedientes de deslinde y de dominio).

Sin perjuicio de su estudio pormenorizado por parte de la doctrina, en síntesis, el nuevo Título VII LN prevé sobre las materias siguientes:

— *Capítulo I. Reglas generales (arts. 49 y 50).* El art. 49 LN distingue y especifica el contenido propio de las escrituras públicas y las actas. Cabe observar que esta diferenciación ya estaba apuntada en el art. 17 LN (redacción según la Ley 36/2006, de 29 de noviembre) y en la normativa reglamentaria; con todo, la nueva redacción, por medio de una norma de rango legal, perfila mejor y clarifica el contenido de unas y otras. En suma: «*Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique la prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública*» (art. 49.1.º); «*Cuando el expediente tenga por objeto la constancia o verificación de un hecho, la percepción del mismo, así como sus juicios o calificaciones, el Notario procederá a extender y autorizar un acta*» (art. 49.2.º). Lo que antecede no es óbice para que, en ocasiones, indirectamente, las actas puedan recoger declaraciones de voluntad de los interesados (RODRÍGUEZ ADRADOS, 1987, págs. 255 y ss.; STS, Sala 1.ª, de 14 de junio de 2006).

Entre otras cuestiones, el art. 50 LN regula la llevanza y la actualización, por los colegios notariales, de las listas de personas y profesionales facilitadas por los colegios

profesionales, academias, instituciones culturales y científicas, o incluso de personas sin título oficial, prácticas o entendidas, que sean expertas en las materias correspondientes objeto de pericia y, en su caso, su designación por orden correlativo a partir del correspondiente sorteo realizado en presencia del Decano del Colegio Notarial. El Colegio debe facilitar las designaciones que procedan conforme le sean solicitadas por los notarios que pertenezcan al mismo.

— *Capítulo II. Actas y escrituras públicas en materia matrimonial (arts. 51 a 54 bis).* Las tres secciones que componen este capítulo regulan, respectivamente: el acta matrimonial y la escritura pública de celebración del matrimonio (arts. 51 y 52, véanse disp. trans. 4.ª y final 21.ª.5 LJV; Circular 1/2015 del CGN, de 18 de julio de 2015); el acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal (art. 53), y la escritura pública de separación matrimonial o divorcio (art. 54).

La competencia notarial en este último supuesto se reserva para los cónyuges que no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores. Sin perjuicio de los correspondientes requisitos legales civiles y de la formulación de un convenio regulador, los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio.

Entre las previsiones legales recogidas en el articulado del CC, la nueva regulación de la celebración del matrimonio prevé que el acta o expediente de cumplimiento de

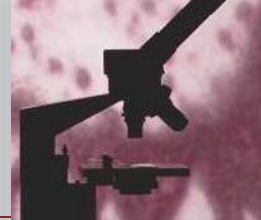
los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa corresponderá al Letrado de la Administración de Justicia (Secretario Judicial), al Notario encargado del Registro Civil (en adelante, RC) o al funcionario diplomático o consular encargado del RC, si residen en el extranjero, y serán competentes para celebrar el matrimonio el Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio (o el concejal en quien este delegue), el Letrado de la Administración de Justicia o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración y el funcionario diplomático o consular encargado del RC en el extranjero (art. 51 CC).

La norma regula la posibilidad de acordar la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges tres meses después de la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario

Por otra parte, con las excepciones indicadas, la norma regula la posibilidad de acordar la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges tres meses después de la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario (arts. 82 y 87 CC).

Mediante el cumplimiento de los requisitos especiales previstos para estos casos y la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del RC, también se reconocen efectos civiles a los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico o en cualesquiera otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas o por aquellas confesiones o comunidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España (art. 60 CC).

— *Capítulo III. Expedientes en materia de sucesiones (arts. 55 a 68).* Comprende seis



secciones, que tratan, respectivamente, de las materias siguientes:

Sección 1.ª— Se refiere a la declaración de herederos abintestato (arts. 55 y 56). El precedente de estos expedientes se halla en las declaraciones de herederos abintestato a favor de descendientes, ascendientes o cónyuge reguladas en el art. 979 LEC 1881 (redactado según la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, hoy derogado). La regulación actual ha ampliado estas declaraciones respecto de las personas unidas por análoga relación de afectividad que la conyugal (uniones estables de pareja) y de los parientes colaterales, todo ello en función de los llamamientos sucesorios previstos en las leyes civiles aplicables a la sucesión intestada. También se ha ampliado la competencia territorial notarial para autorizar estos y otros expedientes. Por su carácter unificador, la nueva regulación de las declaraciones de herederos abintestato es positiva, pero también se ha puesto de relieve su carácter farragoso y su falta de claridad (GARCÍA MAS, 2014).

Sección 2.ª— Regula la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos cerrados (arts. 57 a 60).

Sección 3.ª— De la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos (arts. 61 a 63).

Sección 4.ª— De la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral (arts. 64 y 65).

Sección 5.ª— Del albaceazgo y de los contadores-partidores dativos (art. 66).

Sección 6.ª— De la formación de inventario (arts. 67 y 68).

— **Capítulo IV. De los expedientes en materia de obligaciones (arts. 69 a 71).** Comprende las siguientes secciones:

Sección 1.ª— Del ofrecimiento de pago y consignación (art. 69).

Sección 2.ª— Reclamación de deudas dinerarias no contradichas (arts. 70 y 71).

El acta de reclamación de deudas dinerarias no contradichas regula un procedimiento especial alternativo a los previstos en sede judicial que tiene por objeto la pro-

tección jurídica y la realización extrajudicial de ciertos derechos de crédito. La novedad de este tipo de actas es que, a diferencia de las tradicionales actas de requerimiento de pago, según cuál sea la respuesta del requerido, el acta puede convertirse en un título que lleve aparejada ejecución conforme al art. 517.2.9.º LEC. En precisos términos previstos en la norma, se prevé que esta clase de actas esté reservada para determinada clase de deudas procedentes de relaciones jurídicas convenidas entre empresarios o profesionales, y también respecto de determinadas deudas civiles, con expresa exclusión, entre otros supuestos, de aquellas deudas que se funden en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor.

En su momento, el Informe del CGPJ sobre la LJV (2014, pág. 246) y un sector de la doctrina (a. e., SEOANE CACHARRÓN, 2014; CASADO RODRÍGUEZ, 2014) se pronunciaron críticamente sobre este expediente, a causa de su similitud con el procedimiento monitorio judicial, al entender que esta clase de acta «coloquialmente podría denominarse monitorio notarial, por cuanto viene a erigirse en cauce alternativo al procedimiento monitorio de la LEC» (Informe, 2014, pág. 301). No obstante, junto a ciertas similitudes entre ambos supuestos, también existen diferencias notables tanto en su ámbito (en el presente caso, centrado, fundamentalmente, en el sector mercantil-empresarial) como por su naturaleza (título judicial vs título extrajudicial) y efectos, en especial, en lo que se refiere a su ejecución (véanse arts. 816 LEC y 71 LN).

Así lo pone de relieve el legislador: el acta notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas «no es un procedimiento monitorio o de pequeña cuantía, sino que se sigue la técnica del Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, quedando excluidas las reclamaciones en las que intervenga un consumidor o usuario de servicios o las derivadas de la Ley de Propiedad Horizontal, por las especialidades que concurren en ellas, así como las materias indisponibles por razón de su materia. Se considera que esta nueva vía para la reclamación de cantidades líquidas ya vencidas y no pagadas puede contribuir de forma notable a una importante disminución del volumen de asuntos que ingresa anualmente en los juzgados, al constituirse como

una alternativa a la reclamación de deudas en vía judicial» (Preámbulo, ep. XI). En todo caso, cabe recordar que la creación notarial de títulos ejecutivos se halla presente en los mismos orígenes históricos del Notariado y está claramente reconocida por el ordenamiento (a. e., arts. 517.4.º y 517.5.º LEC).

El acta de reclamación de deudas dinerarias no contradichas es un acta que cabe calificar de «última oportunidad» en la esfera extrajudicial, en el sentido de que, una vez haya sido requerido el deudor, y en defecto de pago, ya sea con oposición de este o sin ella, entre otros efectos jurídicos, como la interrupción de la prescripción, quedará abierta la vía judicial por el procedimiento (ordinario declarativo, especial o ejecutivo, o monitorio) que corresponda, todo ello, en función de la conducta del requerido, la naturaleza e importe de la deuda y su representación formal. Por otra parte, la conversión en título ejecutivo de estas actas no se produce de forma unilateral, sino que la ley interpreta el silencio del deudor requerido como una conducta o forma de manifestación de voluntad idónea para la creación del título ejecutivo.

La regulación de esta clase de actas es minuciosa y el efecto de ejecutividad cabe fundamentarlo a partir del cumplimiento de tres requisitos básicos:

- a) La existencia de una deuda dineraria, debidamente documentada, de naturaleza civil o mercantil, amparada en una relación jurídica comercial entre empresarios, o civil, no de consumo, entre particulares, con exclusión de los supuestos antes indicados, cualquiera que sea su cuantía y origen, que sea líquida, determinada, vencida y exigible («apariencia de buen derecho»).
- b) Falta de oposición o de alegación de requisitos de oposición en el plazo legal establecido de veinte días hábiles siguientes a la fecha del requerimiento notarial; por expresa previsión legal, la falta de oposición conlleva la consiguiente atribución de efectos jurídicos al comportamiento omisivo o silencio, que, en tal caso, vale como expresión o declaración de voluntad (conducta declaratoria), o bien, en su caso, a causa de la conformidad explícita manifestada por la persona física o jurídica requerida.



- c) El efecto de ejecutividad se fundamenta a partir de las siguientes consideraciones: el cumplimiento estricto de dichos requisitos, la autorización notarial y la forma pública. A pesar de sus diferencias conceptuales y de ámbito, la similitud o el paralelismo de esta regulación con el procedimiento monitorio obliga a tener presente la copiosa jurisprudencia menor producida en esa clase de procedimientos (GARCÍA MAS, 2014).

En el caso de ejecución al amparo del acta ejecutiva, cabe deducir que no cabrá alegar indefensión del deudor requerido, pues mal puede invocar tal defecto quien se abstiene de utilizar los remedios legales pertinentes que tuvo a su disposición en el momento hábil oportuno. Lo que antecede, sin perjuicio de las excepciones que puedan oponerse según el procedimiento elegido por la parte acreedora. Cuando se acuda a la vía ejecutiva, la naturaleza de título ejecutivo extrajudicial de estas actas implicará un tratamiento equivalente respecto de la ejecución y motivos de oposición de los títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial.

— *Capítulo V. Del expediente de subasta notarial (arts. 72 a 77).* Con esta regulación (con entrada en vigor el 15 de octubre de 2015), se colma una laguna legal en materia de subastas notariales, que hasta la fecha, en defecto de una disposición legal expresa, carecían de una norma supletoria de rango legal que regulase esta cuestión, máxime cuando el Tribunal Supremo (STS, CA, de 20 de mayo de 2008) declaró nulo el art. 220 RN (en su redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero), referente a esta materia. Esta necesidad había sido reconocida por el mismo Tribunal Supremo (STS, Civil, de 9 de marzo de 2012). La subasta será electrónica.

— *Capítulo VI. De los expedientes en materia mercantil (arts. 78 a 80).* Comprende las secciones siguientes:

Sección 1.ª— Del robo, hurto, extravío o destrucción de título-valor (art. 78).

Sección 2.ª— De los depósitos en materia mercantil y de la venta de bienes depositados (art. 79). En los casos en que la legislación mercantil permita la venta de los bienes o efectos depositados por Notario, deberá procederse según lo dispuesto para las actas notariales de subasta.

Sección 3.ª— Del nombramiento de peritos en los contratos de seguros (art. 80). Esta norma regula el nombramiento de peritos con intervención de Notario cuando no exista acuerdo entre los peritos nombrados por el asegurador y el asegurado para determinar los daños producidos y aquellos no estén de acuerdo con la designación de un tercero.

— *Capítulo VII. De los expedientes de conciliación (arts. 81 a 83).* La nueva conciliación notarial. Los arts. 81 a 83 LN regulan la intervención notarial para alcanzar la conciliación de los intereses y las controversias de los otorgantes con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial en aquellos asuntos que se refieran a cualquier controversia contractual, mercantil, sucesoria o familiar, siempre que no recaiga sobre materias no disponibles o no se trate de materias no susceptibles de transacción ni compromiso. No pueden conciliarse siguiendo este trámite las cuestiones extraconcursales o paraconcursales (véase art. 81 LN).

En el supuesto de que se alcance una avenencia, la escritura pública que formalice la conciliación gozará, en general, de la eficacia de un instrumento público y, en especial, estará dotada de eficacia ejecutiva

En el supuesto de que se alcance una avenencia, la escritura pública que formalice la conciliación gozará, en general, de la eficacia de un instrumento público y, en especial, estará dotada de eficacia ejecutiva en los términos del art. 517.9.2.º LEC. Esa eficacia ejecutiva comporta una ampliación de la secular eficacia ejecutiva de las escrituras públicas, referida solo a las obligaciones dinerarias, y un impulso adicional a este tipo de soluciones.

En general, en términos de *análisis económico del Derecho*, en reflexiones extrapolables a otros múltiples supuestos en que se prevé la intervención notarial, nos hallamos ante medidas de política legislativa que pueden contribuir a la reducción de la carga de trabajo de los tribunales por medio de soluciones extrajudiciales mutuamente convenientes para las partes, que reducen los costes de transacción asociados al cumplimiento y la exigibilidad de las relaciones

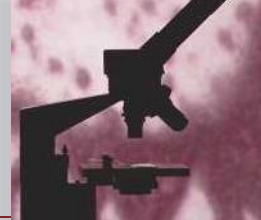
jurídicas, con el consiguiente ahorro, en términos de tiempo necesario para resolver la controversia, reducción de los costes de litigación y eliminación de la incertidumbre en el resultado. El nuevo expediente de conciliación notarial promueve la autocomposición extrajudicial de intereses frente a la alternativa judicial y se incardina claramente en el ámbito de las técnicas ADR, con lo que recuerda el lema de Joaquín Costa (1917): «A Notaría abierta, Juzgado cerrado».

Por otra parte, en el caso de que las partes pretendan dirimir la controversia acudiendo a la vía jurisdiccional, la doctrina pone de relieve que, en este supuesto, no es suficiente con que los juzgadores desempeñen su función con independencia e imparcialidad, sino que deben disponer de los medios e instrumentos necesarios para que sus decisiones sean prontas y expeditas, y puedan adoptarse sin retardo, en un plazo razonable (aforismo: «*Justicia retardada, justicia denegada*», «*Justice delayed is justice denied*»). Sin perjuicio de la importancia del derecho de acceso a la Justicia, el Informe EU Justice Scoreboard (2015, pág. 8) señala que, con independencia de otros factores, la duración de los procedimientos judiciales en días es un indicador de eficiencia de un sistema judicial que incide en las decisiones de los operadores económicos. Según dicho Informe, en España, el tiempo medio de los procedimientos judiciales en primera instancia se sitúa en la zona alta de los países de la UE y supera los cuatrocientos días. De aquí la importancia de las reformas legales en aras del incremento de la eficacia en la dispensación de la Justicia y las utilidades, individuales y colectivas, que pueden deducirse del amplio desarrollo de la JV.

X. BIBLIOGRAFÍA

ALBURQUERQUE, J. M. (2006), «Notas sobre la continuidad histórica de la expresión romana *iurisdictio voluntaria*, Marciano, D.1.16.2 pr.-i, hasta la actualidad. Breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en el tema de la transacción y el derecho de alimentos», en *AFDUDC*, n.º 10, págs. 1289-1293.

ALONSO FURELOS, J. M. (2013), «La competencia de los cónsules en los actos de jurisdicción voluntaria mercantiles. Historia, tradición, actualidad y conveniente reforma», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 12/2013, págs. 77-128.



— (2015), «La jurisdicción voluntaria antes su reforma: opciones», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 16/2015, págs. 19-63.

AUGER LIÑÁN, C. (1993), «Reforma de la jurisdicción voluntaria», en *AAMN*, t. XXXIII, Ed. Edersa, Madrid, págs. 7-27.

BANACLOCHE PALAO, J. (2013), «La nueva jurisdicción voluntaria», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 48.

BELLOCH JULVE, J. A. (1992), «Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria», en *RJN*, n.º 2, págs. 9-41.

CAMPO GÜERRI, M. Á. (2006), «Notaria- do y jurisdicción voluntaria», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 6.

CASADO RODRÍGUEZ, E. P. (2014), «So- bre el novedoso “juicio monitorio nota- rial”», en *Diario La Ley*, n.º 8259, 26 febrero, págs. 1-8.

CASTÁN, J. (1946), *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Ed. Reus, Madrid.

CROSS, C. (2013), «The treatment of non-investment interests in investor-state disputes: challenges for the TAFTA/TTIP negotiations», en D. Cardoso, P. Mthem- bu, M. Venhaus, M. Verde Garrido (ed.), *The Transatlantic Colossus: Global contributions to broaden debate on the EU-US Free Trade Agreement*, Ed. Berlin Forum on Global Po- litics, Berlín, págs. 76-79.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2001), *La ju- risdicción voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid.

— (2001a), «Jurisdicción voluntaria: na- turaleza jurídica y diferencias de procedi- miento con la jurisdicción contenciosa», en *AC*, págs. 1277-1341.

— (2001b), «Los principios informado- res de la jurisdicción voluntaria: una pro- puesta de futuro», en *AFDUAM*, n.º 5/2001, págs. 89-148. <[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(089-148\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(089-148).pdf)>

— (2001c), «Fides publica e instrumen- ta publice confecta», en *Derecho Romano: Revista de Estudios Latinos*, n.º 1/2001, págs. 189-200.

— (2005), «La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, solu- ciones», en *Anuario da Facultade de Dereito*, págs. 259-281.

— (2007), «El Notario como órgano de la jurisdicción voluntaria en el Proyecto de Ley de 20 de octubre de 2006», en *El Notario siglo XXI*, n.º 11.

— (2007a), «La jurisdicción voluntaria en el marco del Estado Constitucional de Derecho», en *El Notario siglo XXI*, n.º 14.

— (2007b), «Notariado y jurisdicción vo- luntaria», págs. 91-107.

— (2011), «Memoria histórica de la ju- risdicción voluntaria», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 8/2011 págs. 127-150.

— (2013), «Operadores jurídicos com- petentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», en *Revista Jurí- dica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 28, págs. 53-65.

— (2015), «Régimen jurídico de la opo- sición en el marco de la jurisdicción volunta- ria», en *Diario La Ley*, n.º 8496, 9 marzo.

FONT BOIX, V. (1965), *El Notario y la ju- risdicción voluntaria*, ponencia presentada en el Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en la Ciudad de México del 1 al 9 de octubre de 1965, reproducida en la *Revista Digital de Derecho* del Colegio Notarial de Jalisco, México.

— (1986), «La jurisdicción voluntaria y sus relaciones con la función notarial», en *La seguridad jurídica y el Notariado*, Ed. Edersa, Madrid.

FUGARDO ESTIVILL, J. M. (2008), «En tor- no a la necesaria reforma de la jurisdicción voluntaria», en *La Notaria*, n.º 55-56, págs. 11-16.

GARCÍA BERCERO, I. (2015), *TTIP Round 8: Final day press conference*, Ed. Comisión Europea, Bruselas.

GARCÍA MAS, F. J. (2014), «Breves notas al Proyecto de Ley de Jurisdicción Volun- taria en relación con la función notarial», en *Revista Cesco: Derecho de Consumo*, n.º 11/2014, págs. 298-308.

GARCÍA VILA, J. A. (2012), «De nuevo en torno a la futura Ley de Jurisdicción Volun- taria», en *La Notaria*, n.º 4/2011, págs. 26-29.

GOMÁ LANZÓN, I. (2012), «Notarios, matrimonio y jurisdicción voluntaria», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 42.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. (2004), «Ju- risdicción voluntaria y fe pública», en J. C. Martín Romero (dir.), *La reforma de la Justicia preventiva*, Ed. CGN y Civitas, Madrid, págs. 363-388.

— (2009), «Visión notarial de la juris- dicción voluntaria», en *RJN*, n.º 70, págs. 115-134.

GONZÁLEZ GRANDA, P. (2014), «Los postulados de oportunidad política y de utilidad práctica en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Pero... ¿y el razona- miento conceptual?», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 58.

GONZÁLEZ MONTES, F. (1995), «Juris- dicción voluntaria», en *EJB*, Ed. Civitas, Ma- drid, págs. 3883-3888.

GONZÁLEZ POVEDA, B. (1997), *La juris- dicción voluntaria: Doctrina y formularios*, Ed. Aranzadi, Elcano.

GUASP, J. (1977), *Derecho Procesal Civil*, t. II, Ed. IEP, Madrid.

Law Reform Commission (2010), *Report Alternative Dispute Resolution: Mediation and conciliation* (LRC 98-2010).

LIÉBANA ORTIZ, J. R. (2005), «Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la ju- risdicción voluntaria (a propósito del Ante- proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2005)», en *Redur*, n.º 3/2005, págs. 163-182.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008), «Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el sistema arbitral de consumo», en Centro de Estudios de Consumo (Cesco), págs. 1-23.

MARQUÉS MOSQUERA, C. (2015), «La mediación: una negociación asistida alter- nativa a la jurisdicción», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 61, págs. 148-151.

MARTÍN ROMERO, J. C. (2004), «Moder- nización de la Justicia preventiva», en J. C. Martín Romero (dir.), *La reforma de la Justicia preventiva*, Ed. CGN y Civitas, Madrid, págs. 161-239.



MIGUEL ASENSIO, P. A. de (1997), *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Ed. Eurolex, Madrid.

MONTÓN REDONDO, A. (1993), «De los abintestatos», en *La reforma de los procesos civiles (Comentarios a la Ley 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal)*, Ed. Civitas, Madrid, págs. 101-123.

NAVARRO AZPEITIA, F. (1945), «Actas de notoriedad», en *AAMN*, Ed. Reus, Madrid, págs. 49-94.

NÚÑEZ LAGOS, R. (1945), «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *AAMN*, Ed. Reus, Madrid, págs. 385-510.

PÉREZ FUENTES, G. M.^a; COBAS COBIELLA, M.^a E. (2013), *Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la Justicia: Una aproximación a la legislación española*, Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, págs. 647-677.

PRADA GONZÁLEZ, José M.^a de (2007), «Por qué ha fracasado el Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria», en *El Notario Siglo XXI*, n.º 16.

— (2009), «Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria», en *Actualidad Civil*, n.º 14, págs. 1-13.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. (1975), *Derecho Concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, t. IV, Ed. Tecnos, Madrid.

RAMOS MÉNDEZ, F. (2010), «Desjudicialitzar: el repte d'una societat civil madura i democràtica», en *La Notaria*, n.º 2/2010, págs. 2729.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1987), «Cuestiones de técnica notarial en material de actas», en *RDN*, págs. 13-282.

— (2002), «La prueba en la nueva Ley (de Enjuiciamiento Civil)», en *RJN*, n.º 43, págs. 235-284.

— (2013), «Principios notariales», en *El Notario del Siglo XXI*.

SAN CRISTÓBAL REALES, S. (2013), «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. XLVI/2013, págs. 39-62.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2002), *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Ed. Civitas, Madrid.

SEOANE CACHARRÓN, J. (2014), «Ventajas de las competencias compartidas de los notarios y registradores con los secretarios judiciales ante el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 54.

SERRANO ALBERCA, J. M.; ARNALDO AL-CUBILLA, E. (2001), *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Ed. Civitas, Madrid.

SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2005), «Jurisdicción voluntaria», en *Podium Notarial*, págs. 245-251.

— (2015), «La Ley de Jurisdicción Voluntaria: aspectos de mayor relevancia notarial», en *Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Ilustre Colegio de Abogados Murcia, Murcia, págs. 63-70.

ZEJALBO MARTÍN, J. (2012), «El matrimonio ante Notario: antecedentes históricos de una realidad actual», en *Notariosyregistradores.com*.

La escritura de separación o divorcio

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. LA COMPETENCIA NOTARIAL
- II. REQUISITOS SUBJETIVOS Y FORMALES
- III. CONTENIDO DE LA ESCRITURA
- IV. EFICACIA E INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA
- V. MODIFICACIÓN DEL CONVENIO
- VI. FORMA Y EFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN
- VII. CONFLICTO DE LEYES

Entre las nuevas funciones atribuidas al Notario por la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (LJV), se encuentra la de autorizar, en determinados casos, escrituras de separación matrimonial o divorcio. La materia no es extraña al Notario, pues los pactos entre cónyuges, usualmente en las conocidas capitulaciones matrimoniales, forman parte desde antiguo de su actividad, como también, desde época más reciente, aquellos que se estipulan en previsión de una futura ruptura. Sin olvidar la intervención notarial en la constitución y extinción de las cada vez más habituales parejas de hecho.

En este trabajo, vamos a intentar una aproximación a esta nueva función y a los requisitos y peculiaridades de la misma que el Notario habrá de tener en cuenta, asu-



miendo que, como suele ser habitual ante una nueva normativa, su estudio va haciendo surgir dudas que no siempre vamos a estar en condiciones de resolver.

I. LA COMPETENCIA NOTARIAL

Junto con la separación o divorcio judicial, la LJV instaura ahora una nueva forma,

mediante el expediente tramitado ante Secretario Judicial o ante Notario, dando al efecto nueva redacción al art. 82.1 del Código Civil español (CC), que se complementa con lo previsto en el art. 54.1 LN⁽¹⁾, según el cual, si los cónyuges deciden acudir a la vía notarial, deberán formalizar el convenio regulador en escritura pública, prestando su consentimiento ante el Notario del último



FICHA TÉCNICA

Resumen: La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, atribuye al Notario las nuevas funciones de autorizar, en determinados casos, escrituras de separación matrimonial o divorcio. La materia no resulta extraña al Notario. En este trabajo, nos aproximaremos a esta nueva función y a los requisitos y peculiaridades de la misma que el Notario habrá de tener en cuenta, asumiendo que, como suele ser habitual ante una nueva normativa, su estudio va haciendo surgir dudas que no siempre vamos a estar en condiciones de resolver.

Palabras clave: Jurisdicción voluntaria, escritura pública de separación, escritura pública de divorcio, notarios.

Abstract: The Law 15/2015, from July 2, concerning voluntary jurisdiction attributes to the Notary Public the new duties of authorizing, in specific cases, deeds of separation of marriages or of divorce. The subject is not foreign to the Notary Public. In this article, we will examine close-up this new duty, and its requirements and specific features that the Notary Public will have to take into consideration, assuming that, as it usually the case with a new regulation, studying it will give rise to questions that we will not always be in a position to resolve.

Keywords: Voluntary jurisdiction, public deed of separation, public deed of divorce, notaries public.

domicilio común o el del domicilio o la residencia habitual de cualquiera de ellos.

Hay que empezar por tener en cuenta, con carácter previo, que la competencia del Notario está sujeta, en aquellos casos con elemento de internacionalidad, esto es, cuando alguno o los dos cónyuges posean nacionalidad o residencia en algún país extranjero, a que la misma le venga reconocida por las normas internacionales, que, en este caso, se contienen en el **Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003** (conocido como Reglamento Bruselas II bis), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el cual se aplica a todo procedimiento de separación o divorcio seguido ante autoridad de los Estados Miembros, judicial o no, con competencia en las materias que entran en su ámbito de aplicación (arts. 1 y 2).

El art. 3 de dicho Reglamento establece como puntos de conexión el de la residencia habitual (con distintos requisitos, en función de si es común o no) y el de la nacionalidad común de los cónyuges⁽²⁾, criterios que tienen carácter alternativo, sin preferencia entre ellos, según ha dejado claro la STJUE C168-08, de 16 de julio de 2009, asunto *Adadi*. Prescindiendo de eventuales matizaciones diferenciadoras entre los conceptos *residencia habitual* y *domicilio*, el primer punto de conexión sería coincidente con el que se recoge en relación con la separación o divorcio notarial en el citado

art. 54.1 LN. Sin embargo, quedaría fuera de la competencia notarial, de acuerdo con este artículo, el supuesto de cónyuges españoles que residan en el extranjero y no hayan tenido en ningún momento domicilio común en España. Hay que plantearse, dada la prevalencia de las normas europeas frente al Derecho interno, si realmente el Notario no podría autorizar la escritura de separación o divorcio en estos casos, cuando, por el contrario, los tribunales españoles sí podrían conocer del asunto. A falta de pronunciamiento por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, parecería razonable la respuesta afirmativa, si al menos uno de los cónyuges ha tenido con anterioridad domicilio en España, el cual determinaría, a nuestro entender, la correspondiente competencia notarial.

Por lo demás, cabe destacar que, dándose alguno de los puntos de conexión previstos en el Reglamento, dicha competencia se extiende al supuesto en que alguno de los cónyuges no sea nacional de un Estado Miembro, tal y como resulta de la STJUE C-68/07, de 29 de noviembre de 2007, asunto *Sundelind*. Señala ANA QUIÑONES, comentando dicha sentencia, que «la "conexión comunitaria" (si necesaria) la ofrece la jurisdicción del Estado Miembro ante la que se plantea el asunto. El que el esposo demandado sea nacional o resida en un Estado Miembro (demandado comunitario) no es un criterio de aplicabilidad. Tampoco es un criterio de no aplicabilidad el que el demandado sea nacional y residente en un Estado tercero. El Juez de cada Estado Miembro aplica, simplemente, el reglamento a los divorcios "in-

ternacionales"»⁽³⁾. Este criterio ya había sido seguido por los tribunales bajo la vigencia del anterior Reglamento (CE) 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo; así, en la SAP Murcia 1286/2003, de 12 de mayo, en un caso de divorcio de dos cónyuges de nacionalidad marroquí.

El Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges podrá autorizar la escritura de separación o divorcio de los mismos, si concurren determinados requisitos y con independencia de cuál sea la nacionalidad de dichos cónyuges

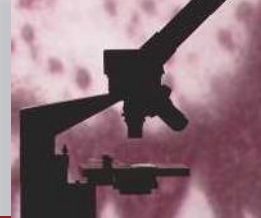
De acuerdo con ello, podrá el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges autorizar la escritura de separación o divorcio de los mismos, si concurren los requisitos que ahora repasaremos en relación con mutuo acuerdo e hijos, con independencia de cuál sea la nacionalidad de dichos cónyuges. Otra cuestión es cuál será la normativa sustantiva aplicable, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

II. REQUISITOS SUBJETIVOS Y FORMALES

1. Requisitos subjetivos

- El primero es que el matrimonio se haya celebrado con una antelación mínima de tres meses a la formalización de la separación matrimonial o el divorcio [arts. 82.1, párrafo primero, y 87 CC⁽⁴⁾].
- El segundo es la inexistencia de hijos que [art. 82.2 CC y art. 54.1 LN⁽⁵⁾]:
 - a) Sean menores no emancipados, o
 - b) Tengan la capacidad modificada judicialmente y dependan de los cónyuges.

En mi opinión, la norma se refiere a hijos comunes del matrimonio, excluyendo el caso de aquellos que pudieren ser de uno solo de los cónyuges, respecto de los cuales las obligaciones derivadas de la relación paternofilial no parece que hayan de influir



en el contenido del acuerdo de divorcio o separación del progenitor y su cónyuge.

Por el contrario, sí que deben tenerse en cuenta dichas obligaciones a la hora de valorar el supuesto de existencia de un *nas-citurus* y la protección que la ley le brinda al mismo (art. 29.2 CC), por lo que, si los cónyuges confirman dicha situación, el supuesto debe entenderse, a mi juicio, equiparable al de existencia de hijos menores de edad, y el divorcio o la separación ha de tramitarse judicialmente.

2. Requisitos formales

Se refiere el art. 54.3 LN a «la **solicitud, tramitación y otorgamiento** de la escritura pública» diciendo que «se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley». Advirtiéndose, por tanto, que no hablamos todavía de la normativa sustantiva aplicable al contenido del acuerdo, podemos esquematizar las reglas o los principios a los que hay que atender en este punto de la siguiente forma:

A) Se trata de una escritura pública (art. 54.1 LN, y arts. 82.1 y 87.1 CC)

Queda excluida, por tanto, la mera protocolización del convenio suscrito en documento privado, en ocasiones solicitada por las partes, caso en el que no se dan los requisitos que se exigen para la separación o divorcio notarial, que exigen una auténtica «prestación de consentimiento» (art. 54.1 LN) de la que se derive la «voluntad inequívoca» de dar lugar a la separación o divorcio (art. 82.1 CC y, por remisión al mismo, art. 87 CC).

B) Intervención personal de los cónyuges [art. 82.1, párrafo segundo CC⁽⁶⁾]

Entiendo que se determina con esta exigencia el carácter personalísimo del acto, en el que no cabe la representación. A diferencia de la celebración del matrimonio, para la que el art. 55 CC permite el apoderamiento, no se contempla dicha opción para la separación o divorcio. Hay que tener en cuenta que, en el «matrimonio por poder», lo que se da realmente es la intervención de un *nuntius* que se limita a la prestación del consentimiento matrimonial, habiendo sido todos los demás trámites realizados personalmente por el contrayente. En la separación o divorcio ante Notario, sin embargo, el procedimiento o expediente se prevé

en un solo acto, el del otorgamiento de la escritura, que la ley exige que sea personal.

Esa misma razón y la necesidad de autorización judicial excluyen, a mi modo de ver, la posibilidad de que el tutor del incapacitado le represente en una separación o divorcio notarial, para lo que (con referencia, obviamente, al ámbito judicial, único entonces posible) sí le legitima la STC 311/2000, de 18 de diciembre.

Debemos, por lo demás, plantearnos en este punto si el otorgamiento ha de ser conjunto o por separado. La pregunta tiene origen en lo dispuesto para el caso de separación o divorcio judicial en el art. 777 LEC, según el cual la solicitud de separación o divorcio presentada de mutuo acuerdo deberá ser ratificada por los cónyuges por separado, dentro de los tres días siguientes a su admisión, quedando de otro modo inmediatamente archivadas las actuaciones.

La comparecencia de los cónyuges por separado ante Notario está también prevista en el art. 231-20 del Codi Civil de Catalunya (CCCat) en relación con la escritura que documente los pactos en previsión de ruptura matrimonial. Ciertamente es que este es un supuesto en el que el asesoramiento legal recae enteramente sobre el Notario, puesto que no se exige la intervención de Letrado. Pero sí se exige dicha intervención en la separación o divorcio ante el Juez, y, sin embargo, como hemos visto, ello no excusa la ratificación por separado.

Es conveniente mantener la comparecencia de los cónyuges por separado, en orden a reforzar las garantías de un consentimiento libremente prestado e incluso la mejor información al Notario respecto de aquellos puntos del convenio que pudieren suscitarle cualquier tipo de dudas

Todo lo cual conduce, a mi juicio, a la conveniencia de mantener dicha comparecencia de los cónyuges por separado, en orden a reforzar las garantías de un consentimiento libremente prestado e incluso la mejor información al Notario respecto de aquellos puntos del convenio que pudieren suscitarle cualquier tipo de dudas.

C) Asistencia de Letrado en ejercicio [art. 54.2 LN y art. 82.1, párrafo segundo CC⁽⁷⁾]

Es una cuestión que plantea también algunos interrogantes.

El primero haría referencia a si cabe la asistencia de un único Letrado («en ejercicio», recordemos) para ambos cónyuges, o si debe cada uno de ellos recibir asistencia letrada independiente.

El art. 750.2 LEC señala que: «En los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, estos podrán valerse de **una sola defensa y representación**». Sin embargo, hay autores a los que ha planteado dudas deontológicas el hecho de que el convenio pueda ser redactado por un único Abogado⁽⁸⁾. Y, adelantando ya que no parece que en este ámbito el Notario pueda imponer lo que la ley no exige, hay que reconocer que la cuestión no deja de ser discutible, cuando el asesoramiento independiente viene, efectivamente, previsto legalmente en supuestos muy relacionados con esta materia. Así, el art. 233-5 CCCat, al referirse a los «pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador», tras decir que los mismos vinculan a los cónyuges, señala que, si se hubieran adoptado «sin asistencia letrada, **independiente para cada uno de los cónyuges**, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvencción en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer». Incluso cuando se trate de pactos acordados durante la convivencia, pero en previsión de una ruptura de la misma, la ley prevé ese asesoramiento independiente, en este caso, por parte del Notario, en el art. 231-20-2 CCCat⁽⁹⁾.

En todo caso, entiendo que la asistencia del Letrado no es simplemente «compañía» a los cónyuges en el otorgamiento, sino que el mismo deberá suscribir también la escritura no solo como prueba de su efectiva presencia, sino también de esa debida «asistencia», reflejada en la asunción de la autoría material del convenio con base en la voluntad informada de los cónyuges.



D) Consentimiento de los hijos mayores o menores emancipados respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar (art. 82.1, párrafo segundo CC)

Este es un requisito cuya interpretación puede ser delicada. Que una eventual negativa del hijo pueda suponer la imposibilidad de la separación o divorcio notarial se antoja algo desproporcionado, ante la voluntad común de los cónyuges en contrario, y no parece que deba ser esa la consecuencia, cuando el consentimiento que la norma exige, de hecho, lo es «*respecto de las medidas que le afecten*». Sin embargo, tampoco queda claro si el único efecto de la negativa por parte del hijo ha de ser la no eficacia frente al mismo del pacto en cuestión, sin perjuicio de su validez entre los cónyuges. Hasta que esta cuestión sea resuelta, entiendo que el Notario no debería autorizar la escritura sin el consentimiento del hijo.

E) Documentación a aportar

Nada se nos dice al respecto, pero puede servir de referencia lo previsto en el art. 777 LEC en relación con el procedimiento judicial, señalando el número 2 de dicho artículo que:

Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse:

a) La certificación de la **inscripción del matrimonio**.

b) Y, en su caso, las de **inscripción de nacimiento de los hijos** en el Registro Civil (recuérdese que puede haber hijos mayores de edad afectados).

c) Así como la **propuesta de convenio regulador** conforme a lo establecido en la legislación civil.

d) Y el **documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho**, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el **procedimiento de mediación familiar**.

Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.

Entre los documentos a que se refiere esta letra, habrá que entender incluida, en su caso, la escritura de pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con lo previsto en el art. 231-20 CC-Cat⁽¹⁰⁾, o de pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador (233-5), cuando los cónyuges pretendan dar eficacia a los mismos mediante su incorporación al convenio.

Ello obligaría a tener en cuenta la normativa aplicable a tales pactos, y así:

— En cuanto a los regulados en el art. 231-20, deberá comprobarse que se otorga-

ron con treinta o más días de antelación a la celebración del matrimonio.

Del mismo modo, convendrá confirmar que el mutuo acuerdo salva los requisitos de eficacia a que se refieren los números 4 y 5⁽¹¹⁾ de dicho artículo.

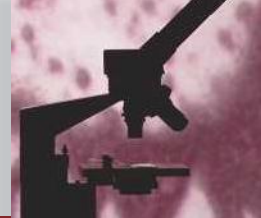
— Por lo que se refiere a los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador (233-5), recordemos lo antes señalado respecto de la necesidad de que se hayan otorgado con asistencia letrada, independientemente para cada uno de los cónyuges, pues, de lo contrario, cualquiera de ellos tendría derecho a dejarlos sin efecto, durante los tres meses siguientes a su fecha y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda (que habrá que entender equivalente al de la firma de la escritura, en nuestro caso).

E) Resolución

Tratándose de un expediente tramitado ante Juez o Secretario Judicial, dispone el art. 83 CC que: «*Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare*»; sin embargo, en caso de separación o divorcio ante Notario, dichos efectos, sigue diciendo la misma norma, se producirán «*desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82*».

La escritura pública constituye un requisito de forma *ad solemnitatem*, sin el cual no hay tal separación o divorcio. Pero, otorgada dicha escritura, es el consentimiento de los cónyuges el que determina la existencia y los efectos de la separación o divorcio, sin necesidad aparente de declaración alguna al respecto por parte del Notario

La escritura pública constituye, por tanto, en este caso, un requisito de forma *ad solemnitatem*, sin el cual no hay tal separación o divorcio. Pero, otorgada dicha escritura, es el consentimiento de los cónyuges el que determina la existencia y los efectos



de la separación o divorcio, sin necesidad aparente de declaración alguna al respecto por parte del Notario.

Esta es una cuestión de la que, sin embargo, no deja de derivarse alguna duda, cuando menos desde el punto de vista procedimental. El art. 19 LJV señala que, en los casos en que la competencia corresponda al Juez o al Secretario Judicial: «*El expediente se resolverá por medio de auto o decreto [...] en el plazo de cinco días a contar desde la terminación de la comparecencia o, si esta no se hubiera celebrado, desde la última diligencia practicada*». Es decir, que cuando el consentimiento se ha prestado ante dichos funcionarios, y una vez se haya practicado la última de las diligencias necesarias, tendrán aquellos cinco días para resolver, tras analizar todos los elementos concurrentes. No existe, en cambio, norma alguna equivalente cuando la separación o divorcio es ante Notario. Y lo cierto es que, si bien la complejidad del expediente que se tramite ante Juez o Secretario Judicial puede ser mayor por la existencia de hijos menores, la norma no limita a dicho supuesto la existencia del plazo, que existirá incluso no habiendo tales hijos menores.

El caso es que, aunque formalmente no se exija para los efectos de la separación o divorcio otro juicio notarial que el genéricamente ligado al control de legalidad inherente a su función (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la declaración de herederos abintestato), no puede negarse que la actuación del Notario requiere un juicio de valoración, hasta el punto de que el art. 90 CC prevé, como luego comentaremos, la «*terminación del expediente*» si a juicio del Notario alguno de los acuerdos «*podiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados*».

Cabe preguntarse por todo ello si no se puede entender aplicable la norma del art. 19.1 también al expediente tramitado ante Notario, y concederle esos cinco días de tiempo de estudio y reflexión necesarios para formar su juicio, sin perjuicio de que, emitido el mismo positivamente, deban entenderse producidos los efectos de la separación o divorcio, conforme al art. 83 CC, desde la prestación del consentimiento por los cónyuges. Avalaría de alguna manera esta interpretación el art. 84 CC, que, al referirse al supuesto de reconciliación de los cónyuges, determina que: «*Cuando la sepa-*

ración hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones». Dado que el acta de manifestaciones no es documento adecuado para recoger declaraciones de voluntad (como la que, para dar efectos a la reconciliación acordada, deberían obviamente emitir los cónyuges ya separados), podría entenderse que la referencia al acta en dicha norma obedece a la contemplación de un supuesto de separación pendiente de resolución por parte del Notario, reservándose la escritura pública para cuando el procedimiento o expediente de separación esté totalmente terminado. Así, cuando el art. 84 CC dice que la reconciliación «*pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él*», contemplaría las dos posibilidades: pone término al expediente no resuelto (si lo está, ya no puede «ponerle término»), y deja sin efecto al que lo hubiere estado.

III. CONTENIDO DE LA ESCRITURA

1. El convenio de separación o divorcio

El art. 54.1 LN, en cuanto se refiere en el número 3 a la *solicitud, tramitación y otorgamiento* de la escritura pública, remitiéndose en cuanto a dichos extremos a la propia LN y al CC, permite entender que, dándose los requisitos subjetivos y cumplidas las formalidades examinadas, el contenido de la escritura vendrá determinado por lo que al respecto establezca la legislación sustantiva aplicable. Si los cónyuges son españoles, con vecindad civil y residencia habitual en el mismo territorio de entre los que tienen normativa propia sobre los efectos de la separación o divorcio, será esta la aplicable. Si no hay coincidencia en alguna de dichas circunstancias, habrá que acudir a las correspondientes normas de conflicto, cuestión que trataremos al final.

De este modo, «*las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación*» a que se refieren los arts. 82 y 87 CC serían las establecidas en el art. 90 CC, si efectivamente resulta aplicable el CC, o en el art. 233-2 CCCat, cuando se aplique el Derecho Civil catalán. Una y otra norma tienen un contenido muy similar, pero, como vamos a ver, no idéntico.

Omitiremos referirnos a aquellas de dichas medidas o pactos, concretamente, las contenidas en el número 2 del art. 233-

2, que están previstas para el caso de que existan hijos menores [y que son equivalentes a las del art. 90.1 CC, letras a) y b)], puesto que no pueden presentarse, por definición, en la separación o divorcio ante Notario⁽¹²⁾.

El art. 233-2-3 CCCat se refiere a aquellas medidas o pactos que el convenio regulador *debe* contener, *si procede*, y el número 4 añade un último pacto que los cónyuges pueden acordar. Parecería así establecer dos grupos: el primero, relativo a pactos de inclusión en principio necesaria, y el segundo, referido a un pacto potestativo. Esta es una diferencia que, examinando los pactos por separado, veremos que puede tener más sentido cuando se trata de las medidas definitivas que el Juez debe aprobar en un procedimiento contencioso, cuando dichas materias han sido objeto de la contienda, pero, en un procedimiento no contencioso, entendemos que la regla general (en principio, y sin perjuicio de lo que diremos más adelante respecto de la existencia de hijos mayores o emancipados) es la cesión de ese carácter imperativo frente al mutuo acuerdo de los cónyuges. El matiz que introduce la norma al imponer la inclusión de dichos pactos en el convenio solo «*si procede*» parece condicionar dicha inclusión al hecho de que se den los presupuestos legalmente previstos y a los que ahora nos referiremos, circunstancia que, en último término, quedaría necesariamente sujeta, en este caso de convenio aprobado de mutuo acuerdo, a su reconocimiento por las partes: no incluyéndose la materia por las partes, hay que considerar que «no procede».

Y no parece que quepa plantear de otra forma la interpretación de la norma contenida en el art. 90 CC, cuando se refiere a los extremos que al menos el convenio regulador deberá contener.

Vamos a hacer referencia al contenido de cada uno de dichos pactos, apuntando, junto a la regulación del CCCat, su equivalente en el CC:

A) La prestación compensatoria

El art. 232-3 CCCat prevé que el convenio deberá incluir «*la prestación compensatoria que se atribuye a uno de los cónyuges, indicando su modalidad de pago y, si procede, la duración, los criterios de actualización y las garantías*».



La prestación compensatoria se regula en los arts. **233-14 y ss. CCCat**, de los que resulta el siguiente esquema:

1. Puede solicitarla el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada (233-14).
2. No puede exceder del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, y es secundaria al derecho de alimento de los hijos (233-14).
3. Existen unas reglas para su determinación (233-15) que toman en consideración, entre otros factores, otras posibles atribuciones económicas derivadas de la ruptura.
4. Puede haberse pactado su modalidad, cuantía, duración y extinción de acuerdo con lo establecido en el 231-20, pero los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor (232-16).
5. Puede atribuirse en forma de capital o de pensión, que se pagará en dinero y por mensualidades avanzadas, pudiendo establecerse garantías y fijar criterios objetivos y automáticos de actualización de la cuantía. La pensión será por un período limitado, salvo que concurran circunstancias excepcionales. El capital puede pagarse a plazos (233-17), en un máximo de tres años, devengando el interés legal del dinero.

Se extingue por las causas del art. 233-19.

Por su parte, el **art. 97 CC** señala que: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia».

Y añade ahora que «en la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario Judicial o el Notario, se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las

bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad». Parece que debe entenderse que, salvo en el caso relativo a la «forma de pago», se trata de requisitos solo si se pacta pensión y no capital.

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario Judicial o el Notario, se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad

B) Pactos sobre el uso de la vivienda familiar

Se regula esta materia en los **arts. 233-20 y ss. CCCat**, cuyo contenido puede sintetizarse señalando:

1. La finalidad del pacto es la de «satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este» (233-20, números 1 y 7).

No procederá, por tanto, si no hay tales hijos y no es exigible la prestación compensatoria, lo que entendemos que no excluye necesariamente el pacto.

2. Incluye la atribución del uso del ajuar de la vivienda (233-20, número 1).
3. Puede distribuirse por periodos determinados (233-20, número 1).
4. Puede sustituirse por el uso de otras residencias idóneas (233-20, número 6).
5. Puede excluirse «si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos» (233-21-1, letra b).

6. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución de su uso quedan limitados por lo dispues-

to por el título. Para este caso, puede pactarse la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias (233-21-2).

7. El derecho de uso atribuido al cónyuge se puede inscribir en el Registro de la Propiedad (233-22).

Se trata de una medida de defensa del derecho del cónyuge e hijos beneficiarios del uso, mediante evitar la disposición del bien por su titular, defensa que se atribuye únicamente al cónyuge, por lo que no es necesaria la identificación ni los datos personales de los hijos (RDGDJ de 22 de marzo de 2007).

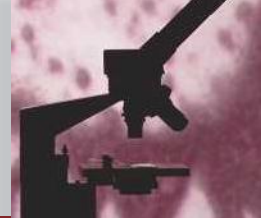
La inscripción no es posible, sin embargo, «no només per aplicació del principis registrals de legitimació i tracte successiu, sinó també per aplicació dels principis generals del Dret Civil català i del que es preveu específicament a l'article 233-21-2, si la finca consta inscrita a favor de tercera persona» (RDGDEJ de 3 de junio de 2013).

8. La atribución de uso no modifica las obligaciones asumidas para su adquisición (hipoteca), aunque el beneficiario se hace cargo de todos los gastos inherentes a la propiedad (233-23).

Se trata de una materia sobre la cual la jurisprudencia de apelación no es uniforme acerca de si debe o no ser objeto del procedimiento matrimonial. No lo han entendido así las SSAP Barcelona de 6 de junio de 2014 y Tarragona de 5 de mayo de 2014 («la sentencia matrimonial no puede modificar relaciones obligatorias preexistentes y que afectan a terceros»), pero sí la SAP Barcelona de 1 de octubre de 2013.

Hay que entender que, en todo caso, tratándose de un convenio de mutuo acuerdo, los cónyuges son libres de estipular al respecto, si bien, ciertamente, sus acuerdos no pueden perjudicar al tercero que no los haya consentido.

9. «Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso» (233-24-3).



No parece que a la escritura vaya a reconocérsele esa eficacia ejecutiva, pero sí la cancelatoria.

10. El propietario de la vivienda puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso.

Esta es una diferencia importante respecto de lo previsto en el CC, cuyo art. 96 señala que «para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial» (233-25).

En todo lo demás, la regulación contenida en el **art. 96 CC** sobre esta materia no presenta diferencias notables respecto de lo examinado, siendo, en todo caso, mucho más escueta⁽¹³⁾.

C) La compensación económica por razón de trabajo

Aparece regulada, con el siguiente contenido esquematizado, en los **arts. 232-5 y ss. CCCat**:

1. Se da en el régimen de separación de bienes (232-5).
2. Requiere:
 - a) Que un cónyuge haya trabajado para la casa sustancialmente más que el otro (232-5-1) o haya trabajado para el otro cónyuge sin retribución o con una retribución insuficiente (232-5-2).
 - b) Que el otro cónyuge haya obtenido un incremento patrimonial superior, de acuerdo con las reglas previstas en el art. 232-6.
3. Tiene (en principio) como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios (232-5-4).
4. Puede haberse pactado su incremento, reducción o exclusión, de acuerdo con lo establecido en el 231-20 (232-7).
5. Debe pagarse en dinero, salvo que los cónyuges acuerden otra cosa (232-8).
6. Permite exigir la reducción de las disposiciones «*inoficiosas*» (art. 232-9).



7. Es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor (232-10).

No existe norma equivalente en el **CC**, en el que, como sabemos, el régimen económico matrimonial legal supletorio es el de gananciales.

D) La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa

Hay que entender que no es necesario incluir en el convenio la liquidación del régimen económico matrimonial. En Catalunya, el **art. 232-2-3 CCCat** dice que el convenio «*debe contener, si procede*», la liquidación del régimen económico matrimonial. Conforme a la interpretación hecha más arriba, solo procede la liquidación cuando los cónyuges así lo acuerden, con lo cual el «deber» al que se refiere el art. 232-2-3 se dirigiría a determinar el documento en que se debe formalizar ese acuerdo, si el mismo existe al tiempo del otorgamiento de la escritura.

En esta materia concreta, dicha interpretación tendría apoyo:

- De una parte, en que la subordinación a la voluntad de al menos una de las partes se da también en relación con la segunda parte de la norma del art. 232-2-3, letra d), puesto que «*la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa*» a que la misma se refiere se

producirá, de conformidad con el art. **232-12 CCCat**, si en el procedimiento de separación o divorcio «*cualquiera de los cónyuges ejerce simultáneamente la acción de división de cosa común*», por lo que, *a contrario sensu*, no se producirá si ninguno de los cónyuges lo exige.

- De otra parte, en que la previsión que ahora contiene el nuevo **art. 95 CC** no hace sino recoger la práctica habitual, en la que el convenio incluía o no la liquidación del régimen económico matrimonial o la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa solo si los cónyuges así lo decidían. Hasta ahora, el art. 95 CC se limitaba a señalar que la sentencia firme produciría la disolución del régimen económico matrimonial. Ahora, añade que dicha sentencia, como, en su caso, el decreto del Secretario Judicial o la escritura pública, aprobará «*su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto*». La liquidación se dará, por tanto, si así lo deciden los cónyuges.

E) Pacto de alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios

El **art. 232-4 CCCat** lo incluye como un pacto que «*los cónyuges también pueden acordar*», pareciendo atribuirle así carácter voluntario, frente a un aparente carácter obligatorio de los pactos sobre las materias a que se refiere el número 3. Hemos



venido entendiendo que, en una separación o divorcio de mutuo acuerdo, parece posible entender que la regla general es que dicho acuerdo se extiende a la inclusión o no en el convenio de las materias propias del mismo. Sin embargo, lo cierto es que esa regla debe valorarse con mucha más cautela cuando existen terceros posibles afectados, como serían, en este caso, los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios. De modo que, aunque pueda resultar paradójico, sería precisamente el supuesto que la norma contempla como mera «posibilidad» el que dejaría de ser tal, si se reconoce la existencia de tales hijos, puesto que, en este caso, se está admitiendo la existencia de una obligación de alimentos hacia los mismos, en los términos en que viene establecida en los arts. 237-1 y ss. CCCat. La conclusión sería que, habiéndose comprobado por el Notario la existencia de hijos mayores de edad o emancipados, solo si los cónyuges niegan que los mismos carezcan de recursos económicos propios podría prescindirse del pacto relativo a alimentos del art. 233-2, letra e). Teniendo en cuenta al respecto que una manifestación inexacta por su parte no perjudica la situación de los hijos, toda vez que la obligación de alimentos subsiste a cargo de los padres, por imperativo legal, en los mismos términos que antes de formalizar el convenio de divorcio o separación.

Habiéndose comprobado por el Notario la existencia de hijos mayores de edad o emancipados, solo si los cónyuges niegan que los mismos carezcan de recursos económicos propios podría prescindirse del pacto relativo a alimentos del art. 233-2, letra e)

Por el contrario, si los cónyuges reconocen la existencia de hijos mayores o emancipados que carecen de recursos económicos, dicho pacto debería formar parte del convenio. Y entiendo que, dado que la obligación de alimentos incluye o puede incluir el derecho a vivienda a favor de tales hijos, debería confirmarse la coherencia del contenido de este pacto con lo que, en su caso, se hubiere estipulado acerca del uso de la vivienda familiar, dado que, como veíamos antes, la finalidad del pacto relativo a dicho

uso es la de «satisfacer, en la parte que proceda, **los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este**» (233-20, números 1 y 7).

Las conclusiones expuestas son trasladables a lo previsto en el régimen del CC, en el que el **art. 90, letra c)**, se refiere a este pacto al tratar de «la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso». El art. 93 CC, por otra parte, señala que: «Si convivieran en el domicilio familiar hijos **mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios**, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código»⁽¹⁴⁾.

F) Otros pactos

Es habitual la inclusión en el convenio de pactos que, sin ser materia propia del mismo, los cónyuges estipulan con ocasión de su separación o divorcio. En ocasiones, se trata de transmisiones patrimoniales que no encajan en la liquidación del régimen económico matrimonial, por ejemplo, por hacer referencia a bienes privativos de alguno de ellos.

La DGRN ha sentado una doctrina generalmente restrictiva de la inscribibilidad de dichos pactos, sobre la base de que los mismos «*tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida*». La casuística es amplia y su solución no es uniforme: pueden verse, entre otras, la Resolución de 13 de junio de 2011, sobre la no inscripción de la aportación a gananciales, previa a la liquidación en el convenio regulador; la Resolución de 26 de junio de 2013, que señala que, salvo que se trate de la vivienda familiar, no cabe la disolución de comunidad en un convenio regulador, sino que requiere escritura pública; la Resolución de 5 de diciembre de 2012, que, en cambio, admite la inscripción de la adjudicación en convenio de un garaje inscrito a favor de ambos cónyuges en separación de bienes; la Resolución de 9 de marzo de 2013, que no la admite cuando el garaje había sido adquirido en estado de soltero por el cónyuge que ahora lo adjudica, o la Resolución de 8 de mayo de 2012, que permite que en el convenio regulador

se estipule la cesión a los hijos de la mitad indivisa de la vivienda familiar, aunque requiere la aceptación de los mismos.

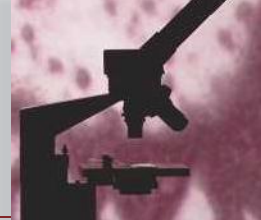
Ahora bien, parece claro que el hecho de que el negocio en cuestión no sea inscribible cuando se trata de un convenio aprobado judicialmente es una cosa, y que no lo sea cuando viene recogido en escritura pública será otra muy distinta, puesto que, como señala el TS, «*no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez*» (SSTS de 22 de abril de 1997 y de 21 de diciembre de 1998).

Es o quiere decir que, si la escritura de separación o divorcio incorpora un convenio en el que los cónyuges estipulan cualquier tipo de pacto con una naturaleza negocial distinta de la que es propia del mismo, deberá el Notario confirmar que se cumplen todos los requisitos necesarios para su eficacia, incluida, en su caso, la inscripción registral, y, de no ser así, denegar la autorización o advertir debidamente a los otorgantes.

2. El control notarial del contenido del convenio

Existe una importante cuestión a resolver, que es la relativa al alcance de la norma, ya referida, contenida en el párrafo tercero del art. 90 CC, que se dirige expresamente a la intervención notarial diciendo: «*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***. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador».

El supuesto resulta excepcional, porque obliga al Notario a un juicio, necesariamente subjetivo, sobre una materia en la que, no habiendo menores afectados, existe, en principio, plena libertad entre los cónyuges. Y puede, desde luego, suscitar muchísimas dudas, sobre todo en aquellos casos en que exista una renuncia de derechos (a la prestación compensatoria, a la pensión económica...).



Entendemos, en todo caso, que la norma no resulta aplicable en Catalunya, donde el art. 233-3-1 CCCat establece que: «Los pactos adoptados en convenio regulador **deben ser aprobados** por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores». Por lo tanto, no habiendo hijos menores, todos los demás aspectos deben ser aprobados por el Juez, según ha reconocido el TSJC, entre otras, en las sentencias de 19 de julio de 2004 y de 28 de enero de 2010⁽¹⁵⁾. En el mismo sentido, la SAP Barcelona (Sección 12.ª) 198/2014, de 18 de marzo, señala que «el principio de intervención mínima en materias de Derecho Privado determina que el control judicial se ha de limitar, en estos casos, a recoger la ratificación del convenio y a comprobar que el acuerdo es lícito, es decir, que no va contra el orden público ni la moral (art. 1275 CC), así como que no perjudica a las menores». Y si así es en el caso de separación o divorcio judicial, no puede ser de otra manera cuando se tramita ante Notario.

Cuestión diferente sería, en efecto, que se apreciaran pactos «contrarios a la ley, la moral o el orden público o que afecten a alguno de los principios generales del ordenamiento jurídico», que ya la STSJC de 10 de septiembre de 2010 declaró que no pueden ser aprobados.

3. Garantías del convenio

El art. 90.2 CC establece que: «Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, **podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio**».

En todo caso, las partes podrán establecer las **garantías reales o personales** que requiera el cumplimiento del convenio (art. 90.4 CC).

IV. EFICACIA E INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA

Como decíamos más arriba, con arreglo a los arts. 83 y 89 CC, los efectos de la separación matrimonial o divorcio se producen desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública. Sin embargo, hasta que no se practique la inscripción en el Registro Civil, dichos efectos no perjudicarán a terceros de buena fe.

Por dicha razón, el art. 83 CC exige que se remita copia de la escritura pública al Registro Civil. Esta misma obligación viene impuesta en el nuevo art. 61 LRC, que concreta que dicha remisión deberá efectuarse «en el mismo día o al siguiente hábil, y por medios electrónicos, a la Oficina General del Registro Civil». Hasta el desarrollo de dicha forma de comunicación, parece que podrá darse cumplimiento a esta obligación mediante remisión de la copia autorizada extendida en papel.

V. MODIFICACIÓN DEL CONVENIO

Como parece obvio, el convenio de separación o divorcio estipulado de común acuerdo por los cónyuges puede ser modificado por estos en cualquier momento. Esta posibilidad viene reconocida con carácter general en el art. 90.3 CC: «Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario Judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código».

De un modo más específico, el CC se refiere al pacto relativo a la pensión compensatoria señalando en el art. 100 que: «La pensión y las bases de actualización fijadas en el convenio regulador formalizado ante el Secretario Judicial o Notario podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código». Y como un tipo específico de modificación de dicha pensión, el art. 99 establece que: «En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión [...] por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero».

En congruencia con lo antes señalado en relación con la necesidad de inscripción en el Registro Civil, señala el art. 61 LRC: «Las resoluciones judiciales o las escrituras públicas que modifiquen las inicialmente adoptadas o convenidas también deberán ser inscritas en el Registro Civil». Debiendo entenderse que, hasta ese preciso momento, no se producen sus efectos en perjuicio de terceros de buena fe.

VI. FORMA Y EFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN

El art. 84 CC se refiere a la reconciliación entre cónyuges señalando que la misma «pone término al procedimiento de **separa-**

ción y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido del litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación con los hijos, cuando exista causa que lo justifique. Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones».

Los efectos de la reconciliación frente a terceros están sujetos, según reconoce el mismo art. 84 CC en su último párrafo, a la inscripción en el Registro Civil correspondiente

Conviene hacer algunos comentarios a esta norma:

- En primer lugar, que se trata de una posibilidad limitada al supuesto de separación matrimonial, en que el vínculo conyugal no se ha extinguido. De haber habido un divorcio, la reconciliación de los excónyuges no pasa de ser un supuesto meramente fáctico, sin trascendencia jurídica, aunque sin perjuicio de la posibilidad de un nuevo matrimonio entre los mismos.
- Que si la separación ha sido judicial, la reconciliación debe ser también judicial, no siendo posible formalizarla en documento notarial.
- Que la referencia que hace la norma al acta de manifestaciones como posible documento a otorgar no nos parece acertada, salvo que se admita la interpretación hecha más arriba respecto de la posibilidad de una *resolución* notarial no simultánea a la prestación del consentimiento de los cónyuges a la separación, en cuyo caso podría admitirse que la reconciliación anterior a esa resolución se recogiera en acta de manifestaciones (por más que la forma aparentemente más adecuada sería una diligencia en la misma escritura). En cualquier otro caso, dado que la reconciliación implica una declaración de voluntad que provoca dejar sin efecto lo estipulado en la escritura de separa-



ción, el vehículo documental adecuado debería ser la escritura pública.

Por lo demás, los efectos de la reconciliación frente a terceros están sujetos, según reconoce el mismo art. 84 CC en su último párrafo, a la inscripción en el Registro Civil correspondiente.

VII. CONFLICTO DE LEYES

1. Conflicto internacional

A) Ley aplicable al divorcio y la separación

Si alguno de los cónyuges es nacional o residente de algún país extranjero, se hace necesario determinar qué ley se aplica a la separación o divorcio, cuestión distinta y posterior a la comentada al principio en relación con las reglas de determinación de la competencia notarial. El art. 9.2 CC señala al respecto que «*la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107*». Y este, en la redacción recibida ahora en la LJV, dispone en su número 2 que «*la separación y el divorcio legal (habrá que entender «la separación legal y el divorcio») se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado*»⁽¹⁶⁾. Dicha modificación adecuaba la normativa interna a la situación de hecho ya existente desde la entrada en vigor, el día 21 de junio de 2012, del **Reglamento 1259/2010** del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 (también conocido como Reglamento Roma III), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial. Desde dicha fecha, la aplicabilidad directa de la normativa europea había supuesto el desplazamiento del anterior contenido del art. 107.2 CC⁽¹⁷⁾.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el Reglamento 1259/2010 se aplica únicamente a los «*motivos para el divorcio o la separación judicial*» (Considerando 10). Quedan excluidos los efectos jurídicos o las consecuencias legales del divorcio o la separación, cuestión que afecta directamente

a algunas de las materias que son o pueden ser objeto del convenio. Antes de referirnos, aunque sea sucintamente, a las mismas, señalaremos los principios fundamentales que resultan del Reglamento 1259/2010:

1. Para determinar la **ley aplicable**, hay que atender, en primer lugar, a lo dispuesto en el art. 5.1:

*Los cónyuges podrán **convenir** en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea **una de las siguientes leyes**:*

- a) *La ley del Estado en que **los cónyuges tengan su residencia habitual** en el momento de la celebración del convenio.*
- b) *La ley del Estado del **último lugar de residencia habitual de los cónyuges**, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio.*
- c) *La ley del Estado **cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges** en el momento en que se celebre el convenio, o*
- d) *La ley del **foro**.*

Es previsible, en consecuencia, que al requerir el divorcio o la separación notarial el mutuo acuerdo de los cónyuges, este se extienda a la determinación de la legislación aplicable. De lo contrario, hay que acudir a los criterios supletorios que prevé el art. 8 del Reglamento:

A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

- a) *En que **los cónyuges tengan su residencia habitual** en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,*
- b) *En que los cónyuges **hayan tenido su última residencia habitual**, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,*
- c) *De la **nacionalidad de ambos cónyuges** en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,*

- d) *Ante cuyos **órganos jurisdiccionales** se interponga la demanda.*

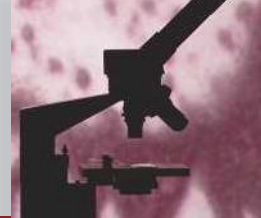
2. Es importante destacar que, de su art. 4 (y de los considerandos 12 y 14), resulta que el Reglamento es de **aplicación «universal» o erga omnes**. Ello significa su aplicabilidad al divorcio o separación que se plantee ante la autoridad competente del Estado Miembro participante (condición que tiene España), con independencia de que la nacionalidad, residencia habitual o domicilio de los cónyuges sea de un Estado Miembro, participante o no, o de un Estado no miembro de la Unión Europea, y aun cuando, como consecuencia de su aplicación, resulte designada la ley material de un Estado Miembro, participante o no, o de un Estado no miembro de la Unión Europea.

3. De acuerdo con el art. 10, se aplicará la **ley del foro** cuando el Derecho que resulte de los arts. 5 a 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial.

4. El art. 11 del Reglamento **prohíbe el reenvío**, señalando expresamente que la remisión se entenderá hecha a las normas jurídicas en vigor en el Estado en cuestión, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado.

5. Y el art. 14 establece determinadas reglas para aquellos supuestos de aplicabilidad de la legislación de un **Estado en el que coexistan diferentes legislaciones territoriales**⁽¹⁸⁾:

- a) *Toda referencia a la legislación de tal Estado se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo al presente Reglamento, como una referencia a la **legislación vigente en la unidad territorial** de que se trate.*
- b) *Toda referencia a la residencia habitual en tal Estado se entenderá como una referencia a la **residencia habitual en una unidad territorial**.*
- c) *Toda referencia a la **nacionalidad** se referirá a la unidad territorial designada por la ley de tal Estado o, a falta de normas a estos efectos, a la unidad territorial elegida por las partes, o bien, a falta de elección, a la unidad*



territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados.

Se trata, por tanto, de una remisión directa en los dos primeros supuestos, mientras que para el tercero, cuando el punto de conexión sea la nacionalidad, establece, en primer lugar, una remisión indirecta a las normas de Derecho interterritorial de dicho Estado; en su defecto, a la normativa aplicable en la unidad territorial escogida por las partes, y, como cláusula de cierre, a un criterio de vinculación efectiva.

Aunque decíamos antes que lo previsible es que, en un supuesto de separación o divorcio de mutuo acuerdo, exista también consenso en orden a la determinación de la legislación aplicable, la letra c) del art. 14 no parece permitir, en caso de que dicha legislación sea la de un Estado con diferentes normativas territoriales, escoger la de un territorio en concreto cuando dicho Estado tiene sus propias normas de conflicto interterritorial, lo que puede, sin duda, complicar la solución al conflicto.

El Reglamento no se aplica a los efectos jurídicos o consecuencias legales del divorcio o la separación, lo cual obliga a tener en cuenta la normativa internacional que pueda afectar a algunas de las materias que son propias del convenio regulador

B) Ley aplicable a los efectos jurídicos del divorcio o la separación

Como decíamos antes, el Reglamento no se aplica a los efectos jurídicos o consecuencias legales del divorcio o la separación, lo cual obliga a tener en cuenta la normativa internacional que pueda afectar a algunas de las materias que son propias del convenio regulador. Siguiendo en este punto a CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁽¹⁹⁾, y limitándonos a aquellas cuestiones propias del supuesto en que el divorcio o la separación puedan formalizarse ante Notario, podemos señalar:

1. El **procedimiento** de separación o divorcio se considera un «aspecto proce-

sal», y, como tal, sujeto a la ley procesal del Estado Miembro cuyos tribunales (*autoridades*, diremos a fin de incluir al Notario) sean competentes.

2. Los **alimentos y pensiones** debidos a los hijos a consecuencia del divorcio, así como aquellos a que tuviere derecho uno de los cónyuges, y la **compensación por desequilibrio económico** se rigen por la ley determinada en virtud del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 (ley aplicable a las obligaciones alimenticias).
3. La ley aplicable a la **disolución y liquidación del régimen económico matrimonial** será la misma que regula dicho régimen, que, en nuestro Derecho, se determina con arreglo a los arts. 9.2 y 9.3 CC.
4. La asignación del **uso de la vivienda familiar** y del ajuar doméstico depende de la existencia o no de hijos, y de la edad de los mismos, pudiendo sintetizarse el esquema aplicable:

a) Habiendo hijos menores de edad:

a.1) Si el hijo es menor de edad y menor de 18 años (supuesto en el que, como sabemos ya, no cabe el divorcio o la separación ante Notario), se aplica el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, que, como regla general, atiende a la ley de la residencia habitual del menor.

a.2) Si el hijo es menor de edad con arreglo a su nacionalidad, pero mayor de 18 años (posibilidad que hay que tener en consideración, aun cuando sea también para excluir la competencia notarial), se aplica el art. 9.6 CC, que remite a la ley nacional del menor.

b) Si no hay hijos, o los que hay son mayores de edad, se aplica el art. 10.1 CC, del que resulta regirse la materia por la ley correspondiente al lugar de ubicación del inmueble.

2. Conflicto interterritorial

Como sabemos, el art 149.1.8 de la Constitución reserva al Estado la competencia

exclusiva sobre las «*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*», lo que se ha entendido que incluye la regulación de las causas de separación matrimonial y divorcio, cuyos requisitos se contienen en el CC, arts. 73 y ss., algunos de los cuales han sido objeto de modificación en la LJV. Ahora bien, los efectos de la separación matrimonial y el divorcio sí pueden ser objeto de regulación por las comunidades autónomas que asuman dicha competencia, y ese es el caso de Catalunya, que ha regulado la materia en los arts. 233-1 y ss. CCCat, como también de Aragón (arts. 79 y ss. del Código de Derecho Foral de Aragón), Comunidad Valenciana (Ley 20/2007, de régimen económico matrimonial, y Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven), y de Baleares y Navarra, en ámbitos en principio no afectantes a la separación o divorcio ante Notario.

Por tanto, si los cónyuges españoles tienen vecindad civil y residencia habitual en el mismo territorio de entre los que tienen normativa propia sobre los efectos de la separación o divorcio, será esta la aplicable. Pero, si no hay coincidencia en alguna de dichas circunstancias, hay que acudir a las correspondientes normas de conflicto⁽²⁰⁾.

En relación con dicha cuestión, el art. 16 del Reglamento 1259/2010 determina que el mismo solo se aplicará a los conflictos exclusivamente interterritoriales cuando el Estado Miembro así lo decida⁽²¹⁾. Hasta la publicación de la LJV, España tenía su propio sistema conflictual para resolver tales supuestos, puesto que, como decíamos antes, el art. 107.2 CC contenía una normativa que, inaplicable paradójicamente en el caso de conflicto de leyes de ámbito internacional una vez vigente el Reglamento Roma III, seguía determinando (mediante sustituir el concepto de *nacionalidad* por el de *vecindad civil*) la ley aplicable cuando se trataba de un conflicto interterritorial interno, por virtud de la remisión contenida en el art. 16 CC.

Sin embargo, la LJV ha dado nueva redacción a dicho art. 107.2, que ahora establece: «*La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado*». Lo cual supone ampliar el juego de remisiones, con un resultado quizá menos satisfactorio de lo esperado. Recordemos: el art. 16 CC nos remite al art. 9.2; este, al art. 107, y



este, a las normas de la Unión Europea. Ello parecería provocar la aplicabilidad, también en el ámbito de los conflictos interterritoriales, de los puntos de conexión establecidos en el Reglamento 1259/2010, lo cual determinaría la posibilidad de convenio entre los cónyuges para fijar la ley aplicable a su separación o divorcio y, a falta de tal convenio, la aplicación, con carácter preferente, del punto de conexión basado en la residencia habitual común y, subsidiariamente, el de la vecindad civil común, quedando la ley del foro (en el caso de la separación o divorcio notarial, la correspondiente a la residencia del Notario) como criterio residual.

Este esquema supondría, en definitiva, un cambio de sistema de puntos de conexión, el del antiguo art. 107.2 CC por el del Reglamento 1259/2010, que se vería justificado, además, por razones de coordinación. Pero dicho esquema se podría venir abajo, si tenemos en cuenta que el Reglamento 1259/2010 se aplica únicamente a los «*motivos para el divorcio o la separación judicial*», supuesto en relación con el cual no cabe, por definición, el conflicto interno de leyes, puesto que se trata de una materia regulada por el Estado, con aplicabilidad directa en todo el territorio español⁽²²⁾. Y si esta interpretación fuera correcta, no estaríamos ante un cambio de sistema de puntos de conexión, sino ante una derogación del sistema anterior, sin sustitución por uno nuevo.

Solo si aceptamos la opinión de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ de

que la *Lex Divortii / Lex Separationis* regula el contenido necesario del convenio regulador, encontraríamos posible solución a las dudas que la modificación operada plantea⁽²³⁾. Sustentan esa idea dichos autores, siguiendo a G. WIEDERKERHR y P. HAMMJE, en que la presentación del convenio opera como una condición o requisito del divorcio o separación. Si así se entiende, el Reglamento 1259/2010 y los puntos de conexión que en el mismo se establecen serían aplicables para determinar la cuestión principal de qué normativa debe tomarse en consideración para atender al contenido del convenio regulador de la separación o el divorcio.

Y todo lo anterior sin perjuicio de que la remisión a «*las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado*» que hace ahora el art. 107.2 CC nos obligue a tener también en cuenta la normativa ya indicada en el apartado anterior como aplicable a los efectos jurídicos del divorcio o separación. Cuestión que puede dar lugar a cierta confusión, en algún caso, puesto que, como señalábamos antes, la aplicabilidad preferente de la normativa europea puede dar lugar a *desplazamientos* quizá inesperados de la normativa conflictual interna, como la contenida en el art. 9.7 CC en relación con la prestación de alimentos entre parientes.

- (1) Art. 54.1 LN: «**Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes.**».
- (2) El art. 3 del Reglamento 2201/2003 establece que: «1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro:
 - a) En cuyo territorio se encuentre:
 - La residencia habitual de los cónyuges, o
 - El último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
 - La residencia habitual del demandado, o
 - En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
 - La residencia habitual del demandante, si ha residido allí durante al menos un año

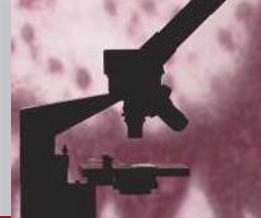
inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o

— La residencia habitual del demandante, en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y sea nacional del Estado Miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su domicilio.

b) De la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del domicilio común.

2. A efectos del presente Reglamento, el término domicilio se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda.

- (3) Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 30, May./Ago. 2008, págs. 457-482.
- (4) Art. 82.1 CC: «**Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el art. 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.**».
- Art. 87 CC: «**Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el art. 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio.**».
- (5) Art. 82.2 CC: «**No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.**».
- Art. 54.1 LN: véase la nota 1.
- (6) Art. 82.1, párrafo segundo CC: «**Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario Judicial o Notario. Igualmente, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Se-**



cretario Judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar».

- (7) Art. 54.2 LN: «Los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio». Art. 82.1, párrafo segundo CC: véase la nota 4.
- (8) Así lo recogen Pere DEL POZO, Antoni VAQUER y Esteve BOSCH en la obra *Derecho Civil de Cataluña: Derecho de Familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 121.
- (9) «El Notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4».
- (10) La posibilidad de tales pactos fue también reconocida por el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala de lo Civil, sección 1.ª, del 31 de marzo de 2011.
- (11) Art. 231-20: «4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que **la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas**, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.
5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces, si este acredita que **han sobrevenido circunstancias relevantes** que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron».
- (12) Destacar, en este sentido, que el posible pacto relativo al «régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos» que incluyen estos artículos se refiere a los nietos menores de edad, como resultado de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que introdujo la norma en el CC, y del art. 233-12-1, cuando habla de la relación «con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar».
- (13) Dice dicho artículo que: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes, en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

- (14) El art. 142 CC señala que: «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad **y aun después**, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable». La obligación de alimentos, por tanto, se extiende también a este supuesto.
- (15) En el mismo sentido, la SAP Barcelona (Sección 12.ª) 198/2014, de 18 de marzo, señala que «el principio de intervención mínima en materias de Derecho Privado determina que el control judicial se ha de limitar, en estos casos, a recoger la ratificación del convenio y a comprobar que el acuerdo es lícito, es decir, que no va contra el orden público ni la moral (art. 1275 CC), así como que no perjudica a las menores».
- (16) Paralelamente, el art. 10 LJV dispone, con carácter general, que «los órganos judiciales españoles aplicarán a los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria respecto de los cuales resultaren competentes la ley determinada por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado».
- (17) Disponía dicho artículo: «La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de esta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio, si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:
a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público».

- (18) A su vez, el art. 15 determina la normativa de conflicto encargada de resolver los casos de remisión a un Estado plurilegislativo de base personal: «Toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en lo que se refiere a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento se entenderá como una referencia al sistema jurídico determinado por las normas vigentes en tal Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados».
- (19) Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Ed. Comares, Granada, 2013, págs. 265 y ss.
- (20) En este punto, el hecho de que el art. 13 CC señale que «las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV del Libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España» parece que no impide la aplicación de las normas dictadas por la correspondiente comunidad autónoma, si así resultare de la aplicación de las correspondientes normas de conflicto, toda vez que es el mismo Título Preliminar, en su art. 9.2, el que determina, de modo especial, la normativa aplicable, al señalar que «la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107».
- (21) «Los Estados Miembros participantes en los que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjuntos de normas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento no estarán obligados a aplicarlo a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre esos sistemas jurídicos o conjuntos de normas».
- (22) En este sentido, el Magistrado Joaquín BAYO DELGADO, dentro de la obra colectiva *Memento experto crisis matrimoniales*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 435.
- (23) Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 263.

Expedientes de jurisdicción voluntaria

José-Javier Cuevas Castaño
Notario

SUMARIO

- I. ORIGEN DE LA EXPRESIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA
- II. AUSENCIA DE CONFLICTO Y DE PARTES CONTRAPUESTAS
- III. CONCEPTOS
- IV. DESJUDICIALIZACIÓN Y REPARTO COMPETENCIAL
- V. ESTRUCTURA DE LA LEY
- VI. CONTENIDO
- VII. BIBLIOGRAFÍA MÁS RECIENTE

I. ORIGEN DE LA EXPRESIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

La expresión *jurisdicción voluntaria* nace como mera contraposición a la de *jurisdicción contenciosa* y aparece por primera vez en las *Instituciones*, de Marciano, para referirse al ámbito competencial que ya ostentaban los procónsules tan pronto como salían de Roma para dirigirse a la provincia que se les había encomendado. En este sentido, se decía en el Digesto que «*todos los procónsules, tan pronto como hubieran salido de Roma, tienen jurisdicción pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que pueden autorizar emancipaciones, manumisiones y adopciones*».

Más allá de estos **antecedentes históricos**, que se justifican como breve pero



obligada referencia a las raíces de la terminología que utilizamos, no parece que sea necesario entrar en detalles sobre las vicisitudes que a lo largo del tiempo ha sufrido esta institución.

En cuanto a su **naturaleza jurídica**, se ha hablado de *actividad jurisdiccional* (CARNELUTTI) o *naturaleza administrativa* (ALLO- RIO) o *sustancialmente administrativa*, pero

desarrollada bajo fórmulas jurisdiccionales (CRISTOFALINI), o se la ha situado en una zona *limítrofe entre la función jurisdiccional y la administrativa* (CALAMANDREI), o se ha considerado como un *tertius genus* o actividad autónoma entre *administración y jurisdicción* (FAZZALARI).

Por mi parte, siguiendo a CHIOVENDA, soy de la opinión que la expresión *jurisdic-*



ción voluntaria tiene un valor meramente convencional, ya que en los actos, negocios o expedientes que constituyen su ámbito no cabe hablar propiamente *ni de jurisdicción, ni de voluntariedad*. Tal vez por ello, aunque con muy escaso éxito, se ha tratado de sustituir la expresión *jurisdicción voluntaria* por otras como *procedimenti in camera di consiglio* (Italia), *jurisditio graciense* (Francia) o *jurisdicción en asuntos no contenciosos* (Austria).

Incluso me atrevería a ir más lejos, aunque ya en solitario y bajo mi responsabilidad, diciendo que en la expresión *jurisdicción voluntaria* existe, al menos a primera vista, una cierta *contraditio in terminis*, al aponer al sustantivo *jurisdicción*, que da idea de algo impuesto u obligado, el calificativo contradictorio de *voluntaria*.

Los interesados (que no las partes) se presentan voluntariamente al Magistrado para que se colabore en el nacimiento de una relación jurídica consensuada por los requirentes o comparecientes

Sin embargo, estas dudas y reservas mentales quedan bastante disipadas cuando se conecta la idea de *voluntariedad* con la de actuación inter volentes de la que habla FERNÁNDEZ BUJÁN, es decir, cuando se quiere hacer referencia a que los sujetos que podrían ser *partes* en una relación conflictiva optan por no asumir tal papel y, de manera voluntaria, sujetan su comportamiento al control de legalidad y asesoramiento de un tercero, que no tiene que estar investido necesariamente de *jurisdicción* y que ya en Roma fue el *tabellión*, figura que entronca directamente con la del **Notario**, lo que pone de manifiesto las profundas raíces y razones históricas que tiene la ampliación de sus atribuciones en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV). A juicio del mismo autor, estaríamos ante supuestos en los que «*los interesados o solicitantes —ya que no cabría hablar en sentido estricto de partes— [...] se presentan voluntariamente al Magistrado sin ser citados no para que se pronuncie sobre una pretensión de un derecho subjetivo frente a la otra parte, sino para que colabore en el nacimiento de una relación jurídica consensuada por los requirentes o comparecientes*».



FICHA TÉCNICA

Resumen: La ausencia de conflicto o la decisión común y voluntaria de evitarlo es algo que late en el fondo de muchos de los actos o expedientes de jurisdicción voluntaria, y constituye una muestra más de las corrientes antilitigiosas que van cobrando día a día más fuerza y difusión. Mediante el presente trabajo, se analiza el contenido de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria.

Palabras clave: Jurisdicción voluntaria, expedientes civiles y mercantiles.

Abstract: The absence of conflict, or a common and voluntary decision to avoid it, is at the heart of many voluntary-jurisdiction activities or cases, and constitutes one more example of an anti-litigation trend which is becoming more and more widespread every day. This work aims to examine the content of Law 15/2015 of 2 July on voluntary jurisdiction.

Keywords: Voluntary jurisdiction, civil and commercial cases.

II. AUSENCIA DE CONFLICTO Y DE PARTES CONTRAPUESTAS

La ausencia de conflicto o la decisión común y voluntaria de evitarlo, que es algo que late en el fondo de muchos de los actos o expedientes de jurisdicción voluntaria, constituye una muestra más de las **corrientes antilitigiosas** que van cobrando día a día más fuerza y difusión. El conflicto y su judicialización tienen un coste que la sociedad actual ni puede ni quiere permitirse, lo que ha conducido a la pujanza de otros remedios, por vía contractual o convencional, normalmente anticipada y previsible, como el convenio arbitral, la mediación, la amigable composición e, incluso, la transacción judicial o extrajudicial (que una inteligente revisión en materia de tasas y costas judiciales podría propiciar aún más).

A lo dicho cabría añadir, para ir perfilando los contornos de la jurisdicción voluntaria, que en ella no cabe hablar de **partes** en el sentido de 'contraposición', 'contienda' o 'conflicto' que habitualmente tiene esta palabra, aunque nada impide que en algunos casos existan *personas diversas, incluso en posiciones distintas y con pretensiones diferentes*. Tal ocurre, por ejemplo, en el supuesto de nombramiento por el Notario de un profesional o experto que zanje discrepancias en materia de daños indemnizables por el seguro, a lo que se refiere el nuevo art. 50 LN, introducido precisamente por la LJV (con texto trasladado al ámbito notarial desde su sede judicial en el art. 341 de la LEC).

III. CONCEPTOS

Descendiendo al Derecho positivo y, más concretamente, al Derecho español,

constituido hasta ahora por el Libro III de la LEC de 1881, cuya vigencia fue dejada a salvo por la disposición derogatoria única de la vigente LEC, de 7 de enero de 2000, procede recordar que sus 323 artículos constituían una regulación que la doctrina calificaba como «*caótica, dispersa y anacrónica*» (RAMOS MÉNDEZ, en «*Jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*»).

El art. 1811 de la LEC de 1881 establecía que: «*Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas*».

La nueva LJV, en su art. 1.2, define los expedientes de jurisdicción voluntaria como «*todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y Mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*».

Ambos preceptos coinciden en resaltar como principal idea delimitadora de la noción y ámbito de la jurisdicción voluntaria la *ausencia de cuestión o controversia*.

A esa misma idea respondía también el art. 1817 de la vieja LEC, cuando decía, en consonancia con lo que ya había previsto el art. 1208 del CC de 1851, que: «*Si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente [...] y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda*».

Sin embargo, en el art. 17 de la nueva ley, se dice, a continuación de la previsión de citación de los interesados, que: «*Si algu-*



no de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea».

El nuevo enfoque de la materia, evitando el salto de una jurisdicción a otra, no parece que sea muy acorde con la idea de *ausencia de contienda* que define y delimita a la jurisdicción voluntaria, pese a lo cual la doctrina (LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA) justifica esta actitud del legislador.

El concepto de *jurisdicción voluntaria* extraído del art. 1.2 de la nueva ley hace referencia a *la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y Mercantil*, con lo que, al decir de Liébana Ortiz y Pérez Escalona, «el legislador ha querido acabar con el cajón de sastre que tradicionalmente ha supuesto la jurisdicción voluntaria». «De esta forma —siguen diciéndonos—, se ha reducido el ámbito de aplicación [de] la jurisdicción voluntaria —y de su ley reguladora como norma subsidiaria— respecto de determinados instrumentos jurídicos que, aunque tradicionalmente se han incluido en ella, no son materias de Derecho Civil o Mercantil [...] por ejemplo, la conciliación laboral previa (arts. 63, 64, 65, 66, 67 y 68 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) o la conciliación penal en los procesos por delito de injurias o calumnias contra particulares (art. 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)». «De esta forma —siguen dicién-

donos ahora en nota a pie de página—, el legislador ha desechado la posibilidad de una jurisdicción voluntaria penal apuntada por Calaza López».

IV. DESJUDICIALIZACIÓN Y REPARTO COMPETENCIAL

Tal vez la gran innovación de la nueva ley (y, a la vez, la razón de su retraso por la *guerra de fronteras* que suscitaba) esté en la **distribución de competencias**, unas veces exclusivas y otras concurrentes, de distintos funcionarios, rompiéndose así el tradicional monopolio judicial sobre la materia e introduciendo, junto a los jueces, a secretarios judiciales (hoy «letrados de la Administración de Justicia»), notarios y registradores de la propiedad o mercantiles, lo que se ha justificado con base en la experiencia de otros países, la optimización de los recursos públicos disponibles y la sobrada capacidad para actuar con plena efectividad y sin merma de garantías de estos profesionales del Derecho, y propiciando de esta manera que los «*jueces puedan centrar sus esfuerzos en el cumplimiento de la esencial misión que la Constitución les encomienda, como exclusivos titulares de la potestad jurisdiccional*».

Sin embargo, esta *desjudicialización* de la jurisdicción voluntaria no lleva aparejado ningún atisbo de desregulación, puesto que viene neutralizada por lo que PICÓ I JUNOY denomina *procesalización*, lo que se traduce, según el mismo autor, en que, como en

cualquier procedimiento, «*todo se inicia con un escrito, que puede dar lugar a una comparecencia en la que se practicarán pruebas y se efectuarán conclusiones, y acabará con un auto (del Juez) o decreto (del Secretario Judicial), recurrible en apelación o revisión*».

La desjudicialización de la jurisdicción voluntaria no lleva aparejado ningún atisbo de desregulación, puesto que viene neutralizada por lo que la doctrina denomina *procesalización*

En el desarrollo de estas ideas, donde, por cierto, prescinde de los expedientes tramitados en sede notarial o registral, distingue este autor las fases sucesivas de iniciación o **solicitud** (art. 14 LJV) que deben tener el mismo contenido previsto en los arts. 399 y 437 LEC para cualquier demanda: se solicitarán, propondrán u ordenarán y practicarán las **pruebas** que se consideren necesarias (art. 5 LJV); se celebrará y sustanciará por los trámites del juicio verbal una **comparecencia** (art. 18 LJV); se resolverá el expediente por medio de **auto** o **decreto** (art. 19 LJV), y se podrán interponer los **recursos** de reposición o apelación que procedan (art. 20 LJV), pudiéndose luego proceder a la **ejecución** de la resolución firme conforme a los arts. 521 y 522 LEC.

V. ESTRUCTURA DE LA LEY

Probablemente el hecho más significativo de la vida legislativa de este país durante el presente año 2015 haya sido la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, en cumplimiento, aunque tardío, de lo previsto en la disposición final 18.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que ha derogado la regulación sobre la materia que estaba vigente y procedía de la anterior LEC de 1881, de la que ahora solo sobreviven sus arts. 951 a 958, referentes a la *ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros*.

Han sido quince años de retraso y un intento fallido, puesto que un proyecto anterior, que llegó a superar su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, fue retirado por el Gobierno en octubre de



2006, un día antes de que fuera sometido a la aprobación del Senado.

La nueva ley tiene 148 artículos, 6 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 1 derogatoria y hasta 21 disposiciones finales que reforman en profundidad un abanico de normas como el Código Civil (objeto de 97 modificaciones), el Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil (a la que se afectó en 19 ocasiones), la Ley del Registro Civil (con 12 modificaciones), la del Notariado (en la que introduce 35 nuevos artículos), la de Sociedades de Capital (a la que afectan 13 reformas), la Hipotecaria y otras disposiciones tan diversas como los acuerdos de cooperación con las Federaciones Religiosas Evangélicas, Comunidades Israelitas, Comisión Islámica, la Ley reguladora del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la del Contrato de Seguro, la de Protección Patrimonial de Personas Discapacitadas, la del Notariado, la Reguladora de Emisión de Obligaciones, la de Sucesión en Títulos Nobiliarios y las de Consumidores y Usuarios y de Tasas en la Administración de Justicia. Y, por último, la disposición final 19.^a extiende la normativa de asistencia jurídica y gratuita a determinadas actuaciones en materia sucesoria o de derechos reales.

La ley no agota la totalidad de la jurisdicción voluntaria, por cuanto existen materias que están acogidas en otras normas, como la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima, en sus arts. 501 a 524.

VI. CONTENIDO

El contenido de la ley va mucho más allá de lo que anuncia su título, puesto que, si bien regula con carácter principal los llamados *expedientes de jurisdicción voluntaria* que se hayan de tramitar ante los órganos jurisdiccionales, ha ido mucho más lejos, *al modificar una serie de normas sustantivas y procedimentales* a las que luego nos referiremos, entre las que citaré **la Ley del Notariado**, que ha pasado de tener 48 artículos (muchos de ellos obsoletos, superados por la realidad y derogados, de hecho, por los sucesivos reglamentos notariales, en clara y flagrante heterodoxia legislativa) a tener ahora 83 artículos. Y es que la técnica seguida por la nueva LJV no ha sido la de *agrupar* en su texto los diversos expedientes de jurisdicción voluntaria, sino, en la mayor parte de los casos, la de *distribuirlos*, mediante reformas concretas de la normativa específica

de cada una de las materias de cuya regulación se ocupa.

- En su **TÍTULO PRELIMINAR**, que comprende 8 artículos bajo la rúbrica «**Disposiciones generales**», se acota el contenido de la ley al decirse que «*tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales*», prescindiendo así de aquellos expedientes que se tramitan ante Notario o Registrador, de cuya regulación no se ocupa directamente, sino mediante las reformas que introduce en su normativa específica.

Los expedientes de jurisdicción voluntaria se circunscriben a derechos e intereses en materia de Derecho Civil y Mercantil

Define a continuación, en los términos que ya vimos, los *expedientes de jurisdicción voluntaria*, que, según dijimos, se circunscriben a derechos e intereses en materia de *Derecho Civil y Mercantil*.

Se ocupa luego de la *competencia*, que funcionalmente corresponde a Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, concretándola también territorialmente y sentando los criterios de distribución entre jueces y secretarios judiciales.

Pasa después a la *legitimación* para promover los expedientes y a la *postulación* o intervención obligada o voluntaria de abogados y procuradores, así como a los casos de *intervención del Ministerio Fiscal*.

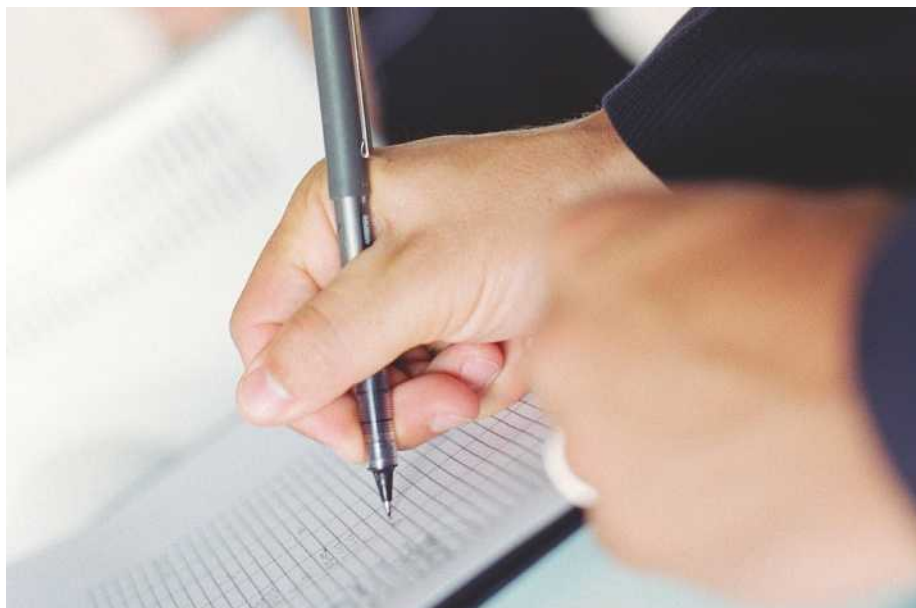
Hace una brevísima referencia a la fase *probatoria*, a la *tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos* y se refiere luego al tema de *gastos* ocasionados por los expedientes, que, en principio, irán a cargo del solicitante.

Y termina este Título Preliminar estableciendo *el carácter supletorio de la LEC*.

- El **TÍTULO I** contiene las *normas comunes en materia de tramitación* de los expedientes, iniciándose con las de *Derecho Internacional Privado*, a las que siguen las *generales de tramitación*, de

alguna de las cuales ya nos hemos ocupado.

- El **TÍTULO II** se ocupa de los expedientes en materia de *personas* (filiación no matrimonial, habilitación y nombramiento de defensor judicial, adopción, tutela, curatela y guarda de hecho, emancipación por concesión judicial y beneficio de mayoría de edad, protección patrimonial de discapacitados, derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de menores o discapacitados, autorización para disposición y gravamen de sus bienes, declaración de ausencia y fallecimiento, extracción y donación de órganos).
- En el **TÍTULO III** se regulan los expedientes en materia de *familia*, tales como la dispensa de impedimentos matrimoniales, la intervención judicial en materia de patria potestad, desacuerdo conyugal y administración de ganancias.
- El **TÍTULO IV** se refiere a los expedientes relativos a *Derecho Sucesorio*, refiriéndose al albaceazgo, contadores-partidores dativos, aceptación y repudiación de herencia.
- En el **TÍTULO V**, relativo a expedientes en Derecho de Obligaciones, se arbitran los mecanismos aplicativos del art. 1128 CC sobre señalamiento de *plazos*, y se regula la *consignación judicial*.
- El **TÍTULO VI** trata de los expedientes relativos a *derechos reales* (reclamación por el usufructuario de créditos vencidos, deslinde de fincas no inscritas).
- El **TÍTULO VII** está dedicado a los expedientes de *subastas voluntarias judiciales y telemáticas o electrónicas* a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.
- El **TÍTULO VIII** trata de los expedientes de *jurisdicción voluntaria en materia mercantil* y, más concretamente, de la exhibición de libros, documentos y soportes contables de las personas obligadas a su llevanza, de la convocatoria de juntas generales, del nombramiento y revocación de liquidadores, auditores o interventores, de determinados supuestos de reducción de capital y amortización o enajenación de acciones y/o participaciones sociales, de la disolución ju-



dicial de sociedades, de la convocatoria de la asamblea de obligacionistas, del robo, hurto, extravío o destrucción de títulos, del nombramiento de perito en contratos de seguro y de la conciliación.

Con ser bastante amplio el articulado de la ley, quizás lo es más el contenido y trascendencia de algunas de sus 6 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 1 derogatoria y, sobre todo, *21 disposiciones finales*, de entre las cuales no podemos por menos que destacar la **disposición final 11.ª**, que, bajo la rúbrica «*Modificación de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado*», añade a su vetusto y retocado texto los arts. 49 a 82, ambos inclusive, lo que supone una regulación pretendidamente completa del papel de los notarios como nuevos operadores en materia de jurisdicción voluntaria, autorizando al efecto, y según proceda, actas o escrituras en los siguientes campos:

- *Matrimonial* (arts. 51, 52 y 53).
- *Sucesiones* (arts. 55 a 67).
- *Obligaciones* (arts. 69 a 71).

— *Subasta notarial* (arts. 72 a 77).

— *Materia mercantil*:

- Robo, hurto, extravío o destrucción de título-valor (arts. 78 a 80).
- Depósitos y venta de bienes depositados (art. 79).
- Nombramiento de peritos en materia de seguros (art. 80).

Al Cuerpo Registral se le ha dotado de una capacidad que supera su tradicional papel de calificación e inscripción de título ajenos, pudiendo crear títulos

- *Expedientes de conciliación* (arts. 81 y 82) y disposición final 12.ª, que modifica la LH introduciendo (como logro de última hora del Cuerpo de Registradores) una intervención imprevista en las con-

troverias inmobiliarias, urbanísticas y mercantiles o que versen *sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia*. La trascendencia de esta novedad consiste en que se ha dotado al Cuerpo Registral, nunca olvidado ni maltratado, una capacidad que supera su tradicional papel de calificación e inscripción de título ajenos y les abre el portillo de algo que les era tan ajeno como la *creación de títulos*.

Cada uno de estos campos de actuación notarial es merecedor de un estudio pormenorizado y todos juntos constituyen una prueba evidente de la utilidad de una institución que, sobre la base de su carácter funcional y de su profesionalidad e, incluso, especialización jurídica, desmiente cada día a quienes llevan años anunciando su entierro por ser contraria al signo antiformalista de estos tiempos, a los que, desde el más absoluto convencimiento, se les debe decir aquello de que **los muertos que vos matáis gozan de buena salud**.

VII. BIBLIOGRAFÍA MÁS RECIENTE

BANACLOCHE PALAU, Julio. *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*. Ed. La Ley. Madrid, 2015.

GONZÁLEZ GRANADA, Piedad. *¿Quo vadis jurisdicción voluntaria?* Ed. Reus. Madrid, 2015.

LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón; PÉREZ ESCALONA, Susana. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Thomson Reuters; Aranzadi. Cizur Menor, 2015.

PICÓ I JUNOY, Joan. *La desjudicialización y procesalización de la jurisdicción voluntaria*. Ed. Digitals de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona. Barcelona, 2015.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael. «Aspectos mercantiles de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria». En *La Ley Mercantil*, n.º 16, Jul.-Ago. 2015, pág. 3.

De la novación de préstamo hipotecario a la hipoteca «recargable»

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NOVACIÓN POR AMPLIACIÓN DE PLAZO
- III. NOVACIÓN POR AMPLIACIÓN DE CAPITAL

I. INTRODUCCIÓN

La evolución interpretativa que ha tenido el art. 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, a partir de su reforma por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, parece haber dado lugar, finalmente, al alumbramiento de la tantas veces anunciada hipoteca «recargable». La **RDGRN de 14 de mayo de 2015**, primera (salvo error u omisión) dictada sobre la materia por el nuevo Director General, entiende que la interpretación de dicho artículo, combinada con la de la disposición transitoria única de la Ley 41/2007, reconoce en nuestro Derecho esa figura, que define como «*la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de estos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicial-*



mente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única». Es decir, que la garantía hipotecaria de una obligación anterior permite servir de cobertura a la ampliación del capital de dicha obligación, siempre que dicha ampliación sea por un importe máximo equivalente a la parte ya amortizada de la obligación; eso sí, solo cuando el titular de la garantía sea una

entidad financiera, pues exclusivamente a las mismas se refiere la norma.

Como sabemos, el legislador, tras señalar en el número 2 del citado art. 4 los supuestos sujetos a la ley como novación modificativa («*Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán*

FICHA TÉCNICA



Resumen: Mediante el presente trabajo, el autor analiza la figura de la denominada *hipoteca «recargable»*: su origen, concepto, regulación y, especialmente, la interpretación que la doctrina hace de la normativa que le resulta aplicable.

Palabras clave: Préstamo hipotecario, novación, hipoteca «recargable».

Abstract: Through this work, the author examines the concept of so-called 'rechargeable' mortgages: their origin, form, regulation, and in particular how the rules that govern this type of mortgage are interpreted by learned opinion.

Keywords: Mortgage lending, novation, 'rechargeable' mortgage.

referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

- i) La ampliación o reducción de capital.
- ii) La alteración del plazo.
- iii) Las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente.
- iv) El método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo.
- v) La prestación o modificación de las garantías personales», dio a continuación, al número 3, la siguiente y complicada redacción: «Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos, necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior para mantener el rango».

La frase más problemática para cualquiera que haya pretendido entenderla es la que se refiere a las modificaciones que «impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación»

La frase que ha provocado dolor de cabeza a cualquiera que haya pretendido entenderla es la que se refiere a las modificaciones que «impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o

la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación». Haciendo un poco de historia, recordemos que, ante las enormes dudas que suscitaba la norma, se planteó una consulta a la Comisión Nacional de Criterios de Calificación del Colegio de Registradores (CNCC), que emitió un informe en fecha 22 de marzo de 2010 en el que se indica que las excepciones que en dicha frase se introducen a la regla general, y, en consecuencia, los supuestos en que la modificación sí supone alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita (salvo consentimiento de los titulares de derechos inscritos), son dos:

- 1) De un lado, y en todo caso, el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria.
- 2) De otro, la ampliación del plazo, pero solo cuando vaya acompañada de un incremento de la responsabilidad hipotecaria o aumento del capital.

El criterio de la CNCC se basa, por tanto, en considerar que la última parte de la frase («por este incremento o ampliación») hace referencia únicamente al supuesto de ampliación de plazo.

II. NOVACIÓN POR AMPLIACIÓN DE PLAZO

Como consecuencia de dicha interpretación, sigue diciendo el informe, debe distinguirse si la ampliación de plazo hace referencia a un préstamo o a un crédito hipotecario:

- Tratándose de un **préstamo hipotecario**, la sola ampliación del plazo de vencimiento, sin ampliación del capital, no produce la pérdida de rango de la

hipoteca inscrita, existan o no titulares de derechos intermedios inscritos.

- Si se trata no de un préstamo, sino de un **crédito hipotecario**, para que la ampliación del plazo de vencimiento no altere el rango de la hipoteca existiendo titulares de derechos intermedios, es preciso que *la ampliación del plazo no vaya acompañada de la posibilidad de nuevas disposiciones hasta el vencimiento*.

Hay que destacar, ya que no ha sido este, sin embargo, el criterio seguido por la DGRN, que a partir de dos **resoluciones de fecha 22 de noviembre de 2012**, y hasta la ya citada de 14 de mayo de 2015, ha venido haciendo una interpretación diferente, entendiendo que la polémica frase final del artículo comentado («por este incremento o ampliación») hacía referencia a dos supuestos distintos: el *incremento* de capital o responsabilidad, por un lado, y la *ampliación* de plazo, por otro. Estos serían, efectivamente, los supuestos de excepción a la norma, que provocarían, por tanto, la «*alteración o pérdida de rango*» de la hipoteca, pero sin que el segundo de ellos exija ir acompañado de un incremento de la responsabilidad hipotecaria o aumento del capital.

Siguiendo esta idea, aclaraba la doctrina de la DGRN que en tales supuestos se provocaba una división de la hipoteca, puesto que ese efecto de «*alteración o pérdida de rango*» se daba solo en cuanto al incremento de la cifra de responsabilidad, o a la ampliación del plazo. No se trataba, por tanto, de una alteración o posposición *general* del rango de la hipoteca ya inscrita, lo cual «*supondría una sanción excesiva para un derecho real ya adquirido*». Así, añade la DGRN: «La expresión “por este incremento o ampliación” resulta decisiva, pues significa que la alteración o pérdida del rango es “por”, “en cuanto a”, “en lo relativo a” los referidos incremento o ampliación, es decir, el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo».

Por otra parte, y frente a lo defendido en el informe de la CNCC, perdía cualquier trascendencia en esta interpretación el hecho de que la obligación garantizada fuera un crédito o un préstamo hipotecario. Por el contrario, a la hora de analizar la *contraexcepción* consistente en la posibilidad de que se obtuviera «la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior para mantener el rango», tal y como se prevé



en el inciso final de la norma, la DGRN sostenía que tal necesidad debía interpretarse de modo distinto según estuviéramos hablando de uno u otro de los dos supuestos contemplados en la misma:

- a) «Tratándose de **“incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria”**, es evidente que el consentimiento de los titulares intermedios es aplicable tanto a los de “derechos inscritos” como a los de “derechos anotados” [...] la expresión “derechos inscritos” tiene también un sentido amplio [...] y, además, entre las “cargas posteriores” están no solo los derechos inscritos, sino también los derechos anotados».
- b) «En el caso de **“ampliación de plazo del préstamo”** [...] parecería que la solución tendría que ser la misma [...] pero si se examina con mayor detenimiento la cuestión, habría que llegar a la conclusión de que en el caso de “ampliación de plazo del préstamo” no es necesario el consentimiento de los titulares de derechos anotados con posterioridad, sencillamente porque no les afecta ni les perjudica».

Y esta interpretación se sigue y aplica en resoluciones posteriores, dando así al supuesto de hecho distinta solución en función del tipo de carga intermedia existente.

Así, la **Resolución de 4 de febrero de 2013** hace referencia a un caso en el que en el Registro existe una anotación de embargo posterior a la hipoteca cuya obligación se nova, entendiendo que no es necesario, para que dicha novación se inscriba y la hipoteca conserve el rango, el consentimiento del titular de dicho embargo, porque la ampliación de plazo supone un beneficio para el mismo, «sobre todo cuando, como aquí ocurre, el plazo del préstamo de la primera hipoteca ya está vencido cuando se amplía, ya que, a falta de dicha ampliación de plazo, se precipitaría la ejecución de la hipoteca anterior».

En cambio, en las **resoluciones de 7 de febrero de 2013 y de 21 de abril de 2014**, entiende que si la carga posterior (o intermedia, si atendemos a la novación) es otra hipoteca, la novación no puede inscribirse sin el consentimiento del titular de la misma. Y lo argumenta con base en que «los derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca cuyo plazo de préstamo se amplía son derechos de constitución voluntaria que se contraen y consienten partiendo de los datos o elementos que constan en el Registro, entre los cuales está el plazo de vencimiento



del préstamo de la hipoteca anterior en el rango, que, como elemento esencial, afecta a la propia constitución de la hipoteca».

Este era un planteamiento discutible, a mi juicio. Aunque la DG habla de derechos reales inscritos «que se contraen partiendo de los datos que constan en el Registro», más bien parece estar pensando en la obligación garantizada, pero no en la que lo está con la hipoteca que se nova (como hacía el informe registral al distinguir entre el préstamo y el crédito), sino en la que lo está con ese derecho intermedio. El razonamiento sería que la obligación garantizada con hipoteca no habría nacido, o podría no haber nacido, si la hipoteca anterior hubiera tenido ya un plazo de duración superior, en tanto que la obligación garantizada con la anotación de embargo habría nacido, en todo caso, con independencia de cuáles eran el plazo y las demás características de esa hipoteca previa, puesto que en ese momento no se buscó su aseguramiento a través del Registro.

Pero, aunque así fuere, una vez el acreedor busca y obtiene la protección registral, no parece defendible que la misma pueda verse alterada con base en semejantes criterios interpretativos, que, además, fácilmente pueden resultar erróneos, porque similares consideraciones respecto de las condiciones de la hipoteca previa puede haber hecho el acreedor titular de la hipoteca posterior que el del derecho anotado, e idéntica puede ser la naturaleza de la obligación que se pretende garantizar (sin perjuicio de que, en

el embargo, deba tratarse de una obligación incumplida). Por lo que se refiere a la constitución voluntaria o no de la garantía, a la voluntad que parece razonable atender es a la de dicho acreedor titular de la garantía, que, tanto en un caso como en otro, debería tener derecho a que se respeten las condiciones existentes al tiempo de inscribir o anotar su derecho, sin perjuicio de lo que una disposición legal establezca con una claridad que aquí se echa en falta.

Es cierto, en todo caso, que esta interpretación de la DG suponía una clara limitación a la pretensión de la reforma introducida por la Ley 41/2007 de aumentar las posibilidades de refinanciación de la deuda hipotecaria por la vía de permitir al acreedor mantener en determinados casos el rango de su hipoteca, puesto que, existiendo una hipoteca intermedia, no se mantenía el rango de la hipoteca novada, sino que dicho rango se perdía por el plazo de la ampliación... fuera lo que fuera lo que eso significara.

Pues bien, la **Resolución de 14 de mayo de 2015** hace suya la tesis defendida cinco años antes por la CNCC del Colegio de Registradores, modificando la anterior doctrina del Centro Directivo, porque sus conclusiones «no resultan totalmente satisfactorias», entre otras cosas, porque, efectivamente, «no se determina en qué consiste esa segunda hipoteca “por el plazo en que se amplíe la duración de la obligación”».

Por ello, señala ahora que «la correcta comprensión del artículo 4.3 no puede fun-



damentarse en una aparente interpretación literal del precepto, dada su difícil redacción [...] por lo que hay que acudir [...] a una interpretación fundamentalmente finalista y sistemática. Lo único que queda claro de la lectura del artículo es la existencia de dos supuestos diferenciados», esto es, ampliación de capital y ampliación de plazo.

Dada la difícil redacción del art. 4.3, su interpretación ha de ser finalista y sistemática. Lo que queda claro es que hay dos supuestos diferenciados: la ampliación de capital y la ampliación de plazo

Esa interpretación finalista aparece asociada a la pretensión del legislador, recogida en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de ampliar los supuestos de novación modificativa, de modo que, existiendo «mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva, [...] la expresión “en ningún caso [...] excepto cuando...”», incluida en el número 3 del art. 4, «solo puede interpretarse en el sentido de que la ampliación del capital o del plazo necesitan la concurrencia de otra circunstancia para generar ese efecto —alteración o pérdida del rango de la hipoteca—, debiendo la labor de interpretación centrarse en determinar cuál es ese factor en cada uno de los casos». Y en ese empeño, la resolución, siguiendo la comentada interpretación de la CNCC del Colegio de Registradores, señala que «ninguna duda cabe a este Centro Di-

rectivo que la respuesta a esa pregunta debe buscarse en la disposición transitoria única de la propia Ley 41/2007». Según dicha norma, «la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, solo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley».

Entiende la DG que este precepto «apunta a que el factor determinante para la correcta interpretación del artículo de referencia es la concurrencia del pacto de ampliación de capital, de tal manera que el artículo 4.3 puede leerse (sin perjuicio de poder integrar algún supuesto más, como, por ejemplo, la modificación de las condiciones del tipo de interés con fijación de un tope a efectos hipotecarios superior) del siguiente modo: “La **ampliación del capital** no supondrá, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto: a) cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria; b) cuando exista una ampliación del plazo del préstamo por este incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del capital”».

A mi modo de ver, por mucho que se presuma la concreción de los teóricos supuestos y se cambie el orden de las frases, no hay interpretación racional, finalista o no, que permita a la norma superar el mínimo de comprensibilidad exigible, lo cual, por sí solo, ya debería obligar a la máxima cautela a la hora de determinar cómo debe aplicarse. Quedémonos, en todo caso, de momen-

to, con el sentido que quiere dársele ahora, y que, por lo que a la novación por simple ampliación de plazo se refiere, significa dejar atrás esos distintos efectos que respecto de los titulares de cargas posteriores resultaban de la doctrina anterior en función de la naturaleza de sus derechos, anotados o inscritos. Dice claramente la resolución (Fundamento 6.º) que **el simple pacto o convención de ampliación del plazo** de vencimiento de la obligación garantizada, «tanto si existen terceros titulares de derechos anotados posteriormente, como se ha afirmado siempre por esta Dirección General, como si esos terceros lo son de derechos inscritos, es perfectamente válido e inscribible sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita, aun en ausencia del consentimiento de los titulares de esos derechos inscritos o anotados con posterioridad».

Pero hay que ser consciente de los efectos que estos vaivenes en la interpretación de la norma pueden causar, y hasta qué punto resultan o no ajustados a la idea de seguridad jurídica que el sistema pretende ofrecer. El deudor de un préstamo hipotecario que había alcanzado un acuerdo con la entidad acreedora para extender el plazo de vencimiento de la obligación, y que vio cómo no se podía formalizar el mismo porque su finca tenía una hipoteca posterior, el titular de la cual no estaba dispuesto a consentir esa ampliación, ve ahora, quizá demasiado tarde, cómo ese consentimiento no habría sido necesario. Y, si no es demasiado tarde, será el titular de esa segunda hipoteca, que quizá la aceptó contando con que la primera tenía un determinado plazo que no podía ampliarse sin su consentimiento, quien vea cómo frente a esa idea, defendida por la mismísima DG, «se le cuela» esa ampliación de plazo de la hipoteca anterior sin darle voz ni voto al respecto.

En el extremo opuesto, estarán aquellas entidades titulares de hipotecas cuyo plazo se había ampliado confiando en la tesis de la CNCC de que esa mera ampliación de plazo no afectaba al rango de la misma, aun existiendo una hipoteca intermedia. Durante estos años, a partir de las resoluciones de noviembre de 2012, habrán estado preguntándose qué significaba esa pérdida de rango respecto del plazo ampliado de que hablaba la DGRN. Un supuesto extremo sería aquél en el que el plazo ya estaba vencido al otorgar la novación, pues hay que recordar que ya la Resolución de 24 de noviembre de 2009 adelantó, y la de 15 de julio de 2013 confirmó, la posibilidad de novación en estos casos, por cuanto el vencimiento



del plazo del préstamo «no supone la extinción del derecho constituido, sino que, muy al contrario, fija el momento de su exigibilidad (artículo 1125 del Código Civil), el nacimiento de la acción para hacer efectiva la obligación garantizada y, por ende, el instante a partir del cual comienza a contar el plazo de veinte años establecido para su prescripción (artículos 1964 y 1969 del Código Civil)». ¿Cuál era, de acuerdo con la anterior doctrina de la DGRN, el rango de dicha hipoteca respecto de una eventual hipoteca posterior?

Por otro lado, y para mayor satisfacción de los entonces miembros de la CNCC, el supuesto de hecho de la reciente Resolución de mayo de 2015 (hipoteca de máximo en garantía del saldo de una cuenta de crédito) permite a la DGRN asumir la distinción hecha por aquellos en función de que la obligación garantizada sea un préstamo o un crédito, pues «no tiene la misma transcendencia respecto de terceros inscritos o anotados:

- La ampliación del plazo de una cuenta corriente de crédito en que **simultáneamente se suprime la posibilidad de nuevas disposiciones**, porque solo tiene como finalidad facilitar el pago de una deuda anterior, **se asimilaría a la simple ampliación del plazo del préstamo y no exigiría el consentimiento** de dichos terceros para el mantenimiento del rango de la hipoteca.
- Y la misma ampliación del plazo de la cuenta corriente de crédito que vaya **acompañada de la posibilidad de disponer otra vez hasta la cifra total del crédito convenido y garantizado, que se asimilaría a la simultánea ampliación de capital**, aunque la responsabilidad hipotecaria máxima no se alterara y **se exigiría dicho consentimiento** de los terceros».

III. NOVACIÓN POR AMPLIACIÓN DE CAPITAL

1. La hipoteca «recargable»

Es en la novación por ampliación de capital donde se aprecian, sin duda, los efectos de mayor relevancia en la decisión de incorporar a la doctrina de la DGRN los criterios de la CNCC de 22 de marzo de 2010, en cuanto ello pretende dar lugar, como decíamos, al alumbramiento oficial de la llamada hipoteca «recargable».

El Centro Directivo entiende que la ya citada disposición transitoria única de la Ley

41/2007, según la cual «la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, solo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley», establece dos modelos hipotecarios distintos: el anterior y el posterior a la reforma. Los términos utilizados en el informe de la CNCC y en RDGRN son idénticos: «Parece obligado reconocer que ese nuevo modelo es el que se debe desprender de **la voluntad de los redactores** de la norma de introducir “la recarga” de la hipoteca, como medio de flexibilización de la accesoriedad de la misma», añadiendo la DGRN: «a fin de convertirla en un instrumento financiero más útil para el deudor».

No ha sido esta, sin embargo, una interpretación pacífica. Se ha hecho ver, así, que esa voluntad del legislador de la que habla la DGRN no se expresa en ningún momento. Como dice el Registrador Manuel PARGA LÓPEZ en la revista *Registradores* de septiembre-octubre de 2009: «Cuando en una ley se pretende introducir una nueva figura jurídica, es de cajón que en la Exposición de Motivos se explique esa modificación. [...] Si en esa Exposición de Motivos no se dice nada, entonces mal podemos deducir que el objeto de la ley es introducir una figura nueva». Y se ha planteado, por otro lado y principalmente, si la hipoteca «recargable» supone realmente una mera flexibilización, como dice la resolución, o una pura y simple inaplicabilidad del principio de accesoriedad en beneficio de intereses muy particulares, puesto que la Ley 2/1994 se aplica exclusivamente a hipotecas titularidad de entidades financieras. ¿Es posible semejante alteración de nuestro sistema hipotecario sin modificar el Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil?

Para José Manuel GARCÍA GARCÍA (*Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 8.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2014, págs. 4633 y ss.), «la figura de la recarga tiene el grave inconveniente de que es una institución que va en contra del principio de accesoriedad de la hipoteca, que, con algunas matizaciones, mantiene la legislación vigente, pues una cosa es la interpretación flexible de la misma y otra, prescindir de dicho principio fundamental». En cuanto a si podría deducirse la «recarga» de la disposición transitoria única de la Ley 41/2007, «no parece que una disposición transitoria pueda referirse a la recarga»,

añadiendo este autor que «ante el dilema de una incoherencia de normas, ha de prevalecer el texto principal y no la norma accesorio, pues, siendo una disposición transitoria que se remite al supuesto de hecho de la norma principal, lo que procede es interpretar la disposición transitoria conforme a la norma principal y no la norma principal conforme a la redacción de la disposición transitoria. En este sentido, la disposición transitoria se refiere al supuesto del artículo 4 de la Ley, con independencia de la forma en que lo denomine». En conclusión, «parece que hay que interpretar que ni del texto de este artículo 4.3 ni de la disposición transitoria única de la Ley 41/2007, apartado 3, pueda considerarse que se ha implantado la hipoteca recargable en nuestro sistema, pues ello requeriría que se hubiera establecido en el Código Civil o en la Ley Hipotecaria de modo expreso, como ocurre en el Derecho francés, ya que siguen vigentes los preceptos sobre accesoriedad y determinación propios de la hipoteca, sin perjuicio de flexibilización de los mismos en algunos supuestos».

«No obstante», señala GARCÍA a continuación, «existe ya una cierta discusión doctrinal acerca de si el precepto comprende o no la hipoteca recargable», citando en tal sentido como opiniones a favor de dicha idea las de Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Fernando AZOFRA VEGAS o Fernando CANALS BRAGE, y como opiniones en contra, las de Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES o Antonio BOTÍA VALVERDE.

Los dos elementos decisivos para la calificación de «recarga» son: que la ampliación de capital no supere la cifra de capital ya amortizada de la hipoteca, y que no vaya acompañada, precedida o seguida de una ampliación del plazo de la obligación

Volviendo a la Resolución de 14 de mayo de 2015, los dos elementos decisivos para la calificación como «recarga» de la ampliación de capital, y para la consiguiente conservación del rango hipotecario, son, de una parte, que dicha ampliación no supere la cifra de capital ya amortizada de la hipoteca y, de otra, que no vaya acompañada, precedida o seguida de una ampliación del plazo de la obligación. De darse cualquiera de estos supuestos, habría que entender que estamos de nuevo ante una división de la garantía en dos hipotecas separadas



(es decir, ante el efecto que hasta ahora se predicaba en cualquier supuesto de ampliación de capital o de plazo), aunque con importantes precisiones en relación con cuál sería la responsabilidad hipotecaria de esa segunda hipoteca:

- a) En el primer caso (ampliación que supera la cifra de capital ya amortizada), tal responsabilidad *«vendrá determinada por la cifra en que se traduzca dicho exceso, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios (intereses, costas, etc.)»*.
- b) *«Y, en el segundo supuesto (ampliación de capital con ampliación de plazo), la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la cifra total del nuevo capital concedido, es decir, por la cifra íntegra de la ampliación o aumento del capital sin que opere la recarga en cantidad alguna, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios»*.

De modo que el primer caso puede interpretarse como una «recarga» limitada a la cifra de ampliación coincidente con la del capital ya amortizado, mientras que, en el segundo, como dice la resolución, *«no opera la recarga en cantidad alguna»*. En relación con esta incompatibilidad entre «recarga» y ampliación de plazo, la resolución insiste en que no es necesario para operar ese efecto excluyente de la recarga que tal ampliación de plazo se estipule al mismo tiempo que la del capital, sino que basta con que la siga o la preceda. Sin embargo, no deja de suscitar dudas cuáles serían los efectos en cada caso:

- Dice la resolución que una ampliación de plazo, que, como hemos visto, no implica la pérdida de rango, si no se acompaña de una ampliación de capi-

tal, sí *«excluye, en presencia de terceros, la posibilidad de utilización de la recarga en una posterior ampliación de capital»*.

No dice, desde luego, que no pueda pactarse posteriormente esa ampliación de capital, sino tan solo que no podría utilizarse en la misma la «recarga», ni siquiera cuando la ampliación sea por una cifra inferior a la del capital ya amortizado. Según esta tesis, no habiendo «recarga», la hipoteca quedaría dividida, debiendo entenderse como cifra de responsabilidad hipotecaria de esa segunda hipoteca la de la letra b), esto es, la de la cifra íntegra de la ampliación, más conceptos accesorios, puesto que la responsabilidad por el exceso parece preverse únicamente para cuando sí es posible la recarga, aunque sea limitada.

- También dice que *«la ampliación del capital sin exceder de la posible recarga, es decir, sin pérdida de rango por no suponer aumento de responsabilidad hipotecaria, excluye, existiendo terceros, la posibilidad de la ampliación del plazo de la obligación»*.

Pero esta es una conclusión que se me antoja un tanto atrevida, por cuanto la ampliación de plazo es, precisamente, una opción modificativa de la hipoteca claramente reconocida por la ley, con independencia de que sus efectos impliquen o no la pérdida de rango de la hipoteca. El argumento de que *«si no, sería sencillo vulnerar la norma»* no parece suficiente, sobre todo, cuando el sentido de la norma ha estado siendo discutido durante tanto tiempo. Se diría que, para evitar que un pacto ajustado a la ley ponga en riesgo la viabilidad del esquema interpretativo que se pretende desarrollar, se impide la posibilidad de tal pacto, lo que resulta difícilmente admisible. Si el Centro Directivo ha sido capaz de ofrecer una interpretación a

dos supuestos que considera incompatibles con la «recarga», debería serlo también en este caso. Y, si no lo es, debería plantearse que, aunque quizá el legislador quería decir una cosa, no supo decirla, y lo que acabó diciendo es algo de imposible aplicación.

2. Efecto divisorio y principio de rogación

En aquellos casos en que, conforme a la doctrina expuesta, se produciría el efecto de división en dos hipotecas, se plantea la cuestión de si puede practicarse la inscripción de la novación en términos acordes con dicha doctrina, cuando en la escritura no se dice nada al respecto. Previéndose en la norma que *«en estos casos, necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior para mantener el rango»*, podría pensarse que una vez determinados cuáles son tales casos, y no solicitándose el mantenimiento del rango, la falta de consentimiento o aceptación de dichos titulares debería llevar a la inscripción, sin dicho mantenimiento, es decir, con la división de que habla la DGRN. Sin embargo, la Resolución de 14 de mayo de 2015, ante la pretensión del recurrente, señala que *«no se considera posible, si no es expresamente solicitada tal operación por el interesado, ya que la rogación acerca de la inscripción, en este caso, es única (cfr. Resolución de 7 de noviembre de 2012), y ya que el incumplimiento de un requisito legal necesario para que la inscripción se pueda practicar en los términos solicitados por el presentante, cuando el mismo constituye un elemento delimitador esencial del derecho real de hipoteca o de su operatividad, como es en este caso el rango, hace precisa una solicitud expresa de inscripción en los distintos términos que sea posible (cfr. artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y resoluciones de 18 de febrero y de 12 de septiembre de 2014)»*.

3. Novación por ampliación de capital y certificado de tasación

La novación por ampliación de capital ha planteado, asimismo, dudas en relación con la necesidad o no de aportar el certificado de tasación. Se trata de esta cuestión en las **resoluciones de 29 de octubre y de 9 de diciembre de 2013**. Concretamente, las escrituras en cuestión instrumentan una novación con modificación de determinadas condiciones, en las que, además, se amplía el capital y, consiguientemente,



la responsabilidad hipotecaria. No se modifica, sin embargo, el valor de tasación que figura en la escritura inicial de constitución de hipoteca y en su inscripción.

El Registrador argumenta que, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, tanto en relación con el procedimiento extrajudicial (art. 129 LH) como en el judicial sumario (art. 682 LEC), debe aportarse la certificación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, para comprobar que el valor de tasación pactado no es inferior al 75 % del valor de tasación pericial, tal y como prevén dichas normas.

La DG rechaza dicha exigencia, haciendo unas apreciaciones generales, relativas a la fijación de un precio o tipo para subasta, y otras particulares, referentes al caso concreto de ampliación del capital del préstamo.

- Así, señala que, con anterioridad a la reforma de 2013, la fijación de un valor para subasta no estaba sujeta, como regla general, a requisitos específicos, sino que este valor podía ser determinado libremente por las partes y no tenía otra finalidad que la de evitar el trámite de tasación pericial establecido en la LEC en la ejecución por el procedimiento común de los arts. 637 a 639.

Únicamente resultaba necesaria la tasación si se pretendía que el crédito sirviera de cobertura para la emisión de títulos hipotecarios; en estos casos, y en garantía de los adquirentes de dichos títulos frente a una eventual *sobretasación* de la garantía, se exigía (y se exige) que el valor de subasta no sea inferior al resultante de una tasación verificada conforme a lo previsto en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, de desarrollo de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, lo cual implica aportar el certificado que permita efectuar dicha comprobación.

La reforma introducida mediante la Ley 1/2013 tiene, en cambio, un objetivo distinto, que es el de proteger no a terceros, sino al propio deudor, y, en este caso, del riesgo inverso, esto es, de una *infratasación* que, en caso de subasta desierta, pudiera perjudicarle en un supuesto de adjudicación de la finca por el acreedor. Ello ha llevado a extender la necesidad de la tasación prevista en las normas de regulación del mercado hipotecario a toda hipoteca en la que se prevea la utilización de los procedi-

mientos extrajudicial o judicial sumario de ejecución hipotecaria.

La reforma introducida mediante la Ley 1/2013 tiene un objetivo distinto: proteger no a terceros, sino al propio deudor, del riesgo inverso, esto es, de una infratasación que, en caso de subasta desierta, pudiera perjudicarle en un supuesto de adjudicación de la finca por el acreedor

- Sin embargo, esta exigencia no es trasladable, dice la DG, a cualesquiera modificaciones ulteriores de la hipoteca, sean de mera novación, sean de ampliación del préstamo o crédito y paralelo incremento de la responsabilidad hipotecaria. Así lo deduce del hecho que el art. 682 LEC únicamente habla de «la escritura de constitución de hipoteca», lo que hace no exigible dicho requisito en tales actos posteriores, a menos que, con ocasión de los mismos, se modificase el valor de tasación hecho constar inicialmente, o que fuere en dicha novación o modificación cuando se incluyere el pacto de ejecución judicial directa o extrajudicial, que no figurase en la escritura de constitución.

No contradice lo anterior, entiende el Centro Directivo, la doctrina del mismo en relación con el rango hipotecario cuando existen titulares intermedios, que equipara los efectos de la ampliación del préstamo o crédito a la constitución de una segunda hipoteca, pues, según dice, dicho entendimiento lo es a tales exclusivos efectos y únicamente en los citados supuestos.

Hay que decir que no existe, y así lo confirma la doctrina que emana de estas resoluciones, una relación objetiva vinculante entre importe del préstamo o crédito y valor de tasación de la finca que determine la necesidad de revisar esta en caso de producirse una ampliación de aquel. Si dejamos al margen el hecho de que el importe de la deuda pendiente, después de la ampliación, no tiene por qué coincidir (y, de hecho, no coincidirá, normalmente, salvo si ahora se pacta una «recarga» completa) con el resultado de tal ampliación, lo cierto, en cualquier caso, es que una cosa es la obligación y otra, su garantía, y que, en tanto en cuanto al acreedor le parezca esta suficiente para seguir cubriendo aquella, no se

aprecia, desde este punto de vista, necesidad alguna de revisar la tasación inicial.

Por otro lado, debemos entender que dicha tasación acreditará, en principio, un tipo de subasta ajustado, sea cual sea el importe de la obligación garantizada, como también resultaría ajustada en consecuencia la adjudicación de la finca al acreedor por el porcentaje determinado legalmente, en caso de que la subasta quedare desierta. En todo caso, eso es algo que derivará de la fiabilidad de la tasación y, sobre todo, de la evolución que haya experimentado el mercado al tiempo de la adjudicación, puesto que, si una evolución al alza perjudicaría efectivamente al deudor (provocando un enriquecimiento quizá injusto del acreedor), una evolución a la baja, como la de los últimos años, perjudicaría al acreedor que se adjudicara la finca por un porcentaje de lo que resultaría ser en la fecha una sobrevaloración. Para evitar esas situaciones, sería necesario incorporar a la hipoteca la previsión de una tasación actualizada al tiempo de la adjudicación, a modo del llamado *pacto marciano*, lo que nuestra legislación hipotecaria no contempla.

En todo caso, entiendo que la no exigencia de una nueva tasación debe limitarse a aquellos supuestos en los que la escritura de constitución ya contuviera una tasación inicial realizada conforme a la normativa reguladora del mercado hipotecario. De no ser así (porque no se pretendía que el crédito sirviera de cobertura para la emisión de títulos hipotecarios, en cuyo caso, como se decía más arriba, no era necesaria la tasación pericial), parecería razonable, a la vista de la regulación legal, exigir al tiempo de la ampliación una tasación ajustada a dicha normativa.

Obviamente, como dice la resolución, «no pueden coexistir simultáneamente y para una única ejecución y una misma subasta dos tasaciones o tipos de subastas distintos, la inicialmente fijada en la escritura de constitución y la posteriormente resultante de la tasación realizada conforme a la legislación del mercado hipotecario y con ocasión de la ampliación», pero sí que puede modificarse el valor señalado inicialmente como tipo de subasta, actualizándolo y acomodándolo a las previsiones legales. No se ven razones convincentes para que dicha medida de protección del deudor no se aplique, una vez vigente la reforma, en beneficio de quien, en relación con el importe de la ampliación, no deja de renovar su condición de tal.

Los sefardíes originarios de España y su eventual acceso a la nacionalidad española por la vía prevista en la Ley 12/2015

Aurelia Álvarez Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

SUMARIO

- I. EL ACCESO A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA PREVISTA PARA LOS SEFARDÍES EN LA LEY 12/2015
- II. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO PARA ACCEDER A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LA LEY 12/2015
- III. BIBLIOGRAFÍA

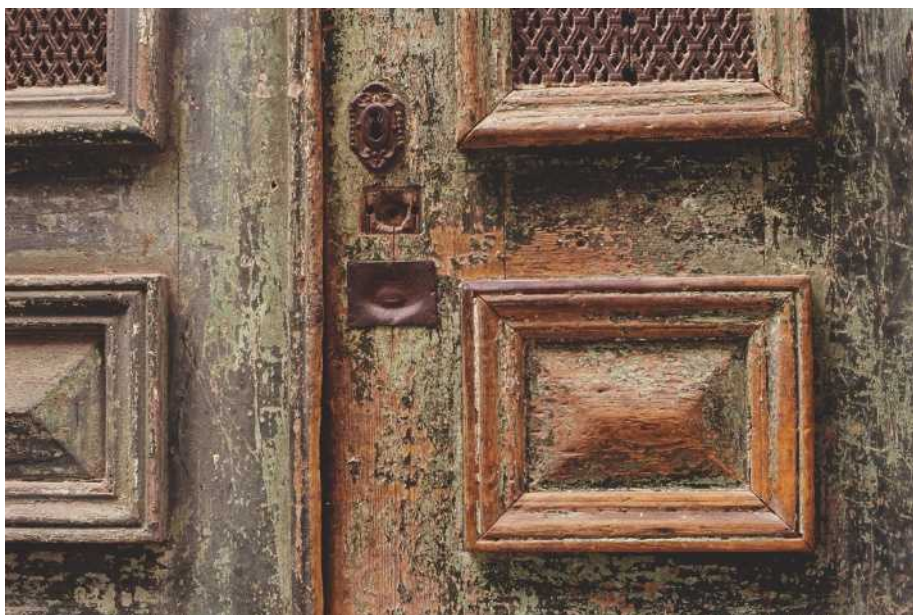
I. EL ACCESO A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA PREVISTA PARA LOS SEFARDÍES EN LA LEY 12/2015

1. Algunas exigencias para su puesta en marcha

El 1 de octubre de 2015 entró en vigor la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España⁽¹⁾.

Las pautas interpretativas de la misma han sido adoptadas en la Instrucción de la DGRN de 29 de septiembre de 2015, sobre la aplicación de la Ley 12/2015, de 24 de

junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España (BOE 30-IX-2015). Mediante este texto, se establecen las reglas para dar





cumplimiento a las previsiones legales, fijando directrices tanto en materia de tramitación como de documentación. La primera parte está dedicada a comentar los requisitos para acceder a la concesión de la nacionalidad española por esta vía, mientras que la segunda contiene el procedimiento de adquisición establecido por la Ley 12/2015.

La RDGRN de 10 de noviembre de 2015 dicta las normas sobre la gestión y el pago de la tasa por la presentación de solicitudes en procedimientos de nacionalidad española por residencia y carta de naturaleza para sefardíes originarios de España

Las líneas de una eventual interpretación vieron la luz pública con exactitud en justo cumplimiento del texto legal. Ahora bien, eso no ha ocurrido con total precisión para su puesta en marcha, tanto con respecto a la habilitación de los enlaces web como sobre el pago de las tasas. Para ello, el Centro Directivo ha elaborado la RDGRN de 10 de noviembre de 2015, por la que se dictan las normas sobre la gestión y el pago de la tasa por la presentación de solicitudes en procedimientos de nacionalidad española por residencia y carta de naturaleza para sefardíes originarios de España, y por la que se aprueba el Modelo 790-Código 026, de autoliquidación de la tasa e instrucciones (BOE 12-XI-2015)⁽²⁾, y, por otra parte, la Subsecretaría del Ministerio de Justicia tuvo que aprobar una Resolución el 11 de noviembre de 2015 para modificar la de 10 de enero de 2008, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de las tasas administrativas del Ministerio de Justicia, publicada el 13 en el BOE. En esta última, se dispone que, a partir del 14 de noviembre de 2015, ya podemos hacer efectivo al fin el pago y conocemos el *iter* a seguir para la presentación de la autoliquidación de las tasas, y con ello iniciar el procedimiento de solicitar la nacionalidad por la Ley 12/2015.

FICHA TÉCNICA



Resumen: El 1 de octubre de 2015 entró en vigor la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España. Mediante el presente trabajo, la autora analiza el contenido del texto jurídico que establece las reglas y fija las directrices correspondientes tanto en materia de tramitación como de documentación. La primera parte de la norma está dedicada a comentar los requisitos para acceder a la concesión de la nacionalidad española por esta vía, mientras que la segunda contiene el procedimiento de adquisición.

Palabras clave: Nacionalidad española, sefardíes.

Abstract: On this past October 1, 2015, Law 12/2015 took effect, concerning the granting of Spanish citizenship to Sephardic Jews with origins in Spain. The present article analyzes the content of the legal text that establishes rules and sets corresponding guidelines both on the subject of administrative steps and also for documents. The first part of the regulation is dedicated to state the requirements for granting of Spanish citizenship in this manner, while the second includes the procedure for acquisition of citizenship.

Keywords: Spanish nationality, Sephardic Jews.

Por lo apuntado, aunque simplemente son datos logísticos, se puede señalar que, para su puesta en marcha, el Ministerio de Justicia se ha demorado tan solo un mes y trece días. Dicho retraso es poco justificable, ya que su finalidad es meramente recaudatoria y el texto legal incorporó una *vacatio legis* de más de tres meses.

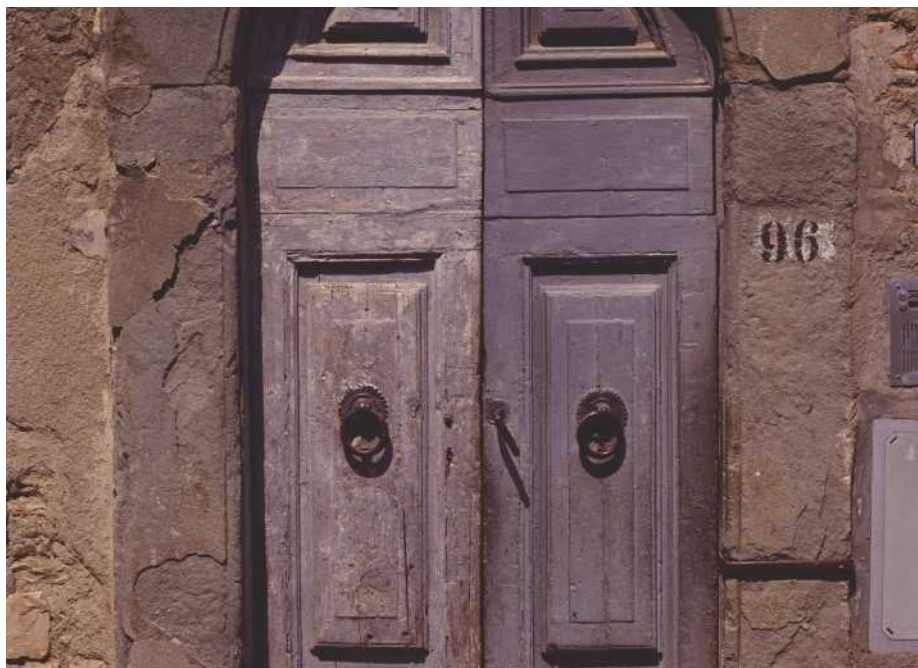
2. Sobre la naturaleza jurídica de la nueva institución del derecho de la nacionalidad: la pseudo carta de naturaleza

La nueva vía de acceso a la nacionalidad prevista para los sefardíes originarios de España no puede ser considerada como un supuesto que encaje directamente en la institución denominada *carta de naturaleza* (art. 21 CC). Ahora bien, tampoco encaja en ninguno de los supuestos de adquisición regulados en el Código Civil (arts. 18, 20 y 22). La fórmula incorporada en la Ley 12/2015 tiene una naturaleza jurídica mixta, estamos ante un híbrido que hemos etiquetado como *pseudo carta de naturaleza*⁽³⁾, ya que comparte características de la carta de naturaleza (art. 21 CC) y exige los nuevos requisitos establecidos en la naturalización por residencia (DF 7.ª de la Ley 19/2015 y RD 1004/2015)⁽⁴⁾. Ciertamente, los destinatarios no tienen la obligación de residir en España, pero la concesión corresponde al Ministro de Justicia y no al Consejo de Ministros. Por otra parte, las razones excepcionales se dan en los «sefardíes

de origen español» que acrediten especial vinculación con el ordenamiento español, pero los solicitantes de la nueva institución deben cumplir los nuevos requisitos recogidos para la naturalización por residencia: DELE-A2 y CCSE (art. 1.5 de la Ley 12/2015). De estos datos podríamos llegar a pensar que estamos ante un supuesto de naturalización por residencia sin exigir que se viva en territorio español para poder solicitar y obtener la nacionalidad española. Ahora bien, esta conclusión es aventurada, ya que la norma nace con la idea de eliminar los perjuicios causados y pone de manifiesto la necesidad de reparar la injusticia que los Reyes Católicos cometieron al expulsar a los judíos sefardíes.

La norma nace con la idea de eliminar los perjuicios causados y pone de manifiesto la necesidad de reparar la injusticia que los Reyes Católicos cometieron al expulsar a los judíos sefardíes. Por ello, habrá de demostrarse que son descendientes de aquellos expulsados de España hace unos 523 años

Se trata de considerar como personas en las que concurren las razones excepcionales a todas las que demuestren que son descendientes de aquellos expulsados de



España hace unos 523 años. A partir del 2006, el Gobierno español reactivó la carta de naturaleza para los sefardíes, de modo que el Consejo de Ministros, asesorado por el Ministro de Justicia, dio pautas claras para integrar el concepto jurídico indeterminado que contiene el art. 21 CC y consideró que «*las razones excepcionales*» concurrían en todos aquellos que podían acreditar que pertenecían a ese colectivo. Por ello, a partir de esa fecha, se vieron beneficiadas de la nacionalidad española concedida mediante reales decretos cerca de 799 personas de origen sefardí⁽⁵⁾. Según consta en las memorias presentadas en los respectivos consejos de ministros, todos los beneficiarios han alegado como circunstancias excepcionales estar vinculados con España por su pertenencia a la comunidad de judíos sefardíes; en ellos concurren profundos e intensos lazos emocionales, históricos y afectivos con el Reino de España, conservando la tradición de su procedencia española, con el consiguiente reflejo cultural de sus costumbres y el mantenimiento del idioma español, y todos ellos, o sus padres, o sus abuelos, contrajeron matrimonio según la costumbre, condiciones y ordenanzas de las Santas Comunidades de Castilla⁽⁶⁾. A los que debemos añadir los 4.302 sefardíes originarios de España a los que se ha concedido la carta de naturaleza

en la reunión del Ejecutivo celebrada el 2 de octubre de 2015⁽⁷⁾.

La institución se vio contaminada a lo largo de los trabajos parlamentarios, ya que, en el momento inicial, se preveía la concesión de una verdadera carta de naturaleza; sin embargo, al incluir la reforma de la naturalización por residencia, hubo una influencia que debemos calificar de *tóxica*, dando lugar a varios cambios en la tramitación de la ley, cuyo resultado final dista mucho de lo inicialmente propuesto, y ello inevitablemente obstaculizará el objetivo perseguido⁽⁸⁾.

En el momento inicial se preveía la concesión de una verdadera carta de naturaleza, sin embargo, el resultado final dista mucho de lo inicialmente propuesto

De algunos de los datos a destacar de la modificación llevada a cabo por la Ley 12/2015, dejando a un lado su extenso Preámbulo, pues la Exposición de Motivos hace un recorrido por la historia de España, solo resaltaremos lo esencial: la nueva normativa trata de eliminar la aberración

cometida por los Reyes Católicos. En definitiva, se trata de otorgar la nacionalidad española a aquellos judíos que fueron expulsados de España en el siglo XV y sus descendientes, que ahora, tras 523 años de «*nostalgia*» y «*añoranza*» de la tierra de sus padres, podrán acceder a la nacionalidad española «*se encuentren en el lugar que se encuentren*»⁽⁹⁾. Ahora bien, el texto legal finalmente aprobado contiene una serie de «frenos» destinados a filtrar a los candidatos mediante exámenes de español, de conocimientos de la realidad española, de documentación y de otros elementos que hacen difícil demostrar un origen sefardí y su especial vinculación con nuestro país, a lo que hay que añadir la superación de la prueba de evaluación del conocimiento de la Constitución Española y de la realidad social y cultural españolas, y la aportación del diploma acreditativo de la superación de la prueba de conocimiento básico de la lengua española (DELE de nivel A2 o superior). Ambos documentos son, asimismo, imprescindibles, dada la exigencia legal recogida en el apdo. 5 del art. 1 de la Ley.

II. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO PARA ACCEDER A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LA LEY 12/2015

1. *Ámbito personal de aplicación de la Ley 12/2015: delimitación de sus beneficiarios*

A) *Ámbito personal de aplicación*

La concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.1 de la Ley 12/2015, está prevista para los sefardíes originarios de España que prueben dicha condición y una especial vinculación con España, aun cuando no tengan residencia legal en nuestro país⁽¹⁰⁾. Debe tenerse en cuenta que en la propia Exposición de Motivos de la Ley se dice que: «*Se denomina sefardíes a los judíos que vivieron en la península Ibérica y, en particular, a sus descendientes, aquellos que, tras los Edictos de 1492 que compellían a la conversión forzosa o a la expulsión, tomaron esta drástica vía*». Ahora bien, nos corresponde averiguar quiénes tienen la condición de sefardíes, cómo se



prueba tal condición y cómo se tramita la solicitud.

B) Pruebas de la condición de sefardí originario de España

Partiendo de la necesidad de aportar un certificado de nacimiento debidamente legalizado o apostillado y, en su caso, traducido, además, es preciso probar la condición de sefardí originario de España. Dicho estatus, según lo previsto en el art. 1.2 de la Ley 12/2015, se acreditará por los siguientes medios probatorios, valorados en su conjunto:

a) Certificado expedido por el Presidente de la Comisión Permanente de la Federación de Comunidades Judías de España; b) Certificado expedido por el Presidente o cargo análogo de la comunidad judía de la zona de residencia o ciudad natal del interesado; c) Certificado de la autoridad rabínica competente, reconocida legalmente en el país de residencia habitual del solicitante; d) Acreditación del uso como idioma familiar del ladino o haketía, o por otros indicios que demuestren la tradición de pertenencia a tal comunidad; e) Partida de nacimiento o ketubah o certificado matrimonial en el que conste su celebración según las tradiciones de Castilla; f) Informe motivado, emitido por entidad de competencia suficiente, que acredite la pertenencia de los apellidos del solicitante al linaje sefardí de origen español; g) Cualquier otra circunstancia que demuestre fehacientemente su condición de sefardí originario de España.

El interesado podrá acompañar un certificado expedido por el Presidente de la Comisión Permanente de la Federación de Comunidades Judías de España que avale la condición de autoridad de quien lo expide. Alternativamente, para acreditar la idoneidad de los documentos mencionados en las letras b) y c), el solicitante deberá aportar:

1.º Copia de los Estatutos originales de la entidad religiosa extranjera; 2.º Certificado de la entidad extranjera que contenga los nombres de quienes hayan sido designados representantes legales; 3.º Certificado o documento que acredite que la entidad extranjera está legalmente

reconocida en su país de origen; 4.º Certificado emitido por el representante legal de la entidad que acredite que el Rabino firmante ostenta, efectiva y actualmente, tal condición conforme a los requisitos establecidos en sus normas estatutarias.

Los documentos deberán estar debidamente autorizados, traducidos al castellano por Traductor Jurado y deberá figurar la apostilla de la Haya o sello de legalización correspondiente

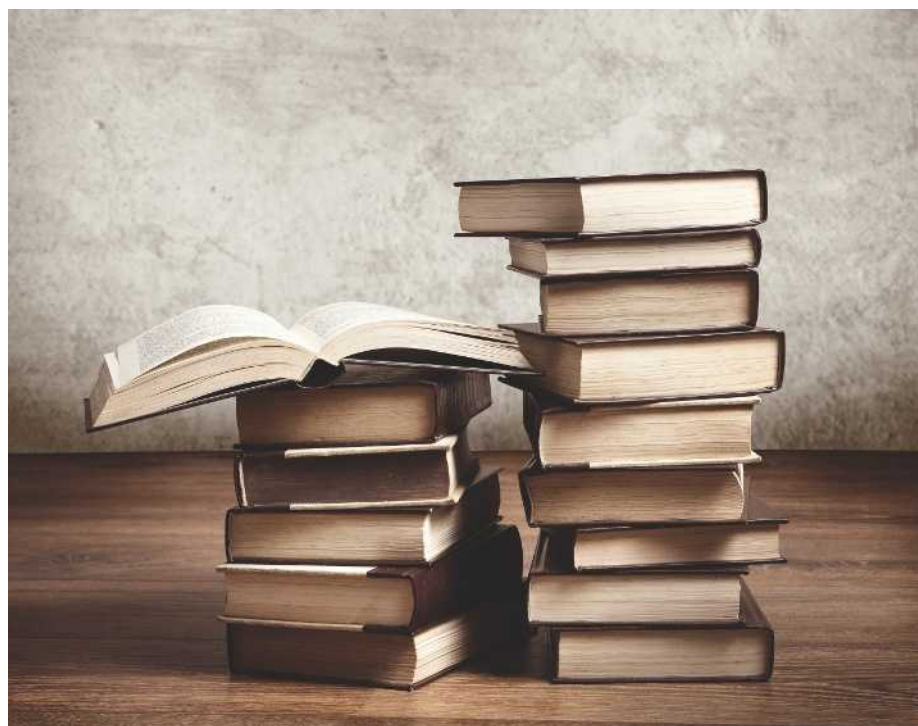
Los documentos a los que hemos hecho referencia, excepción hecha del certificado expedido por el Presidente de la Comisión Permanente de la Federación de Comunidades Judías de España, se encontrarán, en su caso, debidamente autorizados, traducidos al castellano por Traductor Jurado y en los mismos deberá figurar la apostilla de La Haya o el sello de la legalización correspondiente.

C) Pruebas de la especial vinculación con España

De acuerdo con lo establecido en el art. 1.3 de la Ley 12/2015, la especial vinculación con España se acreditará por los siguientes medios probatorios, valorados en su conjunto:

a) Certificados de estudios de historia y cultura españolas expedidos por instituciones oficiales o privadas con reconocimiento oficial; b) Acreditación del conocimiento del idioma ladino o haketía; c) Inclusión del peticionario o de su ascendencia directa en las listas de familias sefardíes protegidas por España, a que, en relación con Egipto y Grecia, hace referencia el Decreto Ley de 29 de diciembre de 1948, o de aquellos otros que obtuvieron su naturalización por la vía especial del Real Decreto de 20 de diciembre de 1924; d) Parentesco de consanguinidad del solicitante con una persona de las mencionadas en la letra c) anterior; e) Realización de actividades benéficas, culturales o económicas a favor de personas o instituciones españolas o en territorio español, así como aquellas que se desarrollen en apoyo de instituciones orientadas al estudio,





conservación y difusión de la cultura sefardí; f) Cualquier otra circunstancia que demuestre fehacientemente su especial vinculación con España.

D) Acreditación de conocimiento de la lengua española y CCSE

De acuerdo con lo establecido en el art. 1.5 de la Ley 12/2015: «Asimismo, la acreditación de la especial vinculación con España exigirá la superación de dos pruebas. La primera prueba acreditará un conocimiento básico de la lengua española, nivel A2 o superior del Marco Común Europeo de Referencia para las lenguas del Consejo de Europa, mediante la superación de un examen para la obtención de un diploma español como lengua extranjera, DELE de nivel A2 o superior». De acuerdo con lo señalado en la Instrucción de la DGRN de 29 de septiembre de 2015, sobre la aplicación de la Ley 12/2015, estarán dispensados de la prueba de dicho examen los interesados que hayan obtenido con anterioridad un diploma de español como lengua extranjera (DELE) como mínimo del nivel A2.

En la segunda prueba se evaluará el conocimiento de la Constitución Española y de la realidad social y cultural españolas⁽¹¹⁾.

Estas pruebas serán diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

La acreditación de la especial vinculación con España exigirá la superación de dos pruebas: la primera acreditará un conocimiento básico de la lengua española y la segunda evaluará el conocimiento de la Constitución Española y de la realidad social y cultural españolas

Los solicitantes nacionales de países o territorios en los que el español sea idioma oficial estarán exentos de la prueba de dominio del español, pero no de la de conocimientos constitucionales y socioculturales. La primera prueba no es necesaria para los nacionales de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Solo están obligados a tener certificado DELE y CCSE los mayores de edad. Así pues, únicamente deberán realizar el examen DELE y la prueba de conocimiento de la Constitución Española y la realidad social y cultural españolas los mayores de dieciocho años y personas que no tuvieran la capacidad modificada judicialmente. Los menores y personas con la capacidad modificada judicialmente quedan exentos y deberán aportar certificados de sus centros de formación, residencia, acogida, atención o educación especial en los que, en su caso, hubieran estado inscritos.

2. Sobre el iter a seguir para acceder a la nacionalidad española prevista para los sefardíes en la Ley 12/2015

A) Solicitud

La solicitud se formulará en castellano e irá dirigida a la DGRN. En el acto, se facilitará al solicitante un número identificador de su solicitud (art. 2.1 de la Ley 12/2015). Ahora bien, debemos tener en cuenta que el procedimiento de concesión de nacionalidad será electrónico y, por otro lado, que, para poder acogerse a esta vía de acceso a la nacionalidad, los interesados deben formalizar su solicitud en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la presente Ley: es decir, del 1 de octubre de 2015 al 1 de octubre de 2018⁽¹²⁾. Esta última fecha podrá ser prorrogada por acuerdo del Consejo de Ministros un año más (DA 1.ª de la Ley 12/2015)⁽¹³⁾.

La DGRN, una vez recibida la petición, remitirá telemáticamente al CGN. Este, a través de los cauces que establezca, le dará curso teniendo en cuenta las preferencias manifestadas por el interesado y determinará el Notario competente para valorar la documentación aportada.

B) Comparecencia ante Notario y acta de notoriedad: peculiaridades de la misma

La labor encomendada a los notarios por la Ley 12/2015 se encuentra dictaminada en el párr. 3 del art. 2, al disponer que:

Examinados los documentos, cuando se estime inicialmente justificada la



condición de sefardí originario de España, así como la especial vinculación con España del solicitante, el Notario concertará con este su comparecencia, de la que se levantará acta⁽¹⁴⁾. A esta se incorporarán los documentos originales probatorios aportados por el interesado a los que se refiere el artículo anterior, debidamente traducidos, en su caso, y, para los solicitantes mayores de edad, el certificado o certificados de antecedentes penales correspondientes a su país de origen y de aquellos donde hubiera residido en los últimos cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud. Todos estos documentos deberán presentarse debidamente autorizados y apostillados o legalizados y, en su caso, traducidos, debiendo ser la traducción jurada. En la comparecencia personal o a través de su representante legal, el requirente deberá aseverar bajo su responsabilidad ante el Notario autorizada la certeza de los hechos en que se funda su solicitud de nacionalización.

Realizada la comparecencia del interesado y examinados todos los documentos probatorios aportados, el Notario considerará si estima o no justificada la condición de sefardí originario de España y su especial vinculación, expresando su juicio acerca del cumplimiento de los requisitos, que expresará mediante acta

Realizada la comparecencia del interesado y examinados todos los documentos probatorios aportados, el Notario considerará si estima o no justificada la condición de sefardí originario de España y la especial vinculación con España del solicitante, expresando su juicio acerca del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 1 mediante acta. Dicha acta estará sujeta a lo dispuesto en el RN con las siguientes particularidades:

a) El requerimiento para la instrucción del acta y la declaración por el Notario acerca del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 1 se

realizarán en un mismo instrumento, que se incorporará al protocolo en la fecha y bajo el número correspondientes al requerimiento inicial. b) El Notario valorará las pruebas documentales pertinentes de entre las previstas en el artículo 1 y, a la vista de los documentos aportados y de la declaración del requirente, hará constar si se cumplen o no, a su juicio, los requisitos legales.

Una vez autorizada, el Notario remitirá copia electrónica del acta, en el formato uniforme que se determine, a la DGRN. Posteriormente, una vez recibida el acta de notoriedad, que dará fe de los hechos acreditados, la DGRN solicitará preceptivamente informes de los órganos correspondientes del Ministerio del Interior y del Ministerio de la Presidencia, resolviendo de manera motivada y declarando, en su caso, la estimación de la solicitud (art. 2.4 de la Ley 12/2015).

Para que la resolución de concesión produzca efectos, deberá efectuarse la correspondiente anotación al margen de la inscripción de nacimiento. Para ello, es competente el encargado del Registro Civil que lo fuera para la inscripción del nacimiento (DA 4.ª de la Ley 12/2015)⁽¹⁵⁾.

C) Epílogo

A modo de epílogo, podemos resumir el procedimiento de acceso a la nacionalidad española prevista para los sefardíes en la Ley 12/2015 en lo siguiente:

- En primer lugar, se debe proceder a la presentación de solicitud a través de plataforma *on-line* dirigiendo la petición a la DGRN. El Centro Directivo tiene un plazo de doce meses para resolver. Las solicitudes que no tengan respuesta en este lapso de tiempo mencionado se considerarán desestimadas por silencio administrativo. Se cobrará una tasa de 100 euros a los solicitantes de la tramitación, independientemente de que sea aprobada o no⁽¹⁶⁾. Para ello, utilizarán el Modelo 790-Código 026, de autoliquidación de la tasa, de acuerdo con lo establecido en la RDGRN de 10 de noviembre de 2015, por la que se dictan normas sobre la gestión y el pago de la tasa por la presentación de solicitudes en procedimientos de nacionalidad

española por residencia y carta de naturaleza para sefardíes originarios de España (BOE 12-XI-2015), siguiendo el procedimiento establecido en la Resolución de 11 de noviembre de 2015, para modificar la de 10 de enero de 2008, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de las tasas administrativas del Ministerio de Justicia, publicada el 13 en el BOE. Como dato importante, se debe conservar el número asignado al expediente de la solicitud para poder realizar las consultas pertinentes.

Para que la resolución de concesión produzca efectos, deberá efectuarse la correspondiente anotación al margen de la inscripción de nacimiento

- En segundo término, la petición será remitida al CGN, quien seleccionará al Notario en España competente para valorar la documentación aportada por el optante.
- En un tercer momento, el peticionario será citado por el Notario en España para aportar en persona los documentos originales, legalizados o apostillados y traducidos, entre ellos: la acreditación de la condición de sefardí originario de España, de su especial vinculación y los certificados del Instituto Cervantes que fuesen necesarios, así como el certificado de antecedentes penales. El Notario dará su veredicto plasmado en un acta, que será remitida a la DGRN.
- En cuarto lugar, el Centro Directivo pedirá informes al Ministerio del Interior español y al Ministerio de la Presidencia para resolver la solicitud. Esta deberá ser resuelta en el plazo máximo de doce meses desde que hubiera tenido entrada en la DGRN el expediente junto con los informes previstos mencionados. Transcurrido el plazo anterior sin que hubiera recaído resolución expresa, las solicitudes habrán de entenderse des-



estimadas por silencio administrativo (DA 2.ª, 2 y 3, de la Ley 12/2015).

- En quinto lugar, si la petición fuese admitida, con posterioridad a esta aprobación por la DGRN, será necesario que el interesado, en el plazo de un año, se presente ante el Registro Civil competente (en el caso de los residentes en el exterior, pueden acudir al encargado del Registro Civil Consular más cercano a su domicilio) para cumplir los siguientes requisitos: a) entregar un nuevo certificado de antecedentes penales, apostillado o legalizado y traducido al castellano, para poder acreditar que se mantiene la buena conducta alegada al inicio del expediente; b) jurar fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes del Estado ante el encargado del Registro Civil.

El interesado dispone de un plazo de un año desde que recibe la notificación de la concesión de la nacionalidad para cumplir con los requisitos que se le exijan

El interesado dispone de un plazo de un año desde que recibe la notificación de la concesión de la nacionalidad para cumplir con los requisitos anteriores. En caso

de que no se presente ante el encargado del Registro Civil, se producirá la caducidad del procedimiento.

Para finalizar, no deja de sorprendernos que en la DF 3.ª de la Ley 12/2015 se disponga la aplicación con carácter supletorio de lo dispuesto en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, ya que esta no entrará en vigor con carácter general hasta el 30 de junio de 2017⁽¹⁷⁾.

III. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Españoles por carta de naturaleza: del privilegio a la reparación de los perjuicios causados», en *La Notaría*, n.º 3/2012, págs. 38-59.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Ed. CCOO. Servicios a la Ciudadanía. Formación Continua, y Ed. GPS, 5.ª ed., Madrid, 2015, págs. 232-244.

ARROYO, E., «Reforma legal para facilitar la nacionalidad española a los sefardíes», en *Escritura Pública*, n.º 89, 2014, págs. 28-32.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Sefarad», en *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista Doctrinal*, n.º 7, Ago. 2015.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Nacionalidad por carta de naturaleza: un ejemplo de equidad», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, n.º 3, 2010, págs. 1219-1244.

ELLORIAGA PISARIK, G., «Los sefardíes, de nuevo españoles», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 62, Jul.-Ago. 2015, págs. 66-69.

MORENO BOTELLA, G., «Sefardíes, de la expulsión a la nacionalidad por carta de naturaleza: breve reseña histórica sobre los judíos españoles», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 32, 2013.

PRADOS GARCÍA, C., «La expulsión de los judíos y el retorno de los sefardíes como nacionales españoles. Un análisis histórico-jurídico», en GARCÍA CASTAÑO, F.; KRESSOVA, N. (coord.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Ed. Universidad de Granada. Instituto de Migraciones, Granada, 2011, págs. 2119-2126.

ROGEL VIDE, C., *Sefardíes y nacionalidad española: La Ley 12/2015*, Ed. Ubijus y Ed. Reus, México DF y Madrid, 2015.

SULTÁN BENGUIGUI, A., «Nacionalización de sefardíes: una deuda histórica», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 59, Feb. 2015, págs. 62-64.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «*Shalom Sefarad*. Una *erensya* envenenada. La Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España (parte I y parte II)», en *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 2, Jul. 2015.

- (1) BOE 25-VI-2015. La tramitación parlamentaria de esta Ley fue bastante lenta. El primer documento oficial fue presentado por el Grupo del Partido Popular en el Congreso, mediante la Proposición no de Ley sobre concesión de la nacionalidad española a los sefardíes (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie D, n.º 375, 13 de diciembre de 2013, págs. 30-31). El texto del Anteproyecto fue aprobado el 7 de febrero de 2014. Cuatro meses más tarde, fue remitido a las Cortes el Proyecto de Ley en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes



originarios de España que justifiquen tal condición y su especial vinculación con España, por la que se modifica el art. 23 CC y se establece una tasa para determinados procedimientos de adquisición de la nacionalidad española (BOCG. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, n.º 99-1, 23 de junio de 2014). El texto estuvo paralizado hasta febrero de 2015, por continuas ampliaciones de plazos para presentación de enmiendas. La remisión al Senado se produjo el 27 de marzo de 2015, bajo el título de Proyecto de Ley en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España que justifiquen tal condición y su especial vinculación con España, por la que se modifica el art. 23 CC y por la que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia. El texto aprobado por la Cámara Alta el 27 de mayo de 2015 pasó a denominarse Proyecto de Ley en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España; su aprobación final en el Congreso de los Diputados se produjo el 11 de junio de 2015. Para todo el proceso de la tramitación parlamentaria, véase http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/A_99. En todo caso, para la actualización de los datos sobre el desarrollo de la misma, véase http://www.migrarconderechos.es/mastertable/cuadernos_de_extranjeria/Cuaderno_McD_desarrollo_Ley_12_2015.

- (2) Dicha Instrucción fue publicada el día 30 de septiembre en el BOE para que entrara en vigor el 1 de octubre de 2015, coincidiendo con la fecha impuesta en la DF 6.ª de la Ley 12/2015. Sobre esta Instrucción, se deben resaltar algunos aspectos: primeramente, se hace referencia a quién está legitimado para hacer la solicitud. En cuestiones de capacidad, es una remisión a lo que se establece en los arts. 20 y 21 CC. Depende de si el solicitante es o no mayor de edad, según su ley nacional. Si es menor de catorce años, la solicitud la realizarán, en principio, sus representantes legales. La DGRN hace un amplio desarrollo también respecto de las medidas de protección del menor, poniendo de manifiesto la aplicación del art. 9.6, reformado por la Ley 26/2015, y la remisión que dicho precepto realiza al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996. Otro tema que no se aborda en la Ley y que también es reseñado por el Centro Directivo se refiere a la consignación de apellidos al proceder

a la inscripción con referencia a la problemática especial de apellidos que inicialmente consten en un alfabeto distinto al latino. Esta cuestión, como se menciona expresamente, cuenta con la Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados y su consignación en el Registro Civil español. También se han dictado pautas de interpretación, aunque no se haga referencia a la misma, en la Instrucción de la DGRN de 24 de febrero de 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los registros civiles de otros países miembros de la Unión Europea.

- (3) Cf. A. Álvarez Rodríguez, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Ed. CCOO. Servicios a la Ciudadanía. Formación Continua, y Ed. GPS, 5.ª ed., Madrid, 2015, pág. 234.
- (4) La DF 7.ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Justicia y del Registro Civil, por la que se regula un nuevo procedimiento para la obtención de la nacionalidad española, dispone que: «1. El procedimiento para la concesión de la nacionalidad española por residencia se regirá por lo dispuesto en el Código Civil, por lo previsto en esta disposición y en el reglamento que la desarrolle. En este reglamento se incluirán las especialidades propias del procedimiento para el personal al servicio de las Fuerzas Armadas. 2. La tramitación del procedimiento tendrá carácter electrónico y su instrucción corresponderá a la Dirección General de los Registros y el Notariado. Todas las comunicaciones relativas a este procedimiento se efectuarán electrónicamente. 3. El cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código Civil para la obtención de la nacionalidad española por residencia deberá acreditarse mediante los documentos y demás pruebas previstas en la ley y reglamentariamente. La acreditación del suficiente grado de integración en la sociedad española requerirá la superación de dos pruebas. La primera prueba acreditará un conocimiento básico de la lengua española, nivel A2 o superior, del Marco Común Europeo de Referencia para las lenguas del Consejo de Europa, mediante la superación de un examen para la obtención de un diploma español como lengua extranjera (DELE) de nivel A2 o superior. Los solicitantes nacionales de países o territorios en que el español sea el idioma oficial estarán exentos de esta

prueba. En la segunda prueba se valorará el conocimiento de la Constitución española y de la realidad social y cultural españolas. Dichas pruebas serán diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. Estarán exentos de la superación de las pruebas mencionadas los menores de dieciocho años y las personas con la capacidad modificada judicialmente. 4. El procedimiento al que se refiere este artículo estará sujeto al pago de una tasa de 100 euros. Constituye el hecho imponible de la tasa la solicitud de iniciación del procedimiento para obtener la nacionalidad española por residencia, y estará sujeto a ella el interesado, sin perjuicio de que pueda actuar por representación y con independencia del resultado del procedimiento. La gestión de la tasa corresponderá al Ministerio de Justicia, que regulará cómo ha de efectuarse el pago de la misma. Mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, se aprobará el reglamento por el que se regule el procedimiento electrónico para la obtención de la nacionalidad española por residencia». Por otra parte, la DF 8.ª establece que: «Se habilita al Ministro de Justicia para dictar las disposiciones que sean necesarias para la ejecución de lo establecido en esta Ley» (BOE 14-VII-2015). Ambas disposiciones han sido desarrolladas mediante el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia (BOE 7-XI-2015).

- (5) Desde principios del año 2006 hasta la entrada en vigor de la Ley 12/2015, el Consejo de Ministros ha aprobado 799 reales decretos para otorgar la nacionalidad española a 799 personas de origen sefardí (cf. A. Álvarez Rodríguez, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Ed. CCOO. Servicios a la Ciudadanía. Formación Continua, y Ed. GPS, 5.ª ed., Madrid, 2015, pág. 233 y nota 561).
- (6) *Ibid.*, pág. 234.
- (7) Vid. Real Decreto 893/2015, de 2 de octubre, por el que se concede la nacionalidad española por carta de naturaleza a determinados sefardíes originarios de España (BOE 29-X-2015, págs. 101734-101814). Noticia relacionada: «Concedida la nacionalidad española a 4.302 sefardíes en espera de la resolución de su expediente», en <http://www.migrarcon>



derechos.es/noticias/Concedida_la_nacionalidad_espanola_a_4302_sefardie).

- (8) Vid. nota 1. En todo caso, con anterioridad, el 22 de noviembre de 2012 se había divulgado la existencia de una Instrucción sobre concesión de la nacionalidad española a los extranjeros sefardíes por carta de naturaleza. Según el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, el Ministro asistió al acto de presentación de la mencionada Instrucción, que tuvo lugar en el Centro Sefarad-Israel, junto con el Ministro de Justicia, el Director General de la Casa y el Presidente de las Comunidades Judías de España (vid. A. Álvarez Rodríguez, «Españoles por carta de naturaleza: del privilegio a la reparación de los perjuicios causados», en *La Notaria*, n.º 3/2012, págs. 38-59; E. Arroyo, «Reforma legal para facilitar la nacionalidad española a los sefardíes», en *Escritura Pública*, n.º 89, 2014, págs. 28-32; G. Moreno Botella, «Sefardíes, de la expulsión a la nacionalidad por carta de naturaleza: breve reseña histórica sobre los judíos españoles», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 32, 2013; C. Prados García, «La expulsión de los judíos y el retorno de los sefardíes como nacionales españoles. Un análisis histórico-jurídico», en F. GARCÍA CASTAÑO y N. KRESSOVA (coord.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Ed. Universidad de Granada. Instituto de Migraciones, Granada, 2011, págs. 2119-2126; A. Sultán Benguigui, «Nacionalización de sefardíes: una deuda histórica», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 59, Feb. 2015, págs. 62-64). Sin embargo, los trabajos legislativos para proceder a una reforma para incorporar un procedimiento especial no solo se demoraron, sino que, además, el texto final de la ley aprobada no ha incluido de forma alguna una carta de naturaleza e impone excesivas condiciones para que los descendientes de los que fueron expulsados de España por los decretos de 1492 y 1498 logren finalmente ser españoles y puedan ver satisfecha «la legítima pretensión de las comunidades de la diáspora sefardí cuyos antepasados se vieron forzados al exilio» (vid. Exposición de Motivos de la Ley 12/2015).
- (9) Los países en los que hay una mayor población de judíos descendientes de los expulsados de España en tiempos de los Reyes Católicos son Israel, Francia, Estados Unidos, Argentina, Brasil, Cana-

dá, Turquía y México. En la actualidad, el número aproximado de sefardíes en estos países es el siguiente: Israel (entre 673.000 y 725.000), Francia (entre 300.000 y 350.000), Estados Unidos (entre 50.000 y 80.000), Argentina (entre 37.500 y 60.000), Brasil (entre 20.000 y 60.000), Canadá (entre 30.000 y 60.000), Turquía (entre 25.000 y 50.000) y México (entre 15.000 y 20.000) (cf. A. Sultán Benguigui, «Nacionalización de sefardíes: una deuda histórica», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 59, Feb. 2015, pág. 64).

- (10) Vid. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, «Sefarad», en *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista Doctrinal*, n.º 7, Ago. 2015; G. Elloriaga Pisarik, «Los sefardíes, de nuevo españoles», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 62, Jul.-Ago. 2015, págs. 66-69; C. Rogel Vide, *Sefardíes y nacionalidad española: La Ley 12/2015*, Ed. Ubijus y Ed. Reus, México DF y Madrid, 2015, págs. 29-64; M. Vargas Gómez-Urrutia, «Shalom Sefarad. Una erensya envenenada. La Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España (parte I y parte II)», en *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 2, Jul. 2015.
- (11) Sobre el CCSE, prueba que acredita el conocimiento de la Constitución Española y de la realidad social y cultural españolas, se ha acreditado en España a una serie de organismos en los que se podrá realizar el examen. Se ha convocado para todos los jueves de fin de mes de febrero a diciembre, con excepción del mes de agosto. Ya se ha celebrado la primera convocatoria el jueves día 29 de octubre de 2015. Las calificaciones se publican a los veinte días de la realización del examen, los certificados emitidos tendrán una validez de cuatro años y el precio para cada convocatoria es de 85 euros: <http://ccse.cervantes.es/informacion.htm>.
- (12) Es posible que, en el momento de la entrada en vigor de la Ley, en el Ministerio de Justicia aún haya casos pendientes, es decir, solicitudes incoadas con anterioridad. La Ley 12/2015 se hace eco de esta problemática en la DT única. En esta se establece que: «1. Quienes por cumplir los requisitos previstos en la presente Ley estén incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación y, con anterioridad a su entrada en vigor, hayan solicitado la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza a través del procedimiento ordinario e individualizado, sin haber recibido notificación de la correspondiente resolución, podrán op-

tar por la continuación de la tramitación de su expediente de acuerdo con el procedimiento que se regula mediante esta Ley, y a tal fin lo solicitarán expresamente y aportarán la documentación que se requiera conforme a lo previsto en el artículo 2 que no hubieran ya aportado. 2. El ejercicio de la opción deberá realizarse a través de la plataforma electrónica establecida en la disposición adicional segunda, durante el plazo señalado en el apartado 1 de la disposición adicional primera. Realizada la opción, la tramitación del correspondiente expediente de nacionalidad por carta de naturaleza, ya incoado, continuará su tramitación con arreglo a las previsiones sustantivas y procedimentales contenidas en esta Ley, si bien el interesado, personalmente o por medio de persona autorizada, podrá solicitar de la Dirección General de los Registros y del Notariado el desglose de los documentos aportados en su momento al expediente para incorporarlos ahora al acta de notoriedad, y podrá también, personalmente o por medio de persona autorizada, completar el expediente con la documentación que se requiera conforme a lo previsto en el artículo 2 que no haya sido aportada previamente u otorgar nueva acta notarial, si fuera necesario. Todas las solicitudes, incluidas las de opción, serán tramitadas por el orden de recepción de los documentos e informes exigidos».

- (13) Una vez transcurrido el plazo mencionado, los eventuales beneficiarios de la misma (los sefardíes que cumplan con los requisitos de la presente Ley y acogidos a su procedimiento) podrán solicitar la obtención de la nacionalidad española, siempre que acrediten circunstancias excepcionales o razones humanitarias. Ahora bien, la resolución de la petición no corresponderá a la DGRN, sino al Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Justicia. En definitiva, la DA 3.ª de la Ley 12/2015 habilita al uso nuevamente de lo previsto en el art. 21 CC para la concesión de la carta de naturaleza (vid. A. Álvarez Rodríguez, «Españoles por carta de naturaleza: del privilegio a la reparación de los perjuicios causados», *La Notaria*, n.º 3/2012, págs. 38-59).
- (14) Vid. formularios incluidos en los anexos al texto de la Instrucción de la DGRN de 29 de septiembre de 2015.
- (15) De acuerdo con lo establecido en los párrs. 5.º y 6.º del art. 2.5 de la Ley. En estos apartados se dispone literalmente: «5. La resolución dictada será título



suficiente para la práctica de la correspondiente inscripción en el Registro Civil, previo cumplimiento del requisito del juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes exigido en la letra a) del artículo 23 del Código Civil, junto con los demás que se establecen en el apartado siguiente. La Dirección General de los Registros y del Notariado remitirá de oficio una copia de la resolución al encargado del Registro Civil competente para la inscripción del nacimiento. 6. La eficacia de la resolución de concesión quedará supeditada a que, en el plazo de un año contado a partir del día siguiente a la notificación de la resolución al interesado, este cumpla con las

siguientes condiciones ante el Registro Civil competente por razón de su domicilio: a) Solicitar la inscripción. b) Aportar un nuevo certificado vigente acreditativo de la ausencia de antecedentes penales, legalizado o apostillado y, en su caso, traducido. c) Realizar ante el encargado del Registro Civil las manifestaciones legalmente procedentes, relativas al juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes. El incumplimiento por el interesado de las anteriores condiciones en el plazo establecido producirá la caducidad del procedimiento».

(16) Vid. DA 2.ª de la Ley 12/2015, al recoger expresamente que: «El procedimiento

para la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza a que se refiere la presente Ley devengará una tasa de 100 euros por la tramitación administrativa de cada solicitud. Constituye el hecho imponible de la tasa la solicitud de iniciación del procedimiento para obtener la nacionalidad española y estará sujeto a ella quien la solicite, con independencia del resultado del procedimiento». La gestión de esa tasa y cómo ha de efectuarse el pago de la misma, junto con el desarrollo iter procedimental, corresponderá al Ministerio de Justicia.

(17) Vid. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, «Sefarad», en *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista Doctrinal*, n.º 7, Ago. 2015.

Sentencias

Sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde junio hasta septiembre de 2015

Redacción Wolters Kluwer

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Carece de legitimación para reclamar las rentas el arrendador que dejó de ser propietario tras dictarse el auto de adjudicación del inmueble a un tercero en ejecución hipotecaria

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia núm. 414, de 14 de julio de 2015 (Ponente: Salas Carceller, Antonio) LA LEY 99697/2015

RESUMEN: Reclamación de rentas. Falta de legitimación del demandante que no era propietario de la vivienda en el momento de devengarse las rentas reclamadas. La entrega de la vivienda al nuevo propietario se produjo en virtud del auto de adjudicación dictado en proceso de ejecución hipotecaria, pues a estos efectos se equipara a la escritura pública (art. 1462 CC), que aquí resulta innecesaria.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de rentas arrendaticias. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, casa la sentencia recurrida y confirma la dictada en primera instancia.

De vivienda. Validez de la renuncia del arrendador al derecho a la denegación de prórroga por causa de necesidad de la vivienda

Tribunal Supremo Sala 1.ª Sentencia núm. 393, de 24 de junio de 2015 (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 84344/2015

RESUMEN: Acción de resolución del contrato por causa de necesidad. Desestimación. Validez de la renuncia del arrendador ori-

ginal a la posible denegación de prórroga en el segundo contrato de arrendamiento formalizado, el ahora vigente. El contrato databa de 1974 y tras un anuncio de denegación de prórroga en 1987, las partes formalizaron un nuevo contrato de arrendamiento, en el que se renunciaba al derecho a denegación de prórroga por causa de necesidad, con un sustancial aumento de la renta. Es decir, por la renuncia a la denegación de prórroga, obtuvo la parte arrendadora una sensible mejora económica en la renta a percibir, cuya contrapartida fue la renuncia mencionada.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de resolución de arrendamiento de vivienda y nulidad de una de las cláusulas del contrato. La AP Sevilla revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda declarando resuelto el contrato. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

De vivienda. Va contra sus actos propios el arrendador que exige el pago de prestaciones periódicas más actuales y después reclama las correspondientes a períodos anteriores

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 428, de 15 de julio de 2015 (Ponente: Salas Carceller Antonio) LA LEY 100418/2015

RESUMEN: Arrendamiento anterior al 9 de mayo de 1985. Actualización de la renta. No resulta conforme a derecho la pretensión de la arrendadora en el sentido de efectuar la revisión de la renta que hubiera procedido desde el año de celebración del contrato, desconociendo las efectuadas periódicamente por acuerdo entre las



partes. Pago del IBI y servicios por el arrendatario. Reclamación de años anteriores habiéndose satisfecho uno posterior, que había sido el único reclamado inicialmente. Doctrina de los actos propios. No actúa de buena fe quien pretende fraccionar una reclamación del modo como lo ha hecho la arrendadora, exigiendo únicamente el pago de prestaciones periódicas más actuales para posteriormente, una vez pagadas éstas, hacer una nueva reclamación respecto de las correspondientes a períodos anteriores, sin explicación alguna razonable sobre este modo de proceder.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por el arrendatario y declaró no haber lugar a la revisión de la renta mensual en la forma interesada por la arrendadora y que el demandante únicamente estaba obligado al pago de consumo de agua del piso arrendado y del IBI desde un determinado año en adelante. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

BANCA

Producto financiero complejo. Condena a una entidad financiera a indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 398, de 10 de julio de 2015 (Ponente: Sancho Gargalo, Ignacio) LA LEY 99706/2015

RESUMEN: Contratación de un producto financiero complejo en la que el banco desarrolla una labor de asesoramiento financiero. Deber de realizar el test de idoneidad en los casos, como el de autos, en que el producto fue adquirido después de haber entrado en vigor la Ley 47/2007, y con ella el art. 79 bis LMV, pero dentro del periodo de seis meses previstos en la disposición transitoria primera de dicha Ley, en que la entidad que presta servicios de inversión debía «adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley». Incumplimiento de los deberes inherentes a la realización del test de idoneidad. El banco debía haberse cerciorado de que la inversión recomendada se adecuaba al perfil inversor del cliente, lo que exigía previamente dejar constancia de él. Puede ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se haya derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del producto contratado. Si no consta que la demandante fuera inversora de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubiera empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que la demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.

ITER PROCESAL: El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que la entidad financiera demandada había incumplido el contrato de gestión de inversiones suscrito con la demandante, condenándola a indemnizarle en la cantidad invertida con los intereses legales desde la presentación de la demanda. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo

estima el recurso de casación formulado por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia

COMPRAVENTA. DE LOCALES Y PLAZAS DE GARAJE

Resolución de contratos por retraso significativo en el requerimiento para otorgar escritura pública

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 364, de 28 de junio de 2015 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 125937/2015

RESUMEN: Interpretación del contrato integrado por condiciones generales de la contratación. Existencia de condición resolutoria expresa. Desde el momento en que el comprador es una mercantil que opera en el sector inmobiliario, no tiene la condición legal de consumidor o usuario; no obstante, al aplicarse las reglas generales de protección, se observa que la vendedora ha incumplido el plazo de entrega de los inmuebles de forma significativa. Desde que finalizan las obras hasta que la vendedora/promotora requiere para el otorgamiento de escritura pública transcurren 10 meses, y al no haberse notificado dicha prórroga a la compradora, tal como estaba estipulado, opera la consecuencia resolutoria. Han de devolverse las cantidades entregadas a cuenta por la adquirente, así como los intereses.

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo casa sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, y declara resueltos los contratos de compraventa suscritos, condenando a la vendedora a devolver las cantidades entregadas más los intereses.

De vivienda sobre plano. Concurso de acreedores de la promotora. La adhesión de los compradores de una vivienda al convenio del concurso de la promotora no les impide reclamar las cantidades entregadas a cuenta del precio

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 434, de 23 de julio de 2015 (Ponente: Sancho Gargalo, Ignacio) LA LEY 102318/2015

RESUMEN: La adhesión de los compradores al convenio del concurso no altera el derecho de dichos compradores a dirigirse contra la aseguradora para la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio caso de incumplimiento de la obligación de la promotora. El acuerdo alcanzado entre la promotora concursada y los compradores, con posterioridad a la aprobación del convenio, por el que se resolvía el contrato de compraventa, no libera a la aseguradora sino que constituye el cumplimiento del presupuesto legal para que los compradores puedan ejercitar la acción contra ella, pues la resolución convenida es posterior a que se hubiera cumplido el plazo de entrega de la vivienda y ante la imposibilidad de cumplimiento.

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la pretensión subsidiaria contenida en la demanda y condenó a la demandada a restituir a los compradores demandantes el importe del único aval aportado a los autos. La AP Alicante estimó la impugnación de la sentencia formulada por los compradores y estimó íntegramente la demanda, condenando a la demandada a devolver la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda adquirida. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada.



Sentencias

CONCURSO DE EMPRESAS

No se aplican las reglas de pago del art. 176 bis 2 LC si al momento de reclamar el crédito la administración concursal no ha comunicado la insuficiencia de la masa activa

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 305, de 10 de junio de 2015 (Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio) LA LEY 125697/2015

RESUMEN: Orden de prelación de los créditos. Reglas de pago. Generación de créditos contra la masa a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social posteriores a la declaración del concurso. Interpretación de las reglas de pago contenidas en el artículo 176 bis 2 LC. El orden de prelación se aplica desde la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago y afecta en principio a todos los créditos contra la masa pendientes de pago, y no solo a los posteriores a la comunicación. Sin embargo, en este caso, cuando la TGSS interpuso el incidente en reclamación del pago en atención al criterio del vencimiento, la administración concursal no había realizado aún comunicación sobre la insuficiencia de la masa activa. Esta comunicación es presupuesto legal para que opere el orden de prelación del pago distinto del vencimiento. Ello supone que debe declararse que el pago de su crédito se haga con arreglo al criterio de su vencimiento sin que resulte oponible la prelación del artículo 176 bis 2 de la Ley Concursal.

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que deja sin efecto, y estima la demanda inicialmente planteada declarando el derecho de la TGSS a que se le pague su crédito contra la masa con arreglo al criterio de su vencimiento.

CONTRATO DE PERMUTA DE FINCAS POR OBRA FUTURA

Incompatibilidad de la resolución del contrato de permuta de finca por obra futura y la aplicación de la cláusula penal relativa al retraso en la entrega

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 333, de 15 de junio de 2015 (Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier) LA LEY 79607/2015

RESUMEN: Resolución del contrato por incumplimiento del plazo de entrega de la obra terminada. Cláusula penal: Es incompatible reclamar la resolución del contrato y simultáneamente la aplicación de la cláusula penal relativa al retraso en la entrega. Interpretación del contrato: no cabe la cita heterogénea de todos los preceptos del Código Civil sobre ella. Es función del Tribunal de instancia.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de resolución del contrato de permuta celebrado entre las partes, con devolución de las parcelas entregadas y el pago de determinada cantidad en concepto de penalización por retraso en la entrega de los chalets a construir. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y casa la sentencia recurrida en el sentido de eliminar del fallo el pronunciamiento relativo a la penalización por retraso.

DERECHO AL HONOR

Análisis por el Tribunal Supremo de la vulneración del derecho al honor por una obra audiovisual

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 441, de 29 de julio de 2015 (Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 136687/2015

RESUMEN: Emisión por televisión de una película sobre el famoso crimen de unos marqueses. Demanda formulada por uno de sus hijos por considerar que la emisión de la película constituía una intromisión ilegítima en su derecho al honor pues le presentaba como el autor intelectual o inductor y colaborador necesario en el asesinato de sus padres. Desestimación. Prevalencia de las libertades de información y de creación artística. Los hechos expuestos en la película son veraces y las escenas en las que pudiera entenderse que se vierten sospechas difusas respecto del demandante son licencias creativas admisibles, tendentes a crear una cierta tensión, que posteriormente se resuelve al mostrarse quien resultó ser el autor del crimen condenado judicialmente.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el demandante.

DIVORCIO

Modificación de medidas. Reducción temporal de la pensión compensatoria que percibe la esposa mientras el marido se encuentre en situación de incapacidad laboral transitoria

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 371, de 17 de junio de 2015 (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 79603/2015

RESUMEN La reducción fue acordada en apelación aunque con efectos desde la presentación de la demanda. Ello no supone una vulneración de la doctrina jurisprudencial que en materia de pensión de alimentos establece que la modificación produce efectos desde que se acuerda, dado que el pronunciamiento sobre alimentos es referido a un cambio prolongado, mientras que en el presente supuesto (pensión compensatoria) predomina la transitoriedad.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de modificación de medidas acordadas en sentencia de divorcio. La AP Asturias revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda reduciendo la cuantía de la pensión compensatoria. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada. Reducción de la pensión compensatoria por la sentencia de apelación, con efectos desde la presentación de la demanda.

Improcedencia de la reducción de la pensión compensatoria por la posible venta futura de la que fue vivienda familiar, propiedad de la esposa perceptora de la pensión

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 316, de 2 de junio de 2015 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 79949/2015

RESUMEN: Pensión compensatoria. Improcedencia de la reducción de la pensión por la posible venta futura de la vivienda familiar,



propiedad de la esposa perceptora de la pensión y a la que se atribuyó su uso.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de divorcio y acordó atribuir a la esposa el uso del domicilio familiar e imponer al esposo el pago de una pensión compensatoria de 600 € mensuales. La AP Sevilla revocó en parte la sentencia del Juzgado y estableció una pensión compensatoria de 400 € durante cinco años y una vez transcurridos se reduciría a 250 € mensuales. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la esposa, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

Efectos de las sentencias de separación y divorcio de cónyuges acogedores respecto de los menores acogidos

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 416, de 20 de julio de 2015 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 99703/2015

RESUMEN: Efectos de las sentencias dictadas en procesos matrimoniales de cónyuges acogedores respecto de los menores acogidos. Los procesos matrimoniales no son el cauce adecuado para adoptar medidas definitivas respecto de menores acogidos. Sin embargo, mientras la Autoridad administrativa adopta la decisión correspondiente respecto al cese o modificación del acogimiento, el interés superior del menor impide que se cree una desatención de éste, correspondiendo a los acogedores la obligación de “velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral” (art. 173.1 CC).

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia acordó el divorcio de los acogedores y, entre otras medidas, atribuyó a la esposa el uso del domicilio familiar y la guarda y custodia de la nieta, fijando la contribución del esposo a los alimentos de su nieta con una pensión de 200 € mensuales. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y declaró no haber lugar a la pensión de alimentos a favor de la nieta. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la esposa, casa la sentencia recurrida y confirma las medidas que respecto a la menor estableció la sentencia del Juzgado.

MENORES

El TS fija doctrina sobre la competencia de la Administración para acordar la suspensión del régimen de visitas de una menor respecto de sus padres biológicos

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia núm. 321, de 18 de junio de 2015 (Ponente: Seijas Quitana, José Antonio) LA LEY 79678/2015

RESUMEN: Competencia de la Administración para acordar la suspensión del régimen de visitas de una menor respecto de sus padres biológicos. El Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina jurisprudencial: “La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada”.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por la Administración y ratificó la suspensión del régimen de visitas de una menor con sus padres biológicos. La AP Granada revocó la sentencia del Juzgado y dejó sin efecto la suspensión del régimen de visitas acordada por la Administración. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por la Administración, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Se rechaza la nulidad de la cláusula multidivisa de un préstamo hipotecario suscrito por un experto financiero

Tribunal Supremo Sala 1.ª núm. 323, de 30 de junio de 2015 (Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 89376/2015

RESUMEN: Desestimación de la acción de nulidad de cláusula multidivisa recogida en préstamo hipotecario. Inexistencia de error que vicie el consentimiento en la relación contractual. A pesar de ser calificados como clientes minoristas, no profesionales, se considera el perfil experto de los demandantes, que tienen suficiente formación y conocimientos financieros para entender la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados. El hecho de que la esposa no fuese experta financiera resulta irrelevante, pues actuó representada por su esposo, que sí contaba con ese perfil de experto financiero. Inaplicabilidad de la normativa de consumidores y usuarios. Los recurrentes no pueden considerarse consumidores pues no actuaban en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial. Aplicación de la Directiva MiFID (Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros). El incumplimiento por la entidad bancaria de la normativa relativa al deber de información sobre la naturaleza y riesgos de dicho instrumento financiero contratado, no puede producir por sí mismo la nulidad del contrato.

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación contra la sentencia de la AP Madrid y rechaza la acción de nulidad del préstamo hipotecario con cláusula multidivisa.

PROPIEDAD HORIZONTAL

La adquisición de un club de campo por una urbanización debe ser aprobada por unanimidad ya que no se trata de la creación de un servicio común de interés general

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia núm. 429, de 7 de julio de 2015 (Ponente: Arrojo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 99186/2015

RESUMEN: La adquisición de la mayoría de participaciones de un club social debe ser probada por unanimidad ya que no se puede considerar que el acuerdo afecte a la creación de servicios de “interés general”. Para los comuneros que votaron a favor, la adquisición de las participaciones supone una posibilidad de aumentar el disfrute de las instalaciones del club, pero ello no puede ser impuesto a quien adquirió su vivienda en el complejo inmobiliario, cuando no estaba prevista la integración en el club. Lo que para unos es una oportunidad de revalorización, para otros es un aumento innecesario de los gastos.

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda de impugnación de acuerdo comunitario. La AP Valencia revocó la sentencia del



Sentencias

Juzgado y estimó la demanda anulando el acuerdo. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la comunidad de propietarios demandada.

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Determinación de la norma de conflicto aplicable cuando el testador, marroquí, reconoce en el testamento un derecho patrimonial sobre bienes inmuebles situados en España

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia núm. 342, de 23 de junio de 2015 (Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 99179/2015

RESUMEN: Nacional marroquí que en su testamento reconoce a sus familiares un derecho de contenido patrimonial (usufructo) sobre diversos inmuebles de su propiedad situados en España. Determinación de la norma de conflicto aplicable. El reconocimiento del derecho de los demandantes, que no se integra en la naturaleza y alcance de las disposiciones testamentarias, resulta clave para la determinación de la norma de conflicto aplicable que vira, necesariamente, del art. 9.8 CC y, por ende, de la ley nacional del causante, hacia el art. 10.1 CC y, por tanto, a la ley territorial donde se hallen los bienes inmuebles en cuestión, esto es, la legislación española.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de declaración de la existencia en favor de la madre y hermanos del testador, de un legado del 80% del usufructo de determinados bienes inmuebles propiedad de aquél o, subsidiariamente, la existencia de un reconocimiento de deuda a favor de la madre y

hermanos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y declara la existencia de un reconocimiento de una deuda en favor de la madre y hermanos del testador por el capital prestado en su momento por éstos.

UNIÓN NO MATRIMONIAL. ALIMENTOS

El progenitor alimentante en paradero desconocido tiene obligación de pagar alimentos a su hija menor

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia núm. 481, de 22 de julio de 2015 (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 125951/2015

RESUMEN: Fijación de un mínimo vital de alimentos de la hija menor de edad a cargo del padre, que se encuentra en rebeldía procesal. Determinación de los alimentos en base al principio de proporcionalidad. El mero desconocimiento del paradero del padre no le exonera de tal obligación. A pesar de que la sentencia recurrida elude la obligación de fijar alimentos para evitar posibles responsabilidades penales del alimentante, dicha obligación viene impuesta por la norma civil y constitucional. Fijación del 10% de los ingresos que se acrediten como percibidos por el padre, a pesar de desconocerse el trabajo que pueda estar desarrollando en la actualidad.

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP Pontevedra, que casa en el sentido de fijar la obligación de prestar alimentos del padre hacia su hija, consistentes en el 10% de los ingresos que perciba.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^(*)

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

TESTAMENTO OLÓGRAFO

El uso por parte del testador de una firma inédita, no utilizada nunca en otros ámbitos, produce la nulidad del testamento, ya que, pese a no haber dudas sobre la autenticidad de la misma, no revela su voluntad de testar

Sentencia n.º 17/2015, de 16 de marzo (Ponente: José Francisco Valls Gombau)

RESUMEN: En un procedimiento seguido por demanda de nulidad de un testamento ológrafo, la Audiencia declaró probada la autenticidad del documento manuscrito, pero, asimismo, que la firma que constaba en dicho documento no había sido utilizada nunca por el testador (quien había tenido un accidente cerebral con anterioridad a la redacción del documento). Por lo tanto, declaró la nulidad del testamento ológrafo, por entender que la firma no es solamente un requisito formal, sino también la demostración de su voluntad de testar.

El TSJC desestima el recurso en casación. En primer lugar, declara que «la habitualidad de la firma no es requisito formal exigible para estimar la validez del testamento ológrafo», en la línea de las SSTs (Sala 1.ª) 322/2011, de 5 de mayo, y 682/2014, de 25 de noviembre. Admite, pues, que «la firma, aun cuando no sea la habitual o usual, puede ser válida». No obstante, rechaza «que sea una distinta, inédita, que nada tiene que ver con la utilizada normalmente, en cualquier ámbito, ya sea personal o profesional». Por consiguiente, declara que «sin el requisito de firma válida, debe decretarse la nulidad del testamento, en tanto que dicha firma, según la mejor doctrina, como requisito objetivo, se encuentra vinculada no al cumplimiento de una formalidad, sino que a partir de ella se descubre el ánimo o voluntad de otorgar un testamento».

(*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en <http://www.poderjudicial.es>

COMENTARIO: La ausencia de control de la voluntad del testador en el momento del otorgamiento de un testamento ológrafo obliga a extremar las precauciones a la hora de su validación, especialmente en relación con la existencia de la propia voluntad de testar. El texto del testamento en cuestión es extremadamente sucinto («Quiero que mi hijo Porfirio sea mi heredero. La Manga del Mar Menor. 25 de marzo de 2000. Jesús María»; al parecer, figuran también sus apellidos). Todo parece indicar, dada la certeza de la autenticidad de la letra manuscrita, que el testador, en lugar de firmar el documento, se limitó a poner su nombre y apellidos al final del mismo. No se trataría, pues, tanto de una cuestión de firma inválida como de ausencia de firma, ya que, de otro modo, el testador (que, como se ha dicho, tenía dificultades para escribir) habría hecho algún tipo de signo similar a su firma (no le habría sido difícil, si pudo escribir el resto del documento). En cualquier caso, no se cumple el requisito formal de la firma válida que el art. 120 CS exigía en 2000, por lo que el testamento debe ser declarado nulo.

El argumento de que la ausencia o invalidez de la firma impide acreditar la voluntad de testar no debe verse contradicho por la palabra inicial del testamento («Quiero»), que es expresión del contenido de dicha voluntad, pero no de la voluntad de otorgar el testamento. El elemento principal de prueba de la voluntad de testar es la firma, pues revela la relevancia que el autor atribuye a su escrito.

PRESTACIÓN COMPENSATORIA POR DIVORCIO

El TSJC considera que no se dan las circunstancias excepcionales que la ley exige para que la prestación compensatoria en forma de pensión se conceda por tiempo indefinido

Sentencia n.º 21/2015, de 9 de abril (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

RESUMEN: La recurrente, divorciada en la primera instancia del proceso, solicitó la fijación de una prestación compensatoria en for-



Sentencias

ma de pensión por tiempo indefinido, petición que le fue denegada en dicha instancia (que le otorgó una pensión de 600 euros mensuales «hasta que se haya liquidado la totalidad del patrimonio común», y reducida luego hasta cesar a los dos años de tal hecho) y, posteriormente, desestimada en segunda instancia.

El TSJC desestima nuevamente la solicitud por considerar que no concurren las «circunstancias excepcionales» que exige el art. 233-17.4 CCCat para que dicha prestación pueda concederse por tiempo indefinido. Los elementos fácticos que tiene en consideración la sentencia son los siguientes: la convivencia matrimonial perduró durante 31 años; al cese de la misma, la edad de la peticionaria era de 56 años; los hijos del matrimonio son mayores de edad y gozan de independencia económica y personal; la solicitante, pese a poseer una preparación académica básica, había trabajado durante 9 años antes de contraer matrimonio, tras lo cual se dedicó a la familia y «colaboró» en el negocio de su marido llevando la contabilidad y la gestión comercial; el uso de la vivienda familiar, propiedad exclusiva del marido (no se indica la procedencia del dinero con el que se adquirió), le ha sido atribuido a este; a la esposa se le atribuye el uso de otra vivienda, titularidad de ambos, aunque adquirida con bienes procedentes de una herencia de la familia de ella; los restantes bienes de titularidad conjunta son dos «carcasas de vivienda», un solar y cinco plazas de aparcamiento; la esposa, al parecer, carece de otros bienes e ingresos, mientras que el marido es titular de tres viviendas, percibe una pensión de jubilación de 870 euros mensuales y es titular de 100 participaciones de una «mercantil de valor desconocido».

Con base en dichas circunstancias, el TSJC estima que «no es posible interpretar la excepcionalidad de que habla el art. 233-17.4 CCCat en sentido extensivo y comprensivo de aquellos supuestos en los que se advierta en el cónyuge solicitante de la pensión [que] posee o poseerá en un plazo determinado o dependiendo de una condición precisa –por ejemplo, la liquidación de un patrimonio común– una cierta capacidad de subvenir por sí solo a sus necesidades, sin ayuda económica del otro, aunque dicha capacidad pueda verse dificultada por su edad y por su desfasada experiencia laboral, cuando, además, carece de cargas familiares (FD 3)».

COMENTARIO: Considero muy restrictiva la interpretación que el TSJC realiza de la expresión «circunstancias excepcionales» del art. 233-17.4 CCCat. Entender que una persona de 56 años con «desfasada experiencia laboral» tenga «una cierta capacidad de subvenir por sí solo a sus necesidades» me parece, en la sociedad actual, ciertamente ilusorio, salvo que en la mente del Tribunal esté presente que la recurrente pueda obtener algún tipo de subsidio social que le permita tener unos ingresos mínimos para subsistir. Pero el Tribunal no debería tener en cuenta en absoluto este recurso extremo, máxime cuando se dan las restantes circunstancias que concurren en este caso, en el que el marido dispone de un patrimonio exclusivo considerable que ha conseguido, al parecer, gracias al trabajo de ambos cónyuges y que no ha compartido con su mujer, de cuya dedicación dentro y fuera de casa se ha valido, posiblemente sin proporcionarle ninguna retribución y no se sabe si habiéndola dado de alta en la Seguridad Social, etc.

Esta interpretación restrictiva del art. 233-17.4 CCCat no es exclusiva de esta sentencia. Ya anteriormente, en la reciente STSJ n.º 76/2014, había denegado el carácter indefinido de la prestación compensatoria en forma de pensión en un supuesto en el que la peticionaria (también la esposa) tenía 50 años de edad, dejó de tra-

bajar fuera de casa al tener el primer hijo y la convivencia duró 26 años, por considerar que «la vida laboral por disposición legal se viene alargando, como consecuencia de la prolongación de las expectativas de vida existentes en la actualidad». Es interesante reproducir la fundamentación de esta sentencia: «La finalidad actual de la pretensión compensatoria es la readaptación del cónyuge acreedor a la vida activa como consecuencia de las desmejoras económicas consiguientes a la disolución del matrimonio y a la pérdida de oportunidades experimentada precisamente por este. No se concibe ya como una garantía de sostenimiento vital por parte del antiguo cónyuge ni como un derecho automático a una prestación económica permanente. Se presume que cada uno de los cónyuges debe ser capaz de mantenerse por sí mismo y que, tras la disolución del vínculo, el menos favorecido debe actuar en forma proactiva para adquirir bienes propios que permitan su digna sustentación sin quedar sujeto a la permanente dependencia del otro. La pensión o prestación compensatoria tiende, pues, a compensar la disparidad en las condiciones de vida entre ambos creadas por el divorcio por el tiempo necesario para que el cónyuge que perdió o disminuyó sus oportunidades laborales pueda volver a adquirirlas y restablecer el desequilibrio que se produce en relación con el nivel de vida del otro y el mantenido durante el matrimonio [...] De este modo solo podrá establecerse una permanencia de la pensión por tiempo indefinido cuando en el caso concreto concorra una potencialidad real y acreditada de que el beneficiario, como consecuencia de sus circunstancias personales (edad, estado de salud, formación profesional, posibilidades de adquirir ayudas públicas, etc.) y de la ausencia de patrimonio, no podrá alcanzar, en un plazo mayor o menor, aquella autonomía pecuniaria de la que hubiera podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, permitiéndole subvenir a sus necesidades».

Las circunstancias de la actual sentencia, sin embargo, son aún más extremas que las de 2014. Es indudable que el criterio sumamente restrictivo del TSJC viene determinado por la reforma operada en el art. 233-17.4 CCCat en relación con su equivalente en el CF (art. 86.1.d), que es calificada por el Tribunal en la sentencia que comentamos como «un evidente cambio normativo, al invertir la regla general establecida en el CF» que había venido siendo reconocida por la jurisprudencia de la propia Sala, que se había pronunciado «en sentido favorable a la posibilidad y contrario a la obligatoriedad de establecer un plazo o limitación temporal al derecho a percibir una pensión compensatoria, que, en todo caso, debía supeditarse al advenimiento de las predecibles circunstancias que permitieran pronosticar la superación del desequilibrio producido por la ruptura de la convivencia (FD 1)».

Con todo, creo que, posiblemente, el TSJC está yendo demasiado lejos en la interpretación de las circunstancias excepcionales del art. 233-17.4 CCCat y que debería tener en cuenta no solo el desequilibrio producido por la ruptura de la convivencia, sino también el causado durante la convivencia en casos como el que nos ocupa, en el que debemos deducir que los cónyuges estaban casados en régimen de separación de bienes (extremo que no se expresa en la sentencia, pero que se supone, por ser el régimen legal supletorio en Cataluña y por las referencias que hace la sentencia al patrimonio de los cónyuges), no obstante lo cual no se concede a la esposa la compensación económica por razón de trabajo del art. 232-5 (tampoco consta que se haya solicitado), que es la prestación que le correspondería por el desequilibrio patrimonial producido durante la convivencia. Es cierto que el fundamento de la prestación compensatoria no es este, pero también lo es que, por razones de equidad y dado su carácter



«compensatorio», el criterio interpretativo judicial habría podido ser menos estricto en un caso como el presente.

Con posterioridad a esta sentencia, se ha dictado la STSJC n.º 46/2015, de 15 de junio (Ponente: M.ª Eugènia Alegret Burgués), que también deniega (aunque con mayor fundamento, a mi juicio) la concesión de la prestación compensatoria por tiempo indefinido a una esposa divorciada que cuenta con unos ingresos económicos fijos procedentes del trabajo de unos 1.000 euros mensuales netos y con un patrimonio propio valorado en casi un millón de euros.

DESHEREDACIÓN

El maltrato psicológico tiene cabida dentro del maltrato grave como causa de desheredación

Sentencia n.º 41/2015, de 28 de mayo (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

RESUMEN: La testadora, fallecida en 2008, había desheredado a su nieto (legitimario por premoriencia de su padre a la testadora) por la causa establecida en el art. 370.3 CS (maltrato grave). Con motivo de la reclamación de la legítima, el heredero alegó un «*comportamiento reiterado del nieto para con la causante que, por su entidad y trascendencia social, consideró atentatorio de la dignidad social de esta y constitutivo de un verdadero maltrato psicológico, consistente: por un lado, en la ruptura de las relaciones familiares que habían venido manteniendo continuada y normalmente la causante y su nieto [...]; por otro lado, en la falta de auxilio y de apoyo del actor, muerto ya su padre y único hijo de la causante [...] durante la larga enfermedad que padeció el esposo de esta [...] antes de morir (2002), al que aquel no fue a visitar, salvo en una ocasión y tras la mediación de terceros, no contribuyendo tampoco a su cuidado y atención, lo que se tradujo igualmente en la ignominia de la causante entre sus vecinos [...], y, finalmente, en la falta de ayuda del actor a la causante, una vez que esta la necesitó al quedarse viuda, de forma que no la acompañó en su ingreso en la residencia geriátrica en la que hubo de recluírse, ni fue a visitarla —salvo en una ocasión— en los dos años que estuvo allí ingresada*». A fin de acreditar tales hechos, el heredero demandado propuso diversos medios de prueba, propuesta que fue denegada en primera y en segunda instancia, con base en el argumento de que los hechos que se pretendían probar podrían constituir solamente un maltrato psicológico, que no tiene cabida en el maltrato de obra grave del art. 370.3 CS. Dichos hechos deberían quedar, según las sentencias de instancia, «dentro del ámbito interno, moral de la causante», y no podrían «ser valorados jurídicamente».

El TSJC decreta la nulidad de la sentencia recurrida por haber denegado dicha prueba y la retroacción de las actuaciones a dicho momento procesal, motivo por el cual no entra en el examen del recurso de casación. Pese a ello, y como fundamento de su fallo, el TSJC acoge la admisión del maltrato psicológico como subsumible dentro del concepto de *maltrato grave* del art. 370.3 CS (hoy, art. 451-17.2.c CCCat), siguiendo la reciente jurisprudencia del TS en el mismo sentido (SSTS de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015).

Así lo expresa el TSJC: «*Estamos de acuerdo con el TS, por un lado, en que los malos tratos o injurias graves de palabra, como causas justificadas de desheredación y de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una “interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”, y, por otro*

lado, en que en la actualidad el maltrato psicológico, como “acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima”, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra como causa de desheredación, tanto porque así lo exige nuestro sistema de valores constitucional, basado en “la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE)”; como porque así viene requerido por el ordenamiento jurídico en su integridad, según se desprende del reconocimiento de la figura que, con vocación expansiva, se efectúa en el campo de la legislación especial (Ley Orgánica 1/2004, de protección integral de la violencia de género); como, finalmente, porque así lo precisa el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos reconocido por la jurisprudencia del TS y de esta Sala, “no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 827/2012, de 15 enero), con una clara proyección en el marco del Derecho de Sucesiones en relación con el principio de favor testamenti (STS 624/2012, de 30 octubre)”».

COMENTARIO: Importante sentencia que supone un giro radical en la jurisprudencia catalana sobre el concepto *maltrato de obra*, al incluir el maltrato psicológico como subsumible dentro del concepto *maltrato grave* a efectos de la desheredación por la causa c) del art. 451-17.2 CCCat, en la línea del giro operado en las recientes SSTS de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015, ambas del mismo ponente, Francisco Javier Orduña Moreno.

Los hechos que se declaran probados en dichas sentencias son los siguientes:

- En la STS de 3 de junio de 2014, los hijos habían incurrido en «una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante, en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios». Para el Tribunal, ello evidencia «un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación». Y añade: «En la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y de 28 de junio de 1993, esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido, la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de Familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios». Frente a la alegación de los legitimarios de que la desheredación debe ser objeto de interpretación restrictiva, contesta el TS que ello «no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restringido».
- En la STS de 30 de enero de 2015, se declara probado que «la causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo, quien la despojó sin ninguna consideración de todos sus bienes inmuebles a través de



Sentencias

una fraudulenta donación que, engañada, le obligó a hacerle a él y a sus hijos, ante Notario, con inevitable afección en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social en la que resulta altamente reprochable el hostigamiento económico habido del hijo para con su madre». Es de resaltar que dichas donaciones habían sido declaradas nulas por la misma Sala un año y medio después del fallecimiento de la madre. En los argumentos jurídicos, se remite, transcribiéndolos, a los de la STS de 3 de junio de 2014, que acabamos de reseñar.

Para comprender mejor el alcance de esta nueva jurisprudencia, debemos acudir a la escasa jurisprudencia anterior, representada por las dos sentencias citadas por las anteriores:

- a) La STS de 28 de junio de 1993 había resuelto en contra de la desheredación con base en que *«las alusiones genéricas que aducen los herederos, referidos a otras injurias o insultos, no pueden tenerse en cuenta, dada su falta de justificación suficiente, y mucho más cuando ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no solo proclama el artículo 848 del cuerpo legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la institución legitimaria, no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extensiva (sic), ni siquiera la interpretación minus ad maiorem*». Y añade: *«La falta de relación afectiva y comunicación entre el hijo y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrada por el hijo en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que, en definitiva, solo están sometidos al tribunal de la conciencia*». Este criterio ha sido seguido también recientemente en Cataluña; así, la SAP Lleida, sección 2.ª, de 24 de julio de 2014, aplicando el CS, citando y transcribiendo la STS de 1993 y declarando como jurisprudencia mayoritaria (SAP Tarragona, sección 1.ª, de 1 de febrero de 2012; SAP Barcelona, sección 1.ª, de 29 de enero de 2014, entre otras) que el maltrato de obra *«no es extensible al maltrato psicológico o moral*».
- b) La STS de 26 de junio de 1995, por el contrario, falló a favor de la desheredación, pues se declaró probado que la madre había sido expulsada del domicilio en el que convivía con su hijo y nuera, y tuvo que vivir precariamente el resto de su vida sin recibir atención alguna del legitimario, conducta que la sentencia consideró como maltrato de obra (aun sin existir violencia física), a los efectos del art. 853, 2.º CC. Podría pensarse que esta sentencia está en la línea de las que comentamos, pero no sabemos qué habría resuelto el TS si no hubiera habido expulsión del domicilio y precariedad en los medios de vida de la madre.

En todo caso, las sentencias de 2014 y 2015 no exigen situaciones tan extremas (en la primera, se habla solamente de enfermedad del causante; en la segunda, no se hace referencia a su estado de necesidad económico). Pero lo que realmente significa una gran innovación en estas sentencias es la introducción del concepto de *maltrato psicológico* y su equiparación al de *maltrato de obra*. Ya no se requiere que los legitimarios hayan causado un daño material, ya sea físico, ya sea económico, ya sea de cualquier otro tipo, al causante. Ahora basta con que su conducta cause un *«menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima*». Quizás el uso del término *víctima* por parte del Tribunal es un tanto excesivo, máxime cuando no consta en ninguna de ambas sentencias referencia alguna a pruebas sobre

el estado de salud mental de los causantes. Da la impresión de que ello no es necesario, de que basta con el abandono por parte del hijo, incluso con la falta de relación que pueda causar un daño emocional al progenitor, daño que, al parecer, se supone, por *«el respeto y la consideración»* que deben tener los hijos hacia sus padres.

A los juristas catalanes no se nos puede escapar la correlación entre esta nueva concepción del maltrato y la causa de desheredación del art. 451-17.2.e CCCat, introducida por la Ley 10/2008: *«La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, por causa exclusivamente imputable al legitimario*». El criterio del legislador catalán parece más restrictivo que el de las sentencias del TS que comentamos, pues exige que la ausencia de relación sea exclusivamente imputable al legitimario. De este modo, puede darse la paradoja de que la apertura derivada de la introducción de dicha causa de desheredación en Cataluña pueda conllevar el efecto contrario al deseado, pues puede perjudicar la asunción de la nueva jurisprudencia del TS con relación al abandono del causante o de su cónyuge por parte del legitimario. Mientras que en Derecho común el abandono o ausencia de relación podría considerarse por sí solo como causa de desheredación (salvo, probablemente, que el legitimario pruebe que el causante no ha cumplido debidamente los deberes de respeto y consideración hacia el legitimario), en Cataluña podría exigirse, además del abandono, que el heredero pruebe que es imputable exclusivamente al legitimario.

Quedamos a la espera del criterio del TSJC cuando entre a juzgar el fondo del asunto (en la sentencia que comentamos, se limita, como no podía ser de otro modo, a decretar la admisión de la prueba del maltrato psicológico). Sería deseable que una integración adecuada de la nueva jurisprudencia resultase beneficiosa a los efectos de suavizar la carga de la prueba de la causa imputable exclusivamente al legitimario, prueba que ofrece gran dificultad, como han reconocido los propios tribunales catalanes. Muestra de ello son la SAP Girona, sección 2.ª, de 1 de octubre de 2014; la SAP Barcelona, sección 14.ª, de 30 de abril de 2014, o la SAP Tarragona, sección 1.ª, de 18 de diciembre de 2013, que incluso llegan a solicitar a los notarios una mayor expresión o mayor detalle al utilizar dicha causa de desheredación, para facilitarles la apreciación de la prueba. Por lo tanto, **recomiendo a mis compañeros que, si el testador desea desheredar a un legitimario por abandono o ausencia de relación, alegue no solo la causa e) del art. 451-17.2 CCCat, sino también el maltrato psicológico subsumible en la causa c), y que explique sucintamente las circunstancias que le han llevado a tomar la decisión de desheredarlo.**

A falta en estos momentos de un pronunciamiento por parte del TSJC, de entre las sentencias de las audiencias citadas (no he encontrado más, salvo la SAP Barcelona, sección 14.ª, de 13 de febrero de 2014, que apreció falta de continuidad en la ausencia de la relación), las dos primeras fallaron a favor de la desheredación y la tercera, en contra, por existir *«claros indicios de rechazo del legitimario por el causante»* por cuestiones de filiación. Con posterioridad a la nueva jurisprudencia del TS, se ha dictado la SAP Lleida, sección 2.ª, de 21 de mayo de 2015 (anterior en pocos días a la que comentamos), que cita dicha jurisprudencia (aunque, a mi juicio, no la aplica), en un caso en que el testador había desheredado a su hijo *«por no haberle prestado cuidados»*, al amparo de la causa c) del art. 451-17.2 CC-Cat; la sentencia falla contra el heredero, al no considerar suficiente la ausencia de cuidados o de relación, si no supone un abandono



asimilable a la negativa de alimentos o no va acompañada de «un comportamiento injurioso o [...] de un rechazo público hacia la figura de los padres con claro menosprecio hacia ellos, lo que, sin duda, puede provocar un sufrimiento innecesario en aquellos».

En cualquier caso, comparto el criterio de esta STSJC que considera el maltrato psicológico como maltrato a los efectos de la desheredación, si bien la apreciación de su gravedad (requisito adicional exigido por el legislador catalán) obligará a prestar especial atención a las circunstancias concretas de cada caso y a exigir, posiblemente, la prueba de un determinado grado de sufrimiento por parte del causante. De lo contrario, una aplicación indiscriminada de esta jurisprudencia podría conducir a un uso generalizado de la desheredación y a la práctica desaparición de la legítima en todos aquellos supuestos en que no exista buena relación entre causante y legítimo. La supresión de la legítima es, en cualquier caso, una posición defendible y preferible para muchos a la ampliación de los supuestos de la desheredación; así se ha manifestado, a propósito de la nueva jurisprudencia, Xavier O'CALLAGHAN («A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima», en *Actualidad Civil*, n.º 5, Mayo 2015). Sin embargo, desgraciadamente, esta no es la opción que ha escogido el legislador catalán, cuestión que nos llevaría a otro debate, a mi juicio, necesario, pero que no corresponde abordar aquí.

SEPARACIÓN DE BIENES

No se presume donación en la constitución de un depósito bancario a nombre de ambos cónyuges con dinero propio de uno de ellos

Sentencia n.º 43/2015, de 8 de junio (Ponente: Joan Manel Abril Campoy)

RESUMEN: Se plantea si hubo donación de metálico del marido a la mujer, se supone que estando casados en régimen de separación de bienes, a consecuencia de un depósito bancario a plazo suscrito por ambos cónyuges en 2005 con dinero propiedad del marido. Es de reseñar que los cónyuges rompieron la convivencia en 2009, que el depósito venció poco después, que su importe se abonó en una cuenta corriente en la que estaban domiciliadas las cuotas del préstamo hipotecario que habían contraído con carácter solidario para adquirir la vivienda familiar (en un porcentaje del 70 % la esposa y el 30 % el marido) y que se divorciaron en 2011. Además, consta que, desde 2008, la esposa ha pagado íntegramente las cuotas del préstamo hipotecario (parece, pues, que era la titular única de la referida cuenta corriente).

El TSJC considera, en primer lugar, que no hubo donación del metálico del marido a la mujer por la constitución de un depósito bancario conjunto. Para llegar a esta conclusión, parte de la base de que en un contrato de depósito irregular (regulado por los arts. 1753 CC y 309, 310 y 312 CCom.) los depositantes «*entregan un numerario a la entidad financiera durante un plazo, de manera que esta se compromete a devolver a los consortes el importe del capital y los intereses pactados. Por lo tanto, los consortes no devienen adquirentes, sino titulares del polo activo de una relación obligatoria frente a la entidad bancaria o, en otra terminología, acreedores de la misma*», concepción que abonaba antes el art. 13 CF y ahora, el art. 231-13 CCCat, en relación con el embargo de cuentas indistintas, que permiten al cónyuge no deudor sustraer del embargo los importes que acredite que le pertenecen con carácter exclusivo. Esta naturaleza de acree-

dores y no de adquirentes es, para el Tribunal, determinante para concluir que no hubo donación. Como ya declaró la STSJC de 6 de febrero de 1991 (confirmada por la de 7 de junio de 1996 y por la de 28 de octubre de 2004): «*La titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario son facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria permanencia de los fondos o numerario con que se nutre dicha cuenta. La titularidad indistinta de la cuenta solo se compadece con una cotitularidad de base formal, pero no prejuzga, en las relaciones internas de los cuentacorrentistas, la propiedad del dinero ni las cuotas de participación en la cuenta*» (FD 2). Por lo tanto, a falta de adquisición, no es aplicable la presunción de donación del art. 39 CF. Añade la consideración de que, «*fuera de la presunción iuris tantum de donación que se efectúa en este precepto, las liberalidades no se presumen*».

Con relación a las cuotas hipotecarias pagadas íntegramente por la esposa, el TSJC desvincula el carácter solidario del préstamo hipotecario del porcentaje de cada cónyuge en la comunidad. En primer lugar, entiende que, de la aplicación conjunta de los arts. 552-8 y 552-1.2 CCCat, resulta que cada comunero debe pagar las cuotas hipotecarias en proporción a su porcentaje de participación en la comunidad de propietarios, y ello pese a que el art. 552-8 solo enumere los gastos de conservación, uso, rendimiento, reforma y mejora, enumeración que no considera como *numerus clausus*, pues deben incluirse «*aquellos gastos que, de no ser atendidos, pueden comportar la enajenación forzosa del bien*» (FD 3). Por lo demás, en cuanto a la solidaridad pactada respecto del pago de las cuotas, entiende que se extingue cuando uno de los dos deudores solidarios efectúa el pago y que afecta únicamente a la relación externa entre los deudores y la entidad financiera, no a la relación interna entre aquellos, de manera que el que haya hecho el pago tiene una acción de repetición contra el otro deudor por el importe que a este le hubiera correspondido pagar en función de su cuota en la comunidad ordinaria. Por todo ello, confirma la sentencia de la Audiencia que había limitado el importe que la esposa podía repercutir a su esposo en el 30 % del valor de la vivienda.

COMENTARIO: Interesante e impecable sentencia que nos recuerda que una cosa son las presunciones civiles y otras, las fiscales, a las que estamos más habituados los operadores jurídicos. Es evidente que no es aplicable el art. 39 CF, porque tanto este precepto como su equivalente actual, el art. 232-3.1 CCCat, exigen, para presumir la donación, una adquisición onerosa que no se da por el hecho de constituir un depósito (habría sido diferente el caso, por ejemplo, de haber adquirido unas participaciones en un fondo de inversión). Por otra parte, el hecho de compartir la titularidad de una cuenta corriente no conlleva, desde el punto de vista civil, ninguna presunción sobre la propiedad del metálico depositado, ya se trate de cónyuges casados en régimen de separación de bienes, ya de extraños; ni siquiera la regulación del régimen de comunidad de bienes establece una presunción similar. Ello es debido a que el concepto *titularidad* es distinto a *propiedad* y también a *posesión*, por pertenecer estos al ámbito material de los derechos y aquel, al ámbito formal o documental. La posesión produce la presunción de titularidad (art. 522-1.1 CCCat), pero no a la inversa; la titularidad confiere unos derechos al titular e incluso al tercero que confía en el título que reúna



determinados requisitos legales (en el ámbito inmobiliario, básicamente, escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad), pero son unos derechos limitados al negocio jurídico del que resulta el título (en el caso que nos ocupa, retirar el dinero depositado) o destinados a protegerles de la apariencia que el título confiere, no del contenido material del título, y no presumen dicho contenido. De ahí que la condición de depositante no tenga por qué coincidir con la de propietario del dinero depositado, como ocurre con cierta frecuencia en la práctica bancaria.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

El plazo de prescripción para exigir el pago por una venta del mobiliario de una vivienda es de tres años, a contar desde el momento de la entrega de los bienes, si el pago es al contado

Sentencia n.º 48/2015, de 25 de junio (Ponente: M.ª Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN: En 2007 se vende y se entrega el mobiliario de una vivienda, sin que consten quejas por parte de los compradores ni reclamaciones por parte del vendedor, que expide la factura en 2011 e interpone la demanda de reclamación del precio en 2012. En primera instancia, se desestima la demanda por prescripción, pero la Audiencia la estima por entender que el plazo de prescripción, de tres años, al tratarse de una compraventa de bienes al consumo (art. 121-21.c CCCat), se inicia desde la emisión de la factura, «al tratarse de una venta al contado y venir aceptado por la práctica comercial la presentación de la factura como momento en el que el pago se hace exigible».

El TSJC casa la sentencia de la Audiencia. En primer lugar, realiza una excelente exposición didáctica sobre el fundamento de la prescripción extintiva y sobre la naturaleza jurídica de esta institución en Cataluña, en que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, se extingue la pretensión, no el derecho (art. 121-1 CCCat). «En orden al cómputo de los plazos de prescripción [continúa exponiendo], y, en concreto, en cuanto al momento inicial, pueden considerarse criterios objetivos o subjetivos. El primer sistema, estableciendo fechas objetivamente constatables, proporciona mayor seguridad a las relaciones jurídicas al tiempo que permite elegir el plazo más adecuado para cada tipo de pretensión. El sistema subjetivo tiene en cuenta si el acreedor conoce o razonablemente debería conocer la identidad del deudor y los hechos que fundamentan su pretensión. Se dice que, con carácter ge-

neral, el Código Civil de 1889 se guió por el criterio objetivo (la acción es ejercitable desde que objetivamente puede ser actuada), pero lo cierto es que los elementos subjetivos han sido ponderados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en multitud de ocasiones» (FD 2), y cita las recientes SSTs (Sala 1.ª) de 12 y de 16 de enero de 2015. «En definitiva, viene a reconocerse que no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como ocurre cuando se desconocen los elementos determinantes de su existencia».

En cualquier caso, entiende el TSJC que en el Derecho catalán rige el criterio subjetivo, como resulta del art. 121-23 CCCat, que establece que «el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que fundamentan la pretensión y la persona contra la cual puede ejercerse». En el caso que nos ocupa, declara el TSJC que, tratándose de una venta al contado, la obligación de pago del precio surgía para el deudor desde el momento de la entrega de los muebles comprados, sin que existiera incertidumbre alguna ni en orden a las circunstancias que fundamentaban la obligación, ni en orden a los elementos subjetivos de la obligación.

Por otra parte, la sentencia reconoce que en la demanda y en el recurso de apelación la actora no invocó como inicio del plazo de prescripción la fecha de la factura, sino que pretendía la aplicación del plazo de diez años del art. 121-20 CCCat «con base en la calificación que se hacía del contrato» (que no especifica). Sin embargo, el TSJC considera aplicable el art. 121-21.c CCCat (que constituye una excepción al 121-20), conforme al cual prescriben a los tres años «las pretensiones de cobro del precio en las ventas al consumo».

COMENTARIO: Poco que objetar a esta sentencia, salvo que no se haya detenido un poco en la calificación del contrato, que es la cuestión realmente planteada por la actora, como reconoce el Tribunal solo al final de la sentencia. No se hace mención alguna a la calificación pretendida por la actora y tampoco a la normativa sobre consumo, constituida en Cataluña, fundamentalmente, por la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, que ni se cita. Si se trata, como pretende el TSJC, de una venta al consumo, debería analizarse, aunque fuera de forma sucinta, si en el presente supuesto concurren los requisitos para calificar dicho acto como tal, recogidos en dicha normativa, especialmente si el vendedor tiene la condición de empresario y el comprador, la de consumidor, requisitos que parecen darse en el supuesto de hecho, pero que, sorprendentemente, la sentencia no entra a examinar.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad

Publicadas en el tercer trimestre de 2015

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 29 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7423)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento judicial de ejecución, porque la finca consta inscrita a nombre de persona distinta del ejecutado. El titular adquirió por compra inscrita cuando se encontraba vigente la anotación preventiva ordenada en el seno del mismo procedimiento, si bien en el momento de la presentación del auto de adjudicación la anotación está caducada.

Es doctrina reiterada que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, esta ya no puede ser prorrogada y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del artículo 175 RH.

Resolución de 3 de junio de 2015 (BOE 163, 9-VII-15: 7689)

La Administración Tributaria (en este caso, el servicio de recaudación de una Diputación Provincial) carece de competencia para solicitar la prórroga anual extraordinaria prevista en el artículo 205 RH para la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable.

Este precepto exige dos requisitos: que sea ordenada por el Juez de Primera Instancia del partido y que exista causa extraordinaria, cuya apreciación no corresponde al Registrador, sino al Juez. Ciertamente, el

artículo 170 LGT asimila la Administración Tributaria al Juez de la ejecución, pero el artículo 205 RH se refiere no a la prórroga de la anotación de embargo ordenada en un proceso de ejecución, sino a la prórroga extraordinaria de la anotación por defecto subsanable, que puede producirse en cualquier título o proceso, no solo en los ejecutivos.

Resolución de 25 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8973) y Resolución de 29 de junio de 2015 (BOE 191, 11-VIII-15: 9011)

Deniega la cancelación de las anotaciones de embargo posteriores a la del embargo que se está ejecutando, por encontrarse esta caducada antes de que la documentación calificada fuese presentada al Registro.

La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, esta ya no puede ser prorrogada y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del artículo 175 RH, que solo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

Resolución de 27 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10457)

Se presenta un mandamiento de prórroga de una anotación de embargo a favor de la Agencia Tributaria, cuando ya había sido despachado un título contradictorio: el testimonio de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas posteriores como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita antes que el embar-



Resoluciones

go administrativo. La anotación ya ha sido cancelada, por lo cual no puede anotarse su prórroga.

Resolución de 29 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10465)

Deniega la prórroga de una anotación preventiva de embargo, porque el mandamiento que la ordena se presenta una vez caducada la misma, así como una anterior prórroga. La caducidad de las anotaciones opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, *ex art.* 86 LH). Agotado el plazo de la anotación, esta ya no puede ser prorrogada.

CAUSA DE LOS CONTRATOS

Resolución de 4 de septiembre de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10478)

Deniega la inscripción de una escritura de cesión en pago de deuda, por la cual la titular de un inmueble gravado con un préstamo hipotecario a favor de Bankinter, SA lo cede a Intermobiliaria, SA, en pago de la deuda hipotecaria que mantiene con la primera.

En nuestro sistema jurídico, el solo acuerdo de voluntades no basta para transmitir el dominio, sino que se precisa un título material, cuya causa onerosa o gratuita debe aparecer en el título inscribible. En el título de la escritura calificada y en su estipulación primera, consta que se realiza una cesión en pago de deuda, pero no se trata de una causa correcta, pues la cesión no se hace a favor del acreedor hipotecario, sino de un tercero. Ciertamente, pueden existir relaciones jurídicas entre estos dos últimos (de hecho, la cesionaria es la sociedad gestora de activos del grupo Bankinter), y, además, el CC admite el pago por tercero siempre que sea de utilidad al acreedor, pero, a efectos de la transmisión de la propiedad, no basta con que esa causa se presuma, sino que ha de ser expresada, dadas las distintas consecuencias registrales que de la misma se deducen (incluida la del artículo 34 LH). Ciertamente, en la estipulación segunda, se dice que el precio de la cesión va a ser destinado a cancelar el préstamo hipotecario, lo cual parece indicar que se acuerda una venta con retención de responsabilidad hipotecaria, supuesto posible y lícito, pero que está en contradicción con la estipulación primera.

COMPRAVENTA CON PERSONA POR DESIGNAR

Resolución de 11 de junio de 2015 (BOE 178, 27-VII-15: 8410)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de compraventa. En el documento privado se pactó que la futura escritura se otorgaría a favor de la persona física o jurídica que designase el comprador. Ahora la escritura de elevación es otorgada por los herederos del vendedor y por la persona que intervino entonces como comprador, quien, no obstante, ahora interviene además como administrador único de la sociedad que se designa como beneficiaria de la compraventa, de modo que esta adquiere directamente de los herederos sin pasar por persona alguna intermedia.

Sobre la base del principio de libertad contractual (artículo 1255 CC), la doctrina y la jurisprudencia admiten que las partes incluyan en el contrato (normalmente, de compraventa) la cláusula «*para persona por designar*», de suerte que uno de los contratantes se reserva la facultad de identificar en un momento posterior a un tercero, por

el momento indeterminado, para que ocupe su posición en la relación contractual. Una variante de la figura se ha consolidado en el procedimiento de ejecución, al admitirse en las subastas públicas las posturas reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero (artículo 647-3 LEC).

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Resolución de 1 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9073)

Deniega la inscripción de una certificación administrativa por la que se pide la cancelación de una concesión administrativa y de las hipotecas posteriores constituidas por el concesionario. Resultando del expediente que este último ha fallecido, la cancelación de su derecho exige acreditar que las personas que han de ocupar su posición jurídica han disfrutado del tratamiento previsto por el ordenamiento. Para la cancelación de las hipotecas posteriores y en beneficio de su titular, también debe justificarse la consignación del importe de la indemnización que, en su caso, deba percibir el concesionario, tal y como prevé expresamente para este caso el número 3 del artículo 175 RH. Por último, al constar ya anotada la expedición de la certificación de cargas del artículo 688 LEC, la cancelación de las hipotecas posteriores no podrá ser ordenada por autoridad distinta de aquella ante la cual se tramita la ejecución.

No constituye defecto el hecho de que las hipotecas consten inscritas a favor de una determinada entidad de crédito y las notificaciones del procedimiento de revocación de la concesión se hayan hecho a la entidad que la ha absorbido. El Registrador, en el ejercicio de su calificación, debe comprobar en el Registro Mercantil el proceso de fusión, al objeto de evitar trámites innecesarios.

CONCURSO E INSOLVENCIA

Resolución de 25 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7415)

Deniega la anotación de sendos embargos dictados por la TGSS, porque consta anotada, en fecha anterior a la providencia de apremio, la declaración de concurso de la sociedad titular de la finca. También consta anotada la apertura de la fase de liquidación. Se trata de un crédito contra la masa, por lo que la acción dirigida a su pago deberá ejercitarse ante el Juez del concurso, sin que puedan iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas «*hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido ninguno de estos actos*» (artículo 84-4 LC). Pero la jurisprudencia (STS de 12 de diciembre de 2014) impone una interpretación sistemática (y no literal) de esta paralización: solo cabe la ejecución separada de un crédito contra la masa cuando se apruebe el convenio, porque se levantan los efectos de la declaración de concurso; sin embargo, abierta la fase de liquidación, una ejecución separada contra la masa contradice el carácter universal del concurso, que justifica su concentración en el Juez concursal. Los acreedores de créditos contra la masa deberán instar su pago dentro de la liquidación y de la ejecución universal (artículo 154 LC).

Resolución de 2 de junio de 2015 (BOE 163, 9-VII-15: 7687)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo administrativo, porque el mandamiento de embargo se presenta



después de la anotación del concurso en el Registro y porque, además, no existe pronunciamiento previo del Juez del concurso sobre el carácter necesario del bien para la actividad del concursado.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. El artículo 55 LC, como excepción a la competencia universal del Juez del concurso, permite continuar los procedimientos administrativos de ejecución que ya tuviesen providencia de apremio y las ejecuciones laborales donde ya se hubiesen embargado bienes, todo ello antes de la declaración de concurso, siempre que, además, los bienes embargados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuestión esta respecto de la cual resulta imprescindible un pronunciamiento expreso, que corresponde al Juez concursal, dada su competencia universal.

Resolución de 8 de junio de 2015 (BOE 178, 27-VII-15: 8406)

Entiende posible anotar un embargo administrativo (en este caso, tributario) sobre los bienes de un concursado, una vez aprobado el convenio con los acreedores.

Una vez aprobado el convenio y siempre que no lo incumpla, el deudor queda rehabilitado en todas sus facultades. La paralización de acciones y ejecuciones singulares prevista en el artículo 55 LC solo despliega sus efectos durante la fase de declaración de concurso, quedando superadas por la aprobación firme del convenio. Así, son perfectamente válidas y no requieren actuación del Juez concursal las actuaciones o ejecuciones separadas llevadas a cabo, bien cumpliendo las estipulaciones del convenio, bien amparadas en la exclusión de la aplicación del mismo (por ejemplo, créditos privilegiados no adheridos al convenio, que es el caso de la parte del crédito fiscal del supuesto nacida antes del concurso), bien cuando se refieran a créditos contra la masa nacidos después de la declaración de concurso (que es el caso de la otra parte del crédito del supuesto, que se devengó tras el concurso y el convenio).

No obstante, en el caso concreto de la resolución, la Dirección deniega la inscripción, porque los documentos acreditativos del convenio y su aprobación no constan presentados al tiempo de solicitar el embargo, sin que en fase de recurso puedan tenerse en cuenta más documentos que los que sirvieron de base a la calificación inicial.

Resolución de 2 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9075)

Consta anotado un embargo, a favor de un acreedor ordinario, desde antes de la declaración de concurso. Ahora se pretende su cancelación, ordenada por el Juez concursal, como consecuencia de una operación de liquidación. La Dirección lo suspende, porque del mandamiento no resulta intervención alguna del acreedor embargante, cuyo consentimiento (o, al menos, notificación, una vez aprobado el plan de liquidación) es necesario.

Resolución de 6 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9081), Resolución de 8 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9090) y Resolución de 6 de julio de 2015 (BOE 193, 13-VIII-15: 9113)

Deniega la inscripción de un mandamiento del Juzgado del concurso, por el que se ordena la cancelación de las hipotecas y embargos que gravan varias fincas, como paso previo a su venta por el administrador concursal, que es una de las vías de realización de valor previstas en el plan de liquidación aprobado por auto judicial.

Es preciso que el auto aprobatorio del plan de liquidación sea firme. Si bien, por regla general, hay que liquidar aunque el auto todavía no sea firme, es doctrina reiterada que la práctica de asientos definitivos ordenados judicialmente exige la firmeza de la resolución.

Otro defecto consiste en que la hipoteca, dado que el *ius distrahendi* forma parte de su contenido esencial, no puede ser cancelada por el Juez del concurso antes de la enajenación. La STS de 23 de julio de 2013 admite que el plan de liquidación pueda prever una forma especial de realización de los activos del deudor alternativa o complementaria a las previstas con carácter general, pero lo que no puede es obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso (en este caso, los del artículo 155 LC). Por el contrario, esta cancelación anticipada sí es admisible respecto de los embargos, precisamente para favorecer las operaciones de liquidación de la masa activa.

Por último, no resulta del mandamiento que se ha dado conocimiento de los titulares de las hipotecas del plan de liquidación, así como de las medidas adoptadas en relación con la satisfacción de los créditos garantizados.

Resolución de 6 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9084)

Para el depósito de cuentas de una sociedad concursada, la Dirección exige el consentimiento, intervención o supervisión de la administración concursal cuando, a pesar de que las cuentas habían sido formuladas por los administradores ordinarios y aprobadas en junta por haber cesado ya en ese momento los efectos del concurso tras la aprobación del convenio, al tiempo de solicitarse el depósito ya había decretado el Juez la apertura de la liquidación con cese de los administradores y sustitución de los mismos por la administración concursal.

Resolución de 16 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10269)

Deniega la inscripción de una adjudicación judicial de fincas derivada de una anotación preventiva de embargo. Se han producido por este orden: la emisión del auto de declaración de concurso, la emisión del decreto de aprobación del remate, la anotación de dicho auto concursal y la presentación de la adjudicación.

Según el artículo 55 LC, la regla general es que el auto de declaración de concurso produce automáticamente (y con independencia de su publicidad) la prohibición de iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, así como la suspensión de las actuaciones que se hallaran en tramitación, lo que implica un cierre registral absoluto, que abarca incluso la expedición de certificación y su nota marginal (Resolución de 6 de junio de 2009, Resolución de 20 de febrero de 2012 y Resolución de 20 de junio de 2012). Como excepción (no aplicable al supuesto resuelto), puede continuarse la ejecución de los embargos laborales y administrativos decretados antes de la declaración de concurso, pero solo si los bienes no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional del deudor, y siempre que no esté ya aprobado el plan de liquidación.

CONDICIÓN (Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO)

Resolución de 29 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7422)

Deniega la inscripción de una sentencia que anula por incumplimiento un contrato de permuta de solar por obra futura y ordena



Resoluciones

la cancelación del asiento que causó. La parte cesionaria agrupó la finca con otra, y sobre la resultante declaró la obra nueva y división horizontal de varios departamentos. Ciertamente, la agrupación supone el arrastre de las cargas y titularidades de las fincas agrupadas, de modo que la Dirección ha admitido, por ejemplo, inscribir una resolución judicial referida a una finca cuya hoja registral estaba cerrada por haber sido aportada a un sistema de compensación urbanística, entendiéndose que el asiento puede practicarse sobre la finca de resultado si hay correspondencia entre ambas. Ahora bien, en un caso como el resuelto, no hay correspondencia total entre la finca permutada y los departamentos en propiedad horizontal actualmente vigentes. Debe ser el Juzgado quien determine qué departamentos concretos deben retornar a la titularidad de los cedentes.

Además, el principio de tracto sucesivo exige que, para poder afectar a las titularidades y cargas inscritas sobre tales departamentos, es preciso acreditar que sus titulares han intervenido en el procedimiento. Aunque la demanda fue en su día anotada sobre todos los departamentos de la propiedad horizontal, tal anotación se encuentra caducada.

Resolución de 5 de junio de 2015 (BOE 163, 9-VII-15: 7691)

En su día se inscribió una escritura de permuta por obra futura con condición resolutoria. Posteriormente, se anotó preventivamente un embargo por deudas de la cesionaria, cuya ejecución determinó que la finca se adjudicase al acreedor demandante, con cancelación de la condición resolutoria por considerarla mera mención (a efectos del artículo 98 LH). Ahora se presenta una escritura por la que cedente y cesionario resuelven la permuta.

La Dirección confirma la calificación que deniega la inscripción por estar la finca inscrita a nombre de tercero. El procedimiento de ejecución fue seguido contra la parte cesionaria, quien no puede alegar desconocimiento sobre la conclusión del mismo; además, en la escritura de resolución, los otorgantes renunciaron a la información registral. Los asientos ya practicados se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales, y el recurso gubernativo tiene por objeto exclusivo las calificaciones negativas, pero no es cauce apropiado para conocer sobre otras pretensiones del recurrente, como determinar la validez del título inscrito o el derecho del recurrente a inscribir.

Resolución de 10 de junio de 2015 (BOE 178, 27-VII-15: 8408)

Deniega la cancelación de una condición resolutoria en garantía de una permuta de solar por obra futura, la cual se pretende mediante un documento privado, liquidado de impuestos y con firmas legitimadas notarialmente, en el que las partes afirman la imposibilidad de cumplir la prestación y haberse satisfecho la indemnización sustitutoria acordada por ellas. El principio de legalidad impone la necesidad de escritura pública o documento público o auténtico (artículos 3 y 82 LH).

Resolución de 6 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9083)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa de finca, hoy rústica, en la que se pacta que la parte compradora podrá resolver la venta en el supuesto de que pasen siete años desde su otorgamiento sin que se hubiesen iniciado los trámites administrativos para su urbanización o, una vez iniciados, la Administración

no hubiese aprobado los instrumentos de gestión y ejecución de la oportuna actuación urbanística (incluida, por tanto, la urbanización y/o reparcelación) precisos para convertir los terrenos en solares.

Lo establecido es una condición resolutoria, que no es puramente potestativa (y no contraviene los artículos 1115 y 1256 CC), pues su cumplimiento no depende de la pura arbitrariedad del comprador, sino de la decisión de la Administración, cuyas actuaciones pueden ser instadas por ambas partes. Por otro lado, los términos en que está establecida la condición cumplen con los principios de certeza y seguridad jurídica que la publicidad registral proporciona. Es cierto que nada se dice sobre la dinámica posterior de la condición, una vez cumplida, pero el examen de los requisitos legales para reinscribir a favor del vendedor deberá realizarse en tal momento, sin que afecte a la inscripción actual del pacto.

CONFLICTO DE INTERESES

Resolución de 22 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8969)

Admite la inscripción de una herencia en que la viuda, quien representa, además, a los hijos menores, dentro de las dos alternativas de la *cautela socini* ordenada por el testador, no opta por el usufructo universal, sino por adjudicarse el tercio libre y la cuota legal usufructuaria de todas las fincas, las cuales son privativas y se adjudican por igual entre todos los herederos.

En la *cautela socini*, cuando el viudo opta por el usufructo universal, se le produce un conflicto de intereses con los herederos, quienes deberán escoger entre que su parte esté gravada por el usufructo o no. Pero, cuando la elección del viudo es el tercio libre y la cuota legal usufructuaria, los herederos no tienen que tomar decisión alguna, puesto que no se grava su legítima estricta, sino tan solo la mejora en los términos establecidos por el Código Civil, y por ello no hay conflicto de intereses ni obligación de nombrar defensor judicial.

COSTAS

Resolución de 29 de junio de 2015 (BOE 191, 11-VIII-15: 9010)

Se formaliza un pacto sucesorio con transmisión de una finca sobre la que se declara la obra de una edificación construida en 1982 (fecha anterior al Reglamento de Costas), según se acredita mediante certificado técnico. Se acompaña certificación expedida por el Jefe de la Demarcación de Costas de Baleares, en la que consta que la edificación se ubica en zona de servidumbre de protección e invade en parte la servidumbre de tránsito.

La Dirección confirma la calificación, inmatriculando la finca, pero suspendiendo la inscripción de la obra declarada, para lo cual exige la autorización o informe administrativos exigidos por los artículos 28, 48 y 49 RC para la inscripción de construcciones en las reseñadas zonas. Con independencia del régimen transitorio aplicable según la antigüedad de la edificación, es cierto que, tanto el artículo 20-4-a LS (que impone al Registrador en la inscripción de obras nuevas la obligación de comprobar que el suelo no está afectado por una servidumbre de uso público general), como los citados artículos del RC, cierran el Registro a las obras en zonas de servidumbres de protección o tránsito, sin los correspondientes informes o autoriza-



ción administrativos previos, norma plenamente vigente al tiempo del otorgamiento de la escritura.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

Resolución de 26 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7418)

Admiten la inscripción de una escritura de segregación y compraventa de una porción de finca rústica otorgada en la década de 1980 (antes, pues, de las normas estatales y autonómicas que imponen la necesidad de licencia municipal o declaración de innecesariedad), pero presentada al Registro en 2014, junto con una certificación municipal que declara la innecesariedad de la licencia.

En general, la segregación es un acto eminentemente registral, cuya inscripción queda sujeta a los requisitos vigentes al tiempo de la presentación, aunque su otorgamiento se haya producido bajo un régimen normativo anterior. No obstante, el Tribunal Constitucional y el Supremo limitan esta aplicación retroactiva de las normas actuales a los actos nacidos bajo la legislación anterior cuyos efectos no se hayan agotado o consumado, y siempre que no perjudiquen derechos consolidados de particulares.

En el caso resuelto, además de haber transcurrido sobradamente los plazos de prescripción de la posible infracción, está claro que el Ayuntamiento no ha ejercitado acciones de restablecimiento de la legalidad; antes bien, ha declarado expresamente la innecesariedad de licencia.

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Resolución de 3 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9080)

Admite la inscripción de una certificación de adjudicación y mandamiento de cancelación derivado de un procedimiento de apremio administrativo, a pesar de que no se consigna el sobrante y hay titulares de cargas posteriores, quienes han anotado sus derechos después de la expedición de la certificación de dominio y cargas.

La obligación de depositar la cantidad sobrante a disposición de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad al que se ejecuta se refiere a los derechos que consten en el procedimiento, bien por la certificación de cargas, bien porque, advertidos por la nota de expedición de esta última, han comparecido por su propia iniciativa para hacer valer sus derechos sobre el eventual sobrante. Fuera de estos dos supuestos, el Juez actúa correctamente entregando el sobrante al ejecutado. Al no haber especialidades reglamentarias, esta regla procesal debe aplicarse supletoriamente al apremio administrativo.

Resolución de 30 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10471)

En un procedimiento de apremio tramitado por la Agencia Tributaria, se subasta una finca rústica que, por error administrativo, se describe y valora como urbana. La adjudicación resultante de la subasta se inscribe, pero el adjudicatario solicita la declaración de nulidad por error de consentimiento en la esencia de la cosa. En la reclamación administrativa previa, la Administración estima la reclamación del adjudicatario y emite mandamiento ordenando la cancelación de la adjudicación, que es el título que se califica ahora.

La Dirección admite su inscripción, a pesar de que en la reclamación previa no consta formalmente la intervención del deudor ejecutado, quien sí intervino como demandado en la ejecución inicial, por lo cual debe intervenir también en el procedimiento del cual resulten la anulación de la adjudicación y la reversión del bien a su favor. Ahora bien, no es siempre inexcusable el consentimiento de los titulares afectados (o la resolución judicial supletoria), sino que bastará con que se trate de expedientes meramente rectificatorios en que la Administración sea competente para la modificación y se cumpla con las garantías legales a favor de los afectados. En el expediente del supuesto, consta que el deudor ha sido expresamente notificado y que no ha formulado alegaciones.

DOCUMENTOS JUDICIALES

Resolución de 3 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9079)

Deniega la inscripción directa de una sentencia que reconoce un derecho de retracto de comuneros en la adjudicación de una cuota de finca por remate en un procedimiento de ejecución de títulos judiciales. La Dirección no ve inconveniente para aplicar al retracto de comuneros la doctrina de la STS de 14 de enero de 2015, referida a un retracto arrendaticio, según la cual el retrayente se subroga en la posición del transmitente, por lo que, al existir ya una compraventa, resulta innecesario otorgar otra nueva. Lo que ocurre en el caso resuelto es que la sentencia calificada recoge la petición de la parte retrayente (y ahora recurrente) de que se condene a otorgar a su favor la correspondiente escritura de venta ante Notario de la provincia, pagando en ese acto al adjudicatario el precio del remate más los gastos del artículo 1518 CC. La necesidad de otorgar la escritura se infiere del contenido de la propia sentencia.

Resolución de 3 de septiembre de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10475)

Deniega la inscripción de una sentencia firme dictada en rebeldía, por no constar en ella nada: ni sobre el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión, ni sobre la efectividad de las notificaciones desde las que se cuentan dichos plazos.

Para que una sentencia dictada en rebeldía sea inscribible, además de ser firme (artículos 3 LH y 245-4 LOPJ), deben haber transcurrido los plazos para ejercitar la rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, que se cuentan desde la notificación de la sentencia: veinte días, si la sentencia se notificó personalmente; cuatro meses, si la notificación no fue personal, y dieciséis meses, en caso de subsistencia de una causa de fuerza mayor. El transcurso de tales plazos deberá constar del mismo documento judicial o de otro que lo complemente. En tanto no transcurran estos plazos, la sentencia solo podrá ser anotada preventivamente (artículo 524 LEC).

ENTIDADES LOCALES

Resolución de 22 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10279)

Deniega la inscripción de una sentencia dictada sobre la base de los allanamientos respectivos de los demandados y del Ayuntamiento demandante (a su vez, demandado por reconvencción), en la cual se declara el dominio de una finca a favor del Ayuntamiento y de otra finca a favor de los demandados.



Resoluciones

No es precisa escritura pública, pues las sentencias declarativas o constitutivas de trascendencia inmobiliaria son directamente inscribibles y no precisan ejecución. Ahora bien, la inscripción se deniega porque no se acredita el cumplimiento de los requisitos administrativos para proceder a la enajenación por el Ayuntamiento, singularmente, el informe pericial previo (para determinar si la comunidad autónoma debe autorizar la transmisión o simplemente ha de ser informada), la tramitación del expediente que acredite la necesidad de la permuta (pues como tal se califica la operación en los acuerdos municipales) o, en su caso, las condiciones de la venta y la exclusión de la pública subasta.

EXCESO DE CABIDA

Resolución de 25 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8970)

Una finca registral estuvo inscrita durante un siglo sin expresión de su cabida. En 1989, cuando se practicó la última inscripción de dominio, se recogió en el cuerpo del asiento la afirmación del título de que medía 176 metros cuadrados, aunque en el acta de inscripción se omitió cualquier alusión al hecho de que se inscribiese o no la superficie. Ahora la Dirección admite la inscripción de una rectificación de superficie que la fija en 178,90 metros.

Una finca inscrita sin expresión de su superficie no es plenamente equiparable a una finca no inmatriculada, porque constan otros datos identificadores, así como un historial registral de titularidades que permiten afirmar que la finca como objeto de derechos sí que ha accedido al Registro. Ahora bien, dada la trascendencia del dato de la superficie, su constancia en una finca que no la recogía sí tiene cierta trascendencia inmatriculadora, por lo que puede realizarse análogicamente mediante los procedimientos de inscripción de excesos de cabida: expediente de dominio, acta de presencia y notoriedad (artículo 53 de la Ley 13/1996) y artículo 293-3 RH (exclusivamente, mediante su párrafo primero). En todo caso, hace falta certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con el título para los excesos que superen la quinta parte de la cabida inscrita. En el caso resuelto, la Dirección entiende que, pese a las irregularidades registrales reseñadas, la cabida de 176 metros consta inscrita desde 1989, y que la pequeña rectificación solicitada ahora es un exceso de menos de la vigésima parte, que, además, viene avalado por la licencia municipal para la segregación que también se efectúa en el título, así como en el proyecto técnico que la fundamenta.

HIPOTECA

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 4 de Santa Cruz de Tenerife, de 17 de diciembre de 2014, publicada mediante **Resolución de 1 de junio de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7424)**, anula la siguiente resolución, revocando la calificación registral y la resolución gubernativa que la confirmó, y declarando inscribible la adjudicación debatida:

Resolución de 9 de mayo de 2014 (BOE 161, 3-VII-14: 6990)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, por haberse tramitado el procedimiento ante Juzgado de término municipal diferente del de situación de la finca.

Aunque la norma general es el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, los artículos 54 y 58 LEC exceptúan las reglas a las que se atribuya carácter imperativo, siendo la falta de competencia territorial apreciable de oficio por el Juez. La Resolución de 24 de mayo de 2007 confirmó la nota denegatoria de un procedimiento de ejecución hipotecaria que no se había seguido ante el Juez donde radicaba la finca. El artículo 684 LEC es norma imperativa apreciable de oficio, establecida en defensa de los intereses no solo de las partes, sino también de terceros. Por ello, es calificable por el Registrador, conforme al artículo 100 RH.

La SAP Guipúzcoa (sección 2.ª), de 22 de diciembre de 2014, publicada mediante **Resolución de 2 de junio de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7425)**, anula esta resolución y confirma la calificación negativa:

Resolución de 17 de junio de 2013 (BOE 178, 26-VII-13: 8157)

Admite la cancelación de una hipoteca unilateral instada solo por el dueño, pues no consta en el Registro la aceptación del acreedor, a quien se le ha practicado un requerimiento suficiente a los efectos del artículo 237 RH.

En cuanto a la naturaleza de la hipoteca unilateral, ha existido una evolución doctrinal: primero, fue considerada como una reserva de rango registral; después, una figura que requiere de la aceptación como *conditio iuris* a efectos constitutivos, y actualmente se considera incluso que la hipoteca se constituye por la inscripción aun antes de la aceptación. En todo caso, para la Dirección, la inscripción crea un derecho potestativo para el acreedor y una oferta vinculante para el hipotecante. Según el artículo 141 LH, si no consta la aceptación del acreedor tras dos meses desde el requerimiento hecho al efecto, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca. El artículo 237 RH añade que la cancelación requiere escritura pública (y no mera solicitud) y que el requerimiento o intimación debe determinar expresamente la facultad cancelatoria unilateral del dueño pasado el citado plazo sin aceptación (no bastando el mero conocimiento de la hipoteca por el acreedor favorecido).

En el caso resuelto, la Dirección desestima los dos obstáculos de la calificación. En primer lugar, no puede entenderse que hubo aceptación tácita por una mera declaración relativa a la subsistencia de la hipoteca realizada por el acreedor en otra escritura de cancelación. Para que la aceptación enerve la facultad de cancelar, debe constar inscrita; en el ámbito registral, no se admiten consentimientos tácitos ni presuntos, y rige el principio de titulación auténtica. En segundo lugar, el requerimiento al acreedor es expreso y cumple con el artículo 237 RH.

Resolución de 3 de junio de 2015 (BOE 163, 9-VII-15: 7688)

Se refiere a una hipoteca en cuya escritura se pactó un domicilio del deudor para notificaciones y requerimientos, que (por circunstancias ajenas a este expediente) no se inscribió, lo cual motivó que la inscripción de la hipoteca se practicara sin recoger el procedimiento de ejecución directa ni el procedimiento extrajudicial.

Por consiguiente, no puede inscribirse ahora una adjudicación resultante de procedimiento judicial de ejecución directa. El ejercicio de la acción directa y la venta extrajudicial ante Notario son procedimientos potestativos: no es obligatorio pactarlos. Pero, ciertamente, si se pactan, debe ser con los rigurosos requisitos de los artículos 682 LEC y 129 LH, cuya infracción determinaría la nulidad de la estipulación y la imposibilidad de ejercitar la acción hipotecaria por tales vías procedimentales.

Resolución de 9 de julio de 2015 (BOE 193, 13-VIII-15: 9115)

Considera inscribible una adjudicación resultante de la ejecución judicial de una hipoteca, aunque el requerimiento de pago a la mer-



cantil deudora e hipotecante no se ha realizado en el domicilio señalado en el título (la propia finca hipotecada, que es rústica y carente de construcción alguna), ni mediante edictos (que es la previsión estricta del artículo 686 LEC para los casos de imposibilidad), sino en el domicilio social de la demandada en la persona de su representante legal, como manifiesta la Secretaría Judicial.

El requerimiento de pago es elemento esencial del procedimiento, cuya ausencia queda sancionada con la nulidad. Ahora bien: la STS de 30 de mayo de 1947 entendió válido el requerimiento practicado en el domicilio real cuando el inscrito resultaba erróneo; por otro lado, es doctrina del Tribunal Constitucional (STC de 11 de mayo de 2015) que implica mucha mayor protección la notificación personal al deudor hipotecante en cualquier domicilio conocido que acudir a la notificación edictal.

Resolución de 13 de julio de 2015 (BOE 227, 22-IX-15: 10167)

Deniega la inscripción de la cesión de un crédito hipotecario, por ser el cesionario una persona física que tiene a su favor otras cuatro hipotecas más inscritas en el último año en diversos registros. El cesionario, a los efectos de conseguir que no se le apliquen las exigencias de la Ley 2/2009, manifiesta no dedicarse profesionalmente a la concesión de préstamos hipotecarios. La apreciación del carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes. Es doctrina reiterada que el Registrador puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente. En el caso resuelto, la manifestación del prestamista queda desvirtuada por el hecho de ser el acreedor titular de varias hipotecas más inscritas en diversos registros, según consulta realizada por el Registrador al Servicio de Interconexión entre los Registros, lo cual revela una continuidad en la concesión de préstamos hipotecarios.

Además, acreditada la habitualidad en la concesión de préstamos o en la subrogación activa de los mismos, es necesario también que el cesionario cumpla otros requisitos exigidos por la Ley 2/2009: inscripción en el Registro público especial de prestamistas profesionales y suscripción de un seguro de responsabilidad civil o aval bancario alternativo, en garantía de los perjuicios que la actividad profesional del prestamista pudiera causar a los consumidores durante la vida del préstamo (tales como los derivados de la inadecuada adaptación de la cuota a la variación del interés, el cobro de comisiones o gastos no pactados, la indisponibilidad de dinero en el plazo convenido en un crédito en cuenta corriente, el no sometimiento a la resolución extrajudicial de conflictos pactada o el retraso en la cancelación de la hipoteca una vez pagada la deuda).

Por las mismas razones y argumentos, la **Resolución de 28 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10461)** deniega la inscripción de un préstamo hipotecario, por ser el prestamista una persona física que tiene a su favor otras dos hipotecas más inscritas en los últimos cinco meses en el mismo Registro, en garantía de sendos créditos de elevado importe. Ante la alegación del recurrente sobre la no habitualidad de su actividad (manifiesta haber ayudado a dos conocidos con dificultades económicas), la Dirección reconoce la dificultad de esta prueba negativa, pero no la considera imposible, sugiriendo el acta de notoriedad dirigida a acreditar la amistad con los deudores y su estado de necesidad, lo cual operaría como causa excepcional de concesión del préstamo.

Resolución de 14 de julio de 2015 (BOE 228, 23-IX-15: 10214)

Considera suficientes las facultades del apoderado de una entidad bancaria para otorgar una escritura encabezada como de «cancelación total de hipoteca por condonación de deuda», en cuya parte expositiva se informa de que el deudor pretende transmitir las fincas libres de cargas y que, para ello, reintegra una cantidad al banco, quien condona la deuda restante, de modo que en la parte dispositiva se cancelan totalmente las hipotecas que gravan las fincas. El Notario juzga suficientes las facultades representativas del apoderado para este «acto de cancelación de hipoteca por condonación de deuda y pago».

La exigencia de consentimiento del titular para cancelar una inscripción (art. 82 LH) debe interpretarse congruentemente con el resto de nuestro ordenamiento, que es causalista, de modo que el mero consentimiento formal no es título suficiente para cancelar, sino que debe expresarse la causa. Ahora bien, cuando el titular del derecho de hipoteca no se limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que dispone unilateralmente de su derecho a cancelar, hay que interpretar que estamos ante una renuncia al derecho de hipoteca, eficaz por sí sola para dar causa a su cancelación. El juicio notarial es congruente y la causa del negocio es compleja, propia de los procesos de reestructuración de deuda, donde son frecuentes las quitas.

Resolución de 17 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10273)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca a favor de persona física que no es entidad de crédito, por falta de la tasación oficial prevista en la Ley 1/2013. La exigencia de tasación y de que el valor de subasta no sea inferior al 75 % de aquella rige para toda hipoteca, como requisito legal para poder ejercitar el procedimiento de ejecución directa (art. 681 LEC) o la venta extrajudicial.

Ciertamente, la no constancia del valor de tasación no impedirá acudir al procedimiento de ejecución ordinaria de los artículos 126 y 127 LH o al juicio declarativo ordinario, pero, para poder inscribir parcialmente la escritura, con exclusión de la estipulación relativa a la nueva tasación, hace falta solicitud expresa, por tratarse de una estipulación delimitadora del contenido esencial del derecho real de hipoteca.

Resolución de 22 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10280)

Deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario entre personas físicas, pero con la intervención de un intermediario financiero, por incluir cláusulas abusivas: un tipo de interés ordinario del 14,99 % y la retención por el intermediario del 38 % del capital prestado para atender comisiones, los gastos e impuestos de la operación, así como dos mensualidades de intereses ordinarios, que deberán ser reintegrados a la devolución del préstamo. Se cumplen los requisitos de información y transparencia de protección del cliente de servicios bancarios establecidos en la Orden EHA/2899/2011.

Ciertamente, los prestamistas no tienen la consideración de «empresa», ya que son personas físicas que no se dedican habitualmente a conceder préstamos (manifestación no contradicha por el Registrador). Sin embargo, para la Dirección, resulta determinante la intervención de una sociedad de intermediación financiera, que hace aplicables al supuesto tanto la LGDCU-2007, en cuanto a los



Resoluciones

servicios prestados por la intermediaria, como la Ley 2/2009, sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación, teniendo en cuenta circunstancias como que es la propia intermediaria (y no los prestamistas) quien formula directamente la oferta vinculante y firma la escritura, que, por cierto, incluye cláusulas predispuestas por ella al modo de los contratos de adhesión.

Sobre la base del «principio de efectividad» derivado de las directivas comunitarias, la Dirección concluye que la calificación registral se extiende al carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios (control de contenido), así como a la transparencia (control de incorporación y comprensibilidad) de las estipulaciones financieras.

Respecto del tipo de interés ordinario pactado, la jurisprudencia considera que en nuestro sistema económico los intereses remuneratorios responden a la oferta y la demanda en el mercado, siempre que la voluntad del interesado se haya formado correctamente. En la cláusula calificada, se ha cumplido con el doble filtro de información y transparencia. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento hay limitaciones a la cuantía del tipo de interés remuneratorio: la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, prohíbe los préstamos usurarios, es decir, aquellos cuyo interés es notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado; además, hay otra limitación especial derivada de la función que les es propia, la remuneratoria, por la cual no pueden exceder de los de demora, cuya función es indemnizatoria o disuasoria (y que, sin embargo, en el título calificado, son inferiores: 10,50 %).

En cuanto a la retención por la sociedad intermediaria del 38 % del capital, es válida en la parte que constituye una provisión de fondos para gastos cuya determinación exacta corresponde a operadores independientes (gestoría, notaría, Registro e impuestos), así como en cuanto corresponde a la comisión para la intermediaria, que, aun siendo del 15 %, ha sido debidamente informada al deudor y aceptada por él. Sin embargo, sí que es abusiva la retención de dos meses de intereses a reintegrar a la devolución del préstamo, porque ni en la escritura ni en ninguno de los documentos incorporados a ella se indica la finalidad de la retención, y porque, además, es abusiva, ya que esa cantidad retenida genera a su vez intereses como si realmente se hubiese entregado (falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor).

Resolución de 28 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10460)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución de hipoteca que grava dos fincas, las cuales han sido adjudicadas por un valor inferior a su respectiva responsabilidad por principal e incluso inferior a la cantidad reclamada por principal, circunstancia por la cual no resulta exigible que el decreto desglose para cada finca y por cada concepto las cantidades por las que se ha despachado ejecución. La Dirección también desestima otro defecto: aunque del decreto no resulta que, a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2014, ya se hubiese puesto al adjudicatario en posesión del inmueble, el Secretario Judicial afirma que el decreto de adjudicación es firme desde una fecha que implica haber transcurrido con holgura el plazo para interponer recurso de apelación contra la desestimación de la oposición por cláusulas abusivas previsto en la transitoria cuarta de dicha norma.

El defecto por el que se deniega la inscripción es la falta de aportación del certificado del Tribunal a que se refiere el artículo 654-3 LEC, acreditativo de la imputación del valor de lo adjudicado por los distintos conceptos garantizados (especialmente relevante en materia de costas, al tratarse de la vivienda habitual de los ejecutados a que se refiere el título calificado), así como de la deuda pendiente por todos los conceptos. Sin este certificado, la ejecución no debe inscribirse, porque no está completa.

Resolución de 3 de septiembre de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10476)

Deniega la inscripción de un préstamo hipotecario concedido a personas físicas, porque en la estipulación novena, sobre constitución de hipoteca, se prevé una cantidad de responsabilidad hipotecaria para garantizar el pago de la compensación por desistimiento y las demás comisiones establecidas en la presente escritura, citando (entre otras) la comisión por subrogación de acreedor (Ley 2/1994), que, sin embargo, no se pacta en la estipulación sobre comisiones (la cuarta).

La redacción es confusa. Los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente deberán cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez (art. 80 LGD-CU).

Resolución de 4 de septiembre de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10477)

Admite la inscripción de una venta extrajudicial cuyo procedimiento, intentado infructuosamente el requerimiento de pago al deudor en el domicilio que consta en el Registro, fue posteriormente practicado en el despacho notarial a quien compareció voluntariamente al efecto de recibir el requerimiento, acreditó fehacientemente su condición de administrador único de la sociedad deudora y se hizo cargo de la cédula. Además, la parte deudora comparece al otorgamiento de la escritura de venta.

El requerimiento de pago al deudor es trámite esencial del procedimiento, pero la Dirección realiza una interpretación flexible de sus normas, a la luz de la doctrina constitucional que afirma la trascendencia de los actos de comunicación dentro de los procedimientos judiciales como medio para que el destinatario pueda ejercitar su derecho de defensa, si bien ponderando los intereses en juego para evitar que pueda paralizarse toda actuación (sobre todo, cuando la imposibilidad sea imputable al propio destinatario) y considerando irrelevante el defecto de comunicación que no impida la tutela del procesado por haber tenido este conocimiento extraprocesal del contenido de la comunicación.

IDENTIDAD

Resolución de 25 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8971)

Figura inscrita una cuota de finca a nombre de un titular extranjero, pero sin constancia de su domicilio ni de su documento de identidad (porque, hasta el Real Decreto 1368/1992, solo era obligatorio consignarlos si constaren en el título). Ahora se pretende anotar un embargo a favor de la comunidad de propietarios donde está sita la finca, y para ello el Registrador exige que se hagan constar tales datos en su día omitidos, en aplicación del actual artículo 51-9.^a RH,



que exige la constancia en el nuevo asiento de las menciones de identidad no solo de la persona a cuyo nombre se inscriba el bien, sino también de aquel de quien proceda el derecho.

No obstante, la Dirección admite la anotación: se trata de practicar un asiento sin consentimiento del titular registral, derivado de un documento judicial; lo relevante es que haya perfecta identidad entre el titular y el embargado (principio de tracto sucesivo) y, en este caso, el Registrador no pone en duda la identidad del embargado: se trata de persona extranjera, con nombre y apellido poco frecuentes y, además, el pleito es entre integrantes de una comunidad de propietarios.

INMATRICULACIÓN

Resolución de 15 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8959) y Resolución de 17 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8964)

Deniegan sendas inmatriculaciones por doble título notarial, por existir discrepancias descriptivas entre el título y la certificación catastral descriptiva y gráfica. La coincidencia exigida por el artículo 53-7 de la Ley 13/1996 debe ser total, sin que pueda aplicarse el margen del 10 % referido al supuesto de constatación registral de la referencia catastral. Esta exigencia es imprescindible para toda inmatriculación de fincas, cualesquiera que sean el titular y el medio por el que se pretenda. La total coincidencia debe referirse a situación, superficie y linderos.

Resolución de 17 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8965)

Suspende la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio para inmatricular que declara justificado el dominio de una finca a favor del promotor, a pesar de que el Registrador (según manifestó ya en la certificación del artículo 202 LH) tiene dudas sobre si dicha finca forma ya parte de otra inscrita como porción pendiente de segregar.

Debe confirmarse la calificación negativa, por lo que o bien el Juez hace una expresa valoración de la falta de identidad de la finca, o bien el supuesto hace tránsito al expediente de dominio para la reanudación de tracto, lo que implica el cumplimiento de sus trámites: intervención del titular de la inscripción contradictoria y cancelación de la misma. Además, en el concreto supuesto resuelto, haría falta licencia de segregación.

Resolución de 17 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10271)

Deniega la inmatriculación de una finca, pretendida mediante instancia privada acompañada de un acta en la que el Notario autorizante declara ser notorio que quien pretende la inscripción es tenido por dueño, pero sin indicar cuál fue su título de adquisición. Este título es insuficiente a efectos inmatriculatorios, según nuestra legislación hipotecaria. Además, la inmatriculación se solicita con la cabida catastral, que es inferior a la del acta. La coincidencia entre la superficie catastral y la del título debe ser total (art. 53-7 de la Ley 13/1996).

Resolución de 27 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10455)

Estima fundadas las dudas del Registrador y rechaza la inscripción de un expediente de dominio por el que se pretende hacer

constar un cuantioso exceso de cabida (de más del quintuplo de la superficie inscrita), concurriendo además la circunstancia de que, trasladada la finca con la pretendida nueva descripción y con el certificado catastral gráfico, resulta que se está invadiendo otra finca colindante, produciéndose la doble inmatriculación de la porción invadida, que ya fue rechazada en una calificación negativa anterior.

Ciertamente, es doctrina general que las dudas registrales en cuanto a la identidad de la finca solo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción de un exceso de cabida cuando estas se documentan en escritura pública o certificación administrativa, pero no en los supuestos de expediente de dominio, donde tales dudas se despejan en el ámbito de valoración de la prueba. Pero esta regla general tiene como excepción el caso de que el Registrador tenga no ya dudas, sino certeza de que la finca ya está inmatriculada o se pretende aplicar el folio registral a una superficie adicional. Esto último es lo que ocurre en el caso resuelto, donde, además, la solicitud de certificación para el inicio del expediente no contenía descripción alguna del exceso pretendido, por lo cual el Registrador no pudo entonces expresar sus dudas.

MENCIONES

Resolución de 9 de julio de 2015 (BOE 193, 13-VIII-15: 9117)

Admite la supresión, en la descripción registral de una finca, de la frase *«por cuyo camino tiene derecho de paso el vecino del lado oeste»*, a petición del titular registral.

No se pide la eliminación de un elemento descriptivo fijo de la finca (el camino), sino del uso que se le atribuye. No cabe entender que exista inscrita una servidumbre de paso, pues no hay acto constitutivo ni inscripción de la misma. Se trata de una simple mención de un derecho que, pudiendo acceder al Registro, no lo ha hecho, y que será cancelado a instancia de parte interesada, según el artículo 98 LH.

MINAS

Resolución de 10 de junio de 2015 (BOE 178, 27-VII-15: 8409)

Deniega la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de un derecho real de hipoteca mobiliaria que grava una autorización de explotación de recursos mineros de la Sección A.

Las minas son bienes inmuebles demaniales (arts. 334-8 CC y 2 LM), y también son inmuebles los derechos concesionales otorgados sobre ellas (art. 334-10 CC). Por otro lado, una autorización administrativa solo será inscribible si constituye o modifica un verdadero derecho real oponible a terceros y a la Administración, mientras que no lo será si confiere una situación precaria o de mera tolerancia que pueda cesar en cualquier momento, sin derecho a indemnización, por decisión unilateral de la Administración. Ahora bien, los derechos que otorga una autorización de recursos de la Sección A podrán ser transmitidos, arrendados y gravados (art. 94 LM). Estamos, pues, ante un acto administrativo que, como las concesiones, afecta a un derecho de aprovechamiento especial sobre bienes demaniales, y, por consiguiente, procede su inscripción en el Registro de la Propiedad, como da por supuesto el artículo 63 RH, que prevé la inscripción de la transmisión de una autorización, lo cual presupone la previa



Resoluciones

inscripción de la autorización misma. Inscrito el aprovechamiento, su hipotecabilidad es indiscutible (art. 107-6 LH y remisión a la legislación hipotecaria realizada por el art. 121 del Real Decreto 285/1978, de régimen general de la minería).

MONTES

Resolución de 9 de julio de 2015 (BOE 193, 13-VIII-15: 9116)

Declara inscribible una escritura de compraventa cuyo objeto es una finca rústica de 82 hectáreas, de las cuales se dice que 59 son monte. El Registrador exige la notificación de la comunidad autónoma, a efectos del ejercicio del derecho de adquisición preferente previsto en el artículo 25 de la Ley estatal de Montes y en el artículo 40 de la Ley Forestal valenciana (que establece como superficie, a estos efectos, 250 hectáreas).

Solo por el hecho de que en la descripción registral conste que la finca es monte no es ya preceptiva la citada notificación, sino que deben coexistir los demás requisitos para que nazca el derecho de adquisición preferente a favor de la Administración en caso de transmisión onerosa.

OBRA NUEVA

Resolución de 1 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9072)

Admite la inscripción de una edificación aneja a una vivienda unifamiliar ya inscrita, que se declara por antigüedad acreditada mediante certificaciones del Ayuntamiento y de técnico competente. Ha transcurrido el plazo de cuatro años previsto para la prescripción de infracciones urbanísticas graves por la legislación aragonesa, aunque aún no haya transcurrido el de diez años previsto para las infracciones muy graves.

No es competencia del Registrador calificar la naturaleza de la eventual infracción cometida, pero sí lo es decidir el plazo aplicable a efectos del artículo 20-4 LS estatal, que no requiere una prueba exhaustiva de la efectiva prescripción. En la legislación aragonesa, este plazo será, generalmente, el de cuatro años, pues los actos de edificación y uso del suelo solo son infracciones muy graves cuando, siendo contrarios al ordenamiento urbanístico, afecten al dominio público, sistema de espacios libres o equipamientos, suelo no urbanizable especial o patrimonio histórico; además, las edificaciones sobre sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial no pueden consolidarse por antigüedad. Pero la obra del título calificado no se encuentra en ninguno de estos supuestos, pues del certificado municipal resulta que la obra está en suelo clasificado como urbano consolidado, zona de vivienda unifamiliar y no se halla incluida en el Conjunto Histórico ni en el Catálogo de Patrimonio Arquitectónico y Arqueológico del Plan General.

Resolución de 3 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9078)

Deniega la inscripción de una declaración de obra nueva terminada, respecto de la cual aseveran que la licencia municipal fue obtenida por silencio administrativo positivo, en virtud de las circunstancias que constan en un acta notarial de 2006, y que, por tanto, la licencia se habría obtenido antes de la entrada en vigor del Real

Decreto Ley 8/2011, que exige acto expreso de autorización administrativa para la obra nueva.

La citada acta notarial acredita la falta de respuesta tempestiva de la Administración a la solicitud de licencia, lo cual, sin embargo, a la vista de la STS de 28 de enero de 2009, no es suficiente para entender adquirida la licencia por silencio, ya que puede concurrir una situación de inexistencia o nulidad radical del pretendido acto administrativo presunto. Todo ello genera, a falta de una manifestación expresa del Ayuntamiento relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística, una situación jurídica claudicante no inscribible.

Resolución de 7 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9086)

Exige el seguro decenal, sin admitir la procedencia de la exención prevista para el autopromotor, en una declaración de obra nueva de un edificio compuesto por cinco viviendas, dos locales y una cochera, todo ello distribuido en un edificio de cuatro plantas. Concretamente, falta el requisito objetivo de la exención: tratarse de «una única vivienda unifamiliar para uso propio». La dispensa del seguro se limita a una sola vivienda por autopromotor. Se quiere evitar que el promotor eluda el seguro para un número indefinido de viviendas con la mera declaración de ir a destinarlas a uso propio.

Por otro lado, la Dirección desestima también la petición subsidiaria de la recurrente de que se inscriba sin seguro decenal solo la vivienda que usa como habitual: no se puede inscribir uno de los elementos de la propiedad horizontal sin inscribir previamente la declaración de obra nueva de todo el edificio y la constitución del régimen; además, el seguro decenal tiene que referirse a la totalidad de un edificio de pisos, pues los elementos privativos no son independientes unos de otros, al ser comunes los elementos estructurales, de modo que un daño en los mismos afectaría a todos los elementos privativos.

Resolución de 13 de julio de 2015 (BOE 227, 22-IX-15: 10166)

Deniega la inscripción de una declaración de obra destinada a vivienda, realizada por la vía del artículo 20-4 LS con antigüedad acreditada del 2007, por falta de constitución del seguro decenal.

El seguro decenal es obligatorio también para declarar e inscribir obras nuevas consolidadas por razón de su antigüedad (artículo 20-4 LS), siempre que la obra esté dentro del ámbito de aplicación temporal de la LOE (viviendas para las que se haya solicitado licencia a partir del 5 de mayo de 2000), pero no hayan pasado más de diez años desde la recepción de la obra sin reservas (plazo de duración de la garantía exigida). En tal caso, hay que acreditar la contratación del seguro por el tiempo que reste para cumplir los diez años, sin perjuicio de poder aplicar la excepción prevista para el autopromotor de una única vivienda unifamiliar para uso propio.

Resolución de 22 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10277)

Deniega la inscripción de una escritura de obra nueva en construcción, por entender fundadas las dudas del Registrador sobre la identidad entre la finca registral, que no contiene datos catastrales, y la finca a que se refiere la licencia de obras, que la reseña solo por sus datos catastrales de parcela y polígono, con una cabida superior en un 18 % a la inscrita.



Resolución de 22 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10278)

Admite la inscripción de una escritura de obra nueva, desestimando los dos defectos apreciados en la calificación. En primer lugar, en la certificación de la licencia de obras, falta el visto bueno de la Alcaldesa (cuya virtualidad es acreditar que el certificante se halla en ejercicio de su cargo y que su firma es auténtica), pero se testimonia la licencia de ocupación, que es acreditación suficiente de que la obra se ajusta a la legalidad urbanística. Por otro lado, en la certificación del Arquitecto acreditativa de que la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia (la cual se incorpora por diligencia posterior), no constan los datos de autorización de la escritura de obra nueva, si bien figura una descripción de obra coincidente con la del título.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Resolución de 25 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7414)

Es posible entablar recurso contra la negativa a emitir una calificación sustitutoria. Es doctrina de la Dirección que la negativa a practicar un asiento de presentación es una calificación más, por lo que puede ser objeto de recurso y de calificación sustitutoria (la cual no es un recurso, sino un trámite del procedimiento registral). El Registrador sustituto debe calificar el cumplimiento de los requisitos para la solicitud de la calificación sustitutoria, uno de los cuales es que el Registrador sustituto reciba la documentación previamente calificada, siendo inadmisibles las fotocopias.

Así, la Dirección confirma la negativa del Registrador sustituto a calificar, por haber intentado por dos veces la aportación de la documentación, con referencia al plazo establecido por el artículo 71 LPAC (que ya ha transcurrido), con apercibimiento al recurrente de que, en caso contrario, se le tendrá por desistido del recurso.

Resolución de 24 de junio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9067)

Desestima el recurso contra la negativa del Registrador sustituto a calificar, por falta de aportación de la documentación inicialmente presentada, para lo cual había sido requerido el interesado.

Resolución de 2 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9074) y Resolución de 2 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9076)

En su día se presentó por fax una transmisión cuyo asiento de presentación caducó por falta de consolidación del título en el plazo previsto. Posteriormente, se inscribió la transmisión de la finca a otra persona. Ahora se presenta el título de la primera transmisión y se deniega su inscripción por aparecer la finca ya inscrita a nombre de otro titular.

El Registrador no puede tener en cuenta en su calificación asientos ya caducados, que, a efectos del procedimiento registral, es como si nunca hubiesen sido presentados. No compete a la Dirección pronunciarse sobre la posible nulidad de un título y de las inscripciones ya practicadas.

Resolución de 7 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9087)

Suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de contrato privado de arrendamiento, porque se encuentra vigente

el asiento de presentación de un título contradictorio: un decreto de adjudicación de la finca arrendada, dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria, que fue calificado negativamente. Solo cuando caduque el asiento contradictorio o haya sido despachado el título que lo motiva, se procederá a calificar el arrendamiento presentado posteriormente, en atención a la situación registral existente en ese momento.

No procede tomar anotación preventiva por defecto subsanable (art. 65 LH) respecto del arrendamiento, porque no se trata de un documento calificado con defectos, sino de un título pendiente de calificación en tanto no se resuelva la situación creada por un documento presentado antes. Tampoco procede la anotación preventiva del artículo 42-2 LH, pues se refiere a un supuesto diferente de este caso (obtención de mandamiento de embargo sobre los bienes del deudor).

Resolución de 28 de agosto de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10472)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada judicialmente, por no justificarse la presentación del título en la oficina liquidadora del impuesto de actos jurídicos documentados que grava la anotación (arts. 40-2 LITP y 122 RITP, en relación con el art. 254-1 LH).

Ante cualquier operación cuya registración se solicite, el Registrador no solo debe calificarla, sino también decidir si se halla o no sujeta a impuesto, valoración que no será definitiva en el plano fiscal, pero que será suficiente para acceder a la inscripción en caso afirmativo o para suspenderla en tanto no se acredite el pago, exención, prescripción o no sujeción, de modo que el Registrador, para evitar una multiplicación injustificada de trámites, puede apreciar la no sujeción o la exención (por ejemplo, en la aceptación de hipoteca unilateral por la TGSS: Resolución de 23 de abril de 2007), pudiendo también, para salvar su responsabilidad, exigir la oportuna nota de la Administración Tributaria.

PROHIBICIÓN DE DISPONER

Resolución de 16 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8962)

Consta inscrita una donación de padres a hija, con la prohibición de disponer consistente en que la donataria no podrá enajenar ni gravar las fincas donadas, sean gananciales o privativas de los donantes, sin el consentimiento expreso de los mismos o del último que sobreviva.

Ahora la Dirección deniega la inscripción de una venta realizada por la hija, con consentimiento de su padre compareciente pero sin comparecencia ni consentimiento de la madre, quien padece Alzheimer. Al no ser objeto de recurso, no corresponde ahora determinar si el ejercicio de la facultad reservada por los donantes exige incapacitación judicial de la donante (con las ulteriores designación de representante legal y autorización judicial), o si, como parece más acorde con las actuales orientaciones de Derecho Internacional en la defensa de los intereses patrimoniales de las personas con discapacidad, debe buscarse en el ordenamiento jurídico (a falta de solución legal directa) soluciones que supongan menor injerencia en la autonomía privada del discapaz, siempre, en Derecho común, bajo



Resoluciones

protección judicial. Pero es indudable que el Notario no puede por sí declarar extinguida la facultad reservada.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Resolución de 5 de junio de 2015 (BOE 161, 7-VII-15: 7607)

Deniega la inscripción de una escritura de desafectación de un terreno común, que se divide en parcelas, se adjudica y se vincula a ciertos elementos privativos. La escritura es otorgada por la Presidencia, quien se limita a manifestar que ha sido renovada tácitamente en su cargo, pero sin acreditarlo en la forma dicha.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada sobre acreditación de los cargos de Presidente y Secretario de la comunidad en propiedad horizontal. Debe hacerse por una de estas dos vías: o bien testimonio notarial del contenido del libro de actas, o bien certificación expedida por el órgano de la comunidad que tenga facultad certificante, con aseveración notarial, con referencia al libro de actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio de su cargo. Tras la reforma de 1999, el artículo 13-7 LPH ya no contempla que la renovación del plazo anual de duración del cargo se prorrogue tácitamente por períodos iguales.

Concurren otros defectos: es preciso un acuerdo de la comunidad que especifique cuál de las nuevas parcelas corresponde a cada comprador; también hace falta acuerdo de junta para aclarar las discrepancias de superficie del elemento desafectado, entre la escritura y el Registro, por un lado, y el certificado de arquitecto que se acompaña, por el otro.

Resolución de 8 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9092)

Deniega la inscripción de unas servidumbres recíprocas de paso, para personas y vehículos, y de uso de cuartos de aseo, que tiene por objeto comunicar físicamente varios locales (uno de los cuales es un departamento privativo integrado en otra propiedad horizontal) con el fin de unificar el uso y el régimen de una zona de garajes y trasteros.

En cuanto al local integrado en otra propiedad horizontal, la constitución de servidumbre debe ser autorizada por acuerdo unánime de la junta de propietarios del edificio en que está enclavado, por cuanto afecta a elementos comunes que conforman la estructura del edificio. La circunstancia de llevar más de cuarenta años comunicados los inmuebles no implica consentimiento tácito, cuya existencia no puede apreciar la Registradora, sino que debe probarse, judicialmente o por reconocimiento voluntario de la comunidad, que equivaldría a la autorización exigida. Aunque no hay agrupación de las fincas comunicadas, se establece *de facto* una unión física entre fincas, de modo que la exigencia de unanimidad resulta por analogía con la exigida para la agrupación de elementos pertenecientes a distintos edificios en propiedad horizontal. Se acompaña un acta de junta, pero, además de que no acredita la toma del acuerdo por unanimidad, tampoco consta en ella que fueran debidamente notificados los propietarios no presentes, ni su falta de oposición. Además, han accedido al Registro nuevos titulares con posterioridad al acuerdo. Es doctrina reiterada que las modificaciones del título constitutivo, ya se trate de actos colectivos o de consentimiento individualizado, no pueden afectar a los nuevos titulares que inscribieron su derecho antes de la presentación del acuerdo de junta.

Resolución de 13 de julio de 2015 (BOE 227, 22-IX-15: 10168)

Declara inscribible una escritura de declaración de obra nueva terminada y división horizontal a la que se incorporan licencias de edificación y de primera ocupación, pero no licencia de división horizontal. No concurre ninguna circunstancia que pudiera hacer exigible esta última licencia: de la división no resulta, ni directa ni indirectamente, la constitución de un complejo inmobiliario u operación que provoque una parcelación o el incremento del número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente respecto de los autorizados.

Los actuales artículos 17-6 LS y 10-3 LPH son expresión de la misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario, al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos de una propiedad horizontal, requieren autorización administrativa, siempre que se incremente el número de elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Ahora bien, la Dirección excluye la interpretación extensiva del requisito de la licencia a todos los supuestos de propiedad horizontal. A diferencia del complejo inmobiliario, en la propiedad horizontal tumbada se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer suelo y vuelo como elementos comunes, sin fraccionamiento jurídico del terreno.

Resolución de 15 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10261)

Deniega, por falta de autorización de la junta de propietarios, la inscripción de la agrupación de dos locales, a pesar de que son del mismo dueño y se produce una mera suma de cuotas sin alteración de las restantes.

La agrupación de departamentos modifica el título constitutivo de la propiedad horizontal, por lo que requiere el consentimiento de los propietarios de los elementos privativos que la integran, siendo este acto competencia de la junta, como órgano colectivo de la comunidad. La regla de la unanimidad ha sido flexibilizada por la Ley 8/2013, que exige autorización administrativa y mayoría de tres quintos de propietarios y cuotas. No obstante, en edificios con pocos propietarios, cabe prescindir del régimen organizativo de la LPH y sustituir el acuerdo de la junta por el consentimiento de los propietarios. La exigencia de autorización de la comunidad para la agrupación se fundamenta en dos consideraciones: una material, pues se puede estar produciendo alteraciones en las cosas comunes y afectando a los servicios generales, y otra jurídica, pues se puede estar alterando las bases que sirven para la fijación de las cuotas.

Resolución de 15 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10263)

Deniega la legalización de libros de una comunidad de propietarios de fincas rústicas. Los artículos 17 LPH y 415 RH recogen la competencia registral para la legalización de los libros de comunidades, subcomunidades y conjuntos inmobiliarios (inscritos o no), y, además, la Dirección ha considerado que debe atenderse a la diversidad de situaciones fácticas de organización de comunidades de propietarios análogas a la propiedad horizontal. Pero esta interpretación favorable no puede servir para admitir la legalización de los libros de cualquier comunidad ordinaria, aunque tenga estatutos, si no cumple las condiciones de aplicabilidad de la norma reseñada. Y en cuanto a los complejos inmobiliarios, les será de aplicación el régimen del artículo 396 CC, cuando cumplan el supuesto de hecho



del artículo 24 LPH, que alude a la existencia de edificaciones con uso principal de vivienda, nada de lo cual es aplicable a las fincas rústicas.

Resolución de 16 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10266)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa de dos participaciones indivisas de local en sótano, que dan derecho al uso exclusivo, respectivamente, de una determinada plaza de garaje y un trastero. De la descripción pormenorizada de ambos contenida en el título, resulta que la plaza de aparcamiento tiene acceso desde los viales comunes, mientras que al trastero solo se puede acceder a través de la plaza de garaje. Las cuotas transmitidas no constan aún inscritas y lo que se pretende ahora es transmitir las con asignación de un derecho de uso sobre un espacio físico que se describe con expresión de su ubicación, linderos y superficie perimetral, a los efectos de los artículos 68 RH y 53 del Real Decreto 1093/1997.

El problema planteado es dilucidar si estamos ante la transmisión de cuotas indivisas de un elemento independiente o de elementos privativos de una subpropiedad horizontal, que exigiría las características propias de los elementos privativos de salida a la vía pública o a un elemento común. Cuando se transmiten cuotas indivisas de locales destinados a garajes y trasteros con asignación de uso exclusivo, nos encontramos ante una comunidad especial funcional, integradas por elementos comunes y privativos. En dicha comunidad, lo esencial no son las cuotas transmitidas (meramente instrumentales), sino la venta de garajes y trasteros, de modo que lo verdaderamente adquirido es el espacio asignado.

PROTECCIÓN OFICIAL

Resolución de 25 de junio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9068)

Deniega la inscripción de una compraventa para la que no se aporta autorización administrativa, pese a tener por objeto una vivienda de protección oficial cuyo régimen dura treinta años, que fue calificada provisionalmente como tal hace treinta años y unos días, pero sin que conste la fecha de la calificación definitiva ni en el título, ni en el Registro, ni en los archivos de la comunidad autónoma, a quien se le ha solicitado certificación al efecto.

El certificado autonómico dice que no consta la fecha de la calificación definitiva, pero no dice que esta no haya sido solicitada o concedida. Por lo tanto, la inscripción de la compraventa requerirá: o la descalificación de la vivienda; o el cumplimiento de los requisitos administrativos necesarios para la venta de las viviendas de ese régimen; o, en su caso, la declaración administrativa de que la vivienda no obtuvo calificación definitiva.

Resolución de 15 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10264)

En 1973, el Instituto Nacional de la Vivienda otorgó una escritura de obra nueva y división horizontal de un edificio de viviendas previamente calificadas como protegidas, que se inscribió sobre una finca formada por segregación, quedando el resto destinado a viales y jardines, que el Instituto, como titular de la finca, «*habrá de ceder al Ayuntamiento de Madrid*». Ahora se pretende inscribir una subnación otorgada unilateralmente por el Instituto de la Vivienda de Madrid, como sucesor de la entidad titular, en el sentido de tener por no puesta la anterior obligación de cesión.

La Dirección lo deniega. Aunque la sucesión de ambas entidades resulta de normas publicadas oficialmente, dicha circunstancia debió hacerse constar en el título, en cumplimiento del principio de tracto sucesivo. Además, se precisa la intervención del Ayuntamiento de Madrid, quien no es titular pero sí tercero afectado, para determinar el carácter público o privado de los viales y jardines, y si fueron o no objeto de recepción, circunstancias todas ellas que no resultan del Registro ni de la documentación aportada.

PUBLICIDAD REGISTRAL

Resolución de 19 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8968)

Consta inscrita una adjudicación como consecuencia de un proceso de ejecución judicial. Al auto se acompañó un acta notarial para hacer constar la libertad de arrendaticia del inmueble. El Registrador archivó una fotocopia de la misma. Ahora quien afirma ser arrendataria del inmueble solicita al Registro copia del acta y la Dirección lo deniega.

El Registrador debe conservar determinados documentos (que el artículo 410 RH clasifica en cuatro grupos), entre los cuales no están los notariales, por ser innecesario, puesto que ya figuran en el protocolo del Notario autorizante. En el caso resuelto, el Registrador consideró conveniente archivar una fotocopia, pero esto no le convierte en archivero natural del documento (condición de la que derivarían las facultades certificantes), sino que habrá que dirigirse al Notario titular del protocolo.

Resolución de 18 de junio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9065)

Desestima el recurso contra la negativa del Registrador a expedir una copia de una certificación registral expedida anteriormente. El Registrador tiene la obligación de archivar las solicitudes de certificación, pero no las certificaciones emitidas, que son solo la expresión sustantiva del principio de publicidad material. Si no hay obligación legal de conservación, no procede expedir copias, en concordancia con el artículo 342 RH.

Resolución de 23 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10282)

Admite la expedición de una certificación solicitada por un heredero que alega, como interés legítimo, la necesidad de conocer, con la finalidad de entablar una acción de demanda de adición de herencias de su abuelo, las distintas transmisiones de la finca. En particular, el solicitante tiene derecho a que se incluyan los datos relativos al testamento del causante y, en general, todos los contenidos necesarios para que el recurrente pueda instar los correspondientes procedimientos judiciales.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. El interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo, conocido, acreditado (salvo en los casos de autoridades o funcionarios, cuyo interés se presume por el artículo 221-2 LH), legítimo y patrimonial. En el Registro de la Propiedad, el interés ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Además, los datos sensibles de carácter personal o patrimonial solo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral. Así, es el Registrador quien debe calificar no solo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella.



Resoluciones

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

Resolución de 15 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8958)

Deniega la rectificación, pretendida mediante instancia privada, de ciertos asientos practicados como consecuencia de la declaración de nulidad de una transmisión inscrita.

Una vez practicado un asiento, el recurso gubernativo no es cauce apropiado para conocer de la pretensión que tiene por objeto determinar la validez o invalidez del título inscrito. El recuso solo procede contra calificaciones negativas, pero no es medio hábil para declarar la nulidad de asientos ya practicados, que se hallan bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 27 de junio de 2015 (BOE 191, 11-VIII-15: 9009)

Consta inscrita una entrega de legado a favor de una parroquia, sin referencia a la circunstancia (contenida en el testamento) de que el bien legado había de destinarse a residencia de la tercera edad. Ahora se solicita la rectificación de la inscripción por error de concepto, para hacer constar dicha circunstancia. Para el Registrador, al legatario se le imponía simplemente un modo sin eficacia real, y entiende que no existió error de concepto, por lo que la rectificación ya solo podrá ser por la vía judicial (art. 218 LH). Por lo demás, el recurso gubernativo procede solo contra calificaciones negativas, pero no contra asientos ya practicados, que se encuentran bajo la salvaguarda de los tribunales.

Resolución de 16 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10267)

El titular registral solicita que se rectifique la inscripción de unas fincas, en el sentido de eliminar la constancia registral de segregaciones cuya validez ha impugnado judicialmente por haberse practicado sin su consentimiento.

La Dirección lo deniega: los asientos están bajo la salvaguarda de los tribunales y no pueden ser modificados si no es con el consentimiento del titular registral o, en su defecto, mediante resolución judicial. Ahora bien, el titular registral cuyo consentimiento hace falta no es solo el del dominio, sino también «*todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho*» (art. 40 LH), lo cual incluye a los favorecidos por las segregaciones.

Resolución de 5 de septiembre de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10479)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa en la cual la adquirente, de nacionalidad británica, manifiesta inicialmente que no aporta el NIE por estar en trámites de concesión, si bien posteriormente, mediante escritura de subsanación otorgada por el Notario en la vía del artículo 153 RN, se incorpora el NIE acreditado.

La posibilidad de rectificación por el Notario en los términos del citado artículo debe ser interpretada restrictivamente y usada con cautela, de modo que no puede ser utilizada para sustituir una manifestación de voluntad de los otorgantes. Sin embargo, en el caso resuelto, no se hace más que constatar la concesión y acreditación del NIE.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 26 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7416)

Deniega la inscripción de la adjudicación al marido de una finca adquirida en *pro indiviso* por ambos cónyuges constante el régimen de separación de bienes, porque el convenio regulador donde se realiza está aprobado judicialmente, pero excepto en cuanto a la liquidación de bienes adquiridos durante el matrimonio. Según el Tribunal Supremo (STS de 10 de diciembre de 2003), el convenio regulador es un negocio de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección el Juez, que no elimina su naturaleza contractual privada dimanante de la voluntad de los otorgantes. Por ello, la parte del convenio no aprobada judicialmente no es título suficiente para la inscripción conforme al artículo 3 LH.

Resolución de 27 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7419)

Admite la inscripción de una compraventa en la cual el comprador acredita estar casado en régimen de separación de bienes, por identificación de las capitulaciones a través de su inscripción en el Registro Civil, sin necesidad de hacer constar el nombre del cónyuge del adquirente. El contrato no afecta ni puede afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal o a las futuras consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual.

Resolución de 19 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8967)

Deniega la inscripción de una sentencia de convenio regulador de divorcio en el cual se practica una liquidación de los bienes que quedan de la extinta sociedad de gananciales (porque se habían celebrado antes capitulaciones pactando la separación de bienes y liquidando parte del patrimonio común) y se hace una aportación a los gananciales que se van a liquidar de una finca que en las capitulaciones previas había sido adjudicada a los excónyuges, parte por sus derechos y otra parte por cesión a cambio de precio, pero ahora se decide incluirla de nuevo en los bienes liquidables por falta de pago del precio de la cesión, para, a continuación, adjudicársela al otro excónyuge. Del convenio resulta que la vivienda familiar radica en otra finca distinta.

El principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (art. 3 LH), que la Dirección interpreta como el tipo de título (ejecutoria o escritura pública) congruente con el acto inscribible. La efectividad del convenio regulador es meramente liquidatorio del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requerirían escritura pública.

No es cierta la alegación de que la finca nunca dejó de ser ganancial, bien fuese por falta de pago del precio aplazado, bien fuese porque el dinero que se debía pagar a cambio sería con cargo al caudal común: lo cierto es que la resolución ex art. 1124 CC no opera automáticamente, sino que debe ser ejercitada; además, cuando se otorgaron capitulaciones pactando la separación de bienes, quedó automáticamente disuelta la sociedad de gananciales (art. 1392 CC), por lo que no podría desde entonces operar el principio de subrogación legal propio de dicho régimen.

Resolución de 30 de junio de 2015 (BOE 191, 11-VIII-15: 9013)

En aplicación del mismo principio de legalidad, deniega la inscripción de un convenio regulador aprobado judicialmente en el cual



se relaciona, entre los bienes gananciales, una finca privativa que la esposa compró en estado de soltera y que se dice que es la vivienda familiar, la cual se adjudica al marido. Seis años después de la compra y una vez ya casados, se obtuvo un préstamo hipotecario sobre la vivienda, cuya finalidad no consta, si bien, dado el tiempo transcurrido, no parece que haya servido para financiar la adquisición.

A diferencia de otros supuestos resueltos por la Dirección, no consta que esta transmisión tenga por causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Tampoco concurre circunstancia alguna de la que se pueda deducir la existencia de algún tipo de comunidad sobre la vivienda habitual: pertenece íntegramente a la esposa con carácter privativo, no consta que se obtuviera financiación para su adquisición (lo que hubiese podido dar lugar al *pro indiviso* ordinario sobre la vivienda familiar pagada con dinero ganancial, *ex art.* 1354 CC), sin que tampoco pueda deducirse que el desplazamiento patrimonial de la mujer al marido lo sea en pago de un posible exceso de adjudicación en la liquidación de los gananciales.

Resolución de 7 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9085)

Consta inscrita una escritura en la que los compradores manifestaron estar casados en régimen de gananciales. Ahora se pretende modificar esta inscripción mediante una escritura otorgada solo por uno de los compradores, quien acredita, mediante certificación literal de matrimonio, que en el momento de la compra estaban casados en separación de bienes, y solicita que se rectifique la inscripción, haciendo constar que los compradores adquirieron por mitad y con carácter privativo.

La Dirección deniega la inscripción de la subsanación pretendida y exige el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, resolución judicial recaída en juicio entablado contra él (art. 40-d LH). Ciertamente, es doctrina de la Dirección que, cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de prueba mediante documentos fehacientes e independientes de la voluntad de los interesados, bastará para la subsanación la mera petición del interesado acompañada de tales documentos. Pero no es esto lo que ha ocurrido en este supuesto, donde se ha acreditado fehacientemente el régimen de separación de los entonces compradores, pero no la porción que cada uno adquirió *pro indiviso*, para cuya determinación es ineludible el consentimiento de ambos o resolución judicial.

Resolución de 27 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10456)

Admite la inscripción de una sentencia aprobatoria de convenio regulador de divorcio en la que se adjudica a uno de los cónyuges una finca, previa manifestación de que constituye la vivienda habitual del matrimonio, que fue adquirida por ambos en estado de solteros por mitad y en *pro indiviso*, con subrogación de hipoteca.

Ciertamente, es doctrina de la Dirección que el principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (art. 3 LH), que la Dirección interpreta como el tipo de título (ejecutoria o escritura pública) congruente con el acto inscribible, y que la efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requerirían escritura pública.

Ahora bien, la atribución del uso de la vivienda familiar es contenido mínimo del convenio regulador (art. 90-c CC), que es título

hábil a estos efectos. Además, tratándose, en el caso resuelto, de la vivienda familiar cuyo precio aplazado se hubiese satisfecho también con dinero ganancial, habría nacido una comunidad romana *ex lege* entre la sociedad de gananciales y el patrimonio privativo de los cónyuges, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (art. 1354 CC).

Resolución de 28 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10459)

Inscrito un bien a favor de un cónyuge con carácter privativo por confesión del otro, no puede ser embargado por deudas del confesante sin estar también demandado el titular registral. Es indudable la inoponibilidad de la confesión de privatividad frente a los acreedores o herederos del confesante. Ahora bien, el principio de tutela judicial efectiva exige que, para anotar embargos sobre bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 RH, es preciso demandar siempre al titular registral, sea o no el cónyuge deudor (art. 144-2 RH).

Resolución de 28 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10462)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de dos fincas gananciales, porque del título presentado (una sentencia que aprueba el inventario de bienes comunes) no resulta que se haya liquidado la sociedad de gananciales.

Inscrita una finca como ganancial y sin resultar registralmente la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, no cabe embargar la mitad indivisa del cónyuge deudor. En tanto subsista la sociedad de gananciales, no existen porciones indivisas de que cada uno sea titular. Si constase embargado un concreto bien ganancial y se acreditase alguna de las causas de disolución de la sociedad de gananciales, en tanto no se lleve a cabo la liquidación, solo cabrá sustituir el embargo sobre la total finca por el embargo de la cuota global que al cónyuge deudor corresponda en esa masa patrimonial.

REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Resolución de 26 de junio de 2015 (BOE 191, 11-VIII-15: 9008)

Rechaza la inmatriculación de un vehículo que se pretende mediante instancia privada suscrita por quien manifiesta ser titular por donación verbal y por usucapión. El solicitante afirma el dominio sobre un vehículo en contra de la titularidad que proclama el Registro Administrativo de Vehículos de la DGT. Tras el Convenio de 10 de mayo de 2000, el Registro y la base de datos de la DGT están interconectados telemáticamente. La facultad de utilizar esta interconexión se configura en la Instrucción de la DGRN de 3 de diciembre de 2002 como una herramienta en manos del Registrador que tiene como finalidad evitar la multiplicación de las tercerías de dominio e incrementar la seguridad jurídica.

La titularidad reclamada no viene amparada ni por el consentimiento del titular, según el Registro Administrativo, ni por una resolución judicial firme dictada en procedimiento seguido contra él. No se acredita documentalmente el consentimiento del donante ni su reconocimiento judicial. La concurrencia de los requisitos de la usucapión no puede hacerse valer frente a tercero (el Registrador) por mera declaración unilateral, ni mediante la aportación de documentos cuya valoración corresponde a los tribunales de Justicia.



Resoluciones

Resolución de 13 de julio de 2015 (BOE 227, 22-IX-15: 10169) y Resolución de 14 de julio de 2015 (BOE 228, 23-IX-15: 10215)

Deniega la inscripción de un contrato de *leasing* suscrito, además de por la representación de la entidad financiera, por varias personas físicas, algunas de las cuales intervienen representando a la entidad arrendataria y, además, como fiadores, junto con otros garantes, presentes o representados. El contrato está intervenido notarialmente, pero en la diligencia de intervención no se determina en su integridad la intervención de todos los firmantes, y, en particular, falta identificar la de algunos en su propio nombre y derecho como fiadores.

La diligencia de intervención no reproduce el contenido de la póliza, pero sí debe incorporar los elementos y juicios necesarios para reconocer el cumplimiento de la función notarial. La expresión «*con mi intervención*» implica el examen notarial de una serie de extremos enumerados en el artículo 197 quáter RN, entre los cuales no está comprendido el concepto en que interviene cada firmante. Este concepto tampoco aparece explícitamente como contenido necesario de la póliza en el artículo 197-f. Sin embargo, un principio de claridad y precisión en la fe pública hace necesario que los diversos conceptos en que los otorgantes comparecieron ante Notario resulten del texto de la intervención notarial, a la cual (a falta de regulación específica en este extremo) le será de aplicación el artículo 164 RN.

SOCIEDADES MERCANTILES

ADMINISTRADORES

Resolución de 10 de julio de 2015 (BOE 193, 13-VIII-15: 9119), Resolución de 8 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9091), Resolución de 26 de junio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9069), Resolución de 26 de junio de 2015 (BOE 191, 11-VIII-15: 9007), Resolución de 26 de junio de 2015 (BOE 191, 11-VIII-15: 9006), Resolución de 11 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8957), Resolución de 27 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10451), Resolución de 27 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10453), Resolución de 28 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10458) y Resolución de 29 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10464)

Admiten la inscripción en el Registro de la Propiedad de transmisiones en las que intervienen sociedades mercantiles, sin necesidad de manifestación expresa de sus representantes sobre el carácter no esencial del activo transmitido o adquirido, a los efectos del artículo 160-f LSC.

Ciertamente, en el supuesto de este artículo, el administrador carece de poder de representación, por lo cual no resulta de aplicación el principio de inoponibilidad a terceros de las limitaciones voluntarias impuestas a dicho poder. Cuestión distinta es la posible analogía entre el supuesto del artículo 160-f y los actos del administrador con extralimitación del objeto social inscrito, frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave (art. 234-2 LSC y directivas comunitarias). Por otro lado, el carácter esencial de un activo escapa a la apreciación de Notario y Registrador, salvo casos notorios y aparte el juego de la presunción legal de exceder el importe de la operación del 25 % del activo social.

Cabe concluir, por lo tanto, que, aun reconociendo que la transmisión de activos esenciales excede de las competencias del admi-

nistrador, mediante certificación de este o manifestación del representante social sobre el carácter no esencial del activo, cumplirá el Notario con su deber de diligencia en el control sobre adecuación del negocio a la legalidad, pero sin que tal manifestación sea requisito imprescindible para la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar también protegido en estos casos (art. 160-f), y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad social del administrador o apoderado.

- En la Resolución de 10 de julio de 2015, una sociedad limitada, representada por su administrador, constituye, con aportación dineraria de 5.000 euros, otra sociedad limitada cuyo objeto social incluye las actividades propias del objeto de la constituyente.
- En la Resolución de 8 de julio de 2015, una sociedad anónima vende una vivienda y un garaje a dos particulares. El objeto social de la vendedora es la actividad de construcción y lo vendido se formó mediante declaración de obra y división horizontal otorgada por ella.
- En la Resolución de 26 de junio de 2015 (9069), una sociedad limitada, a través de sus administradores mancomunados, vende a una anónima, representada por su consejero delegado, una finca por valor de 750.000 euros.
- En la Resolución de 26 de junio de 2015 (9007), una sociedad limitada vende una finca y una cuota de otra por valor de 6.112 euros.
- En la Resolución de 26 de junio de 2015 (9006), un Ayuntamiento vende una finca rústica de escaso valor a una sociedad limitada.
- En la Resolución de 11 de junio de 2015, un particular realiza una dación en pago a una entidad de crédito para cancelar la deuda derivada de un préstamo hipotecario que fue concedido por ella. Es evidente, además, que esta dación se incardina en el desarrollo del objeto social de una entidad de crédito y no constituye un acto sobre activos esenciales de esta sociedad.
- La Resolución de 27 de julio de 2015 (10451) admite la inscripción de la constitución de un préstamo garantizado con hipoteca, por parte de una sociedad limitada dedicada a las telecomunicaciones y transportes, sin necesidad de manifestación expresa de su administrador único sobre el carácter no esencial del activo objeto de transmisión potencial, a los efectos del artículo 160-f LSC.
- La Resolución de 27 de julio de 2015 (10453) admite la inscripción de la venta de una finca por valor de 100.000 euros, realizada en nombre de una sociedad limitada por sus administradoras mancomunadas.
- La Resolución de 28 de julio de 2015 y la Resolución de 29 de julio de 2015 admiten la inscripción en el Registro Mercantil de la constitución de una sociedad limitada con una aportación dineraria de 3.050 euros, realizada por otra sociedad limitada representada por su administrador único. El objeto social de la fundadora es la tenencia y gestión de valores, participaciones sociales y acciones.

Resolución de 15 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10262)

Deniega la inscripción de una cláusula estatutaria de retribución de los administradores de una sociedad anónima, en cuya virtud se establece una remuneración del 10 % del beneficio anual de la sociedad antes de impuestos.



El artículo 218-3 LSC establece que en la sociedad anónima, cuando la retribución consista en una participación en beneficios, solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y respetando las siguientes partidas preferentes: deben estar cubiertas las reservas legal y estatutaria, y debe haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 % del valor nominal de las acciones, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

Resolución de 23 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10281)

Deniega la inscripción de una escritura de modificación de estatutos de sociedad anónima por varios defectos. Siendo el sistema de administración el de dos administradores mancomunados, se dice que, no obstante, cada uno de ellos podrá realizar por separado operaciones de hasta 6.000 euros. El artículo 210 LSC establece que, si la administración conjunta de la sociedad anónima se confía a dos administradores, estos deben actuar siempre de forma mancomunada. Este sistema viene tipificado legalmente, sin que se posibiliten sistemas mixtos. Concorre otro defecto: los códigos CNAE indicados en relación con las actividades del objeto social no se corresponden con los epígrafes de la lista oficial (sino, por error, con los IAE).

Por el contrario, hay dos obstáculos registrales no confirmados por la Dirección. El objeto social es la compraventa de toda clase de accesorios y elementos relacionados con los automóviles, como repuestos, complementos, accesorios, pinturas, barnices, ruedas, acabándose esta enumeración con la partícula «*etc.*», que, según la Registradora, produce indeterminación, si bien la Dirección entiende que sirve solo para sustituir el resto de una exposición o enumeración que se sobreentiende o no interesa expresar. En este caso, se trata de una simple ejemplificación de «*toda clase de accesorios y elementos*». Por otro lado, se dice que, en caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente, si hay discrepancia en las valoraciones, se aplicará el «*valor real*». La Registradora entiende que debería decirse «*valor razonable*», si bien la Dirección entiende que ambas expresiones son equivalentes, incluso en la propia normativa legal.

Resolución de 27 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10452)

Deniega la inscripción de los acuerdos de junta de una limitada, porque la junta no ha sido convocada por todos los administradores mancomunados.

La facultad de convocar la junta está reservada en exclusiva al órgano de administración (art. 166 LSC), al margen de supuestos singulares, como el de la sociedad en liquidación (mismo artículo), el de convocatoria judicial (arts. 169 y 171-1 LSC) o el de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado (art. 171-2 LSC).

Los administradores mancomunados han de obrar de forma conjunta (art. 210-1). Esta regla induce a interpretar que la disposición estatutaria sobre ejercicio del poder de representación por dos de los administradores conjuntos (prevista en el art. 233-2-d) se limita a las relaciones externas de la sociedad con terceros, pero no a las demás facultades, como la de convocar la junta.

Resolución de 30 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10469)

Admite la inscripción del acuerdo de modificación de estatutos de una limitada, en cuya virtud la mayoría reforzada de dos tercios se reduce a simplemente más de la mitad de los votos, cesando a continuación a la administradora única para nombrar a un nuevo ad-

ministrador. Los acuerdos fueron adoptados en junta, a la que asistió un solo socio (el nombrado administrador), que representa el 51 % del capital social.

Ciertamente, la indisponibilidad de los derechos individuales de los socios es un principio general que obliga a contar con el consentimiento de los socios afectados por un acuerdo social. Pero la regla estatutaria cuestionada no afecta de modo inmediato a los derechos individuales de los socios. La exigencia de mayoría reforzada para la separación del administrador (art. 223-2 LSC) puede satisfacer el interés del administrador, pero también el de los socios, quienes, en el ámbito de su autonomía de libertad, deben prevenir estatutariamente el mantenimiento de tales mayorías respecto de la separación del administrador. Pero, a falta de esa cautela, debe respetarse la regla estatutaria que permite la modificación de estatutos con el voto favorable de más de la mitad de los socios.

Resolución de 30 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10470)

Admite la inscripción de una cláusula estatutaria según la cual los miembros del consejo de administración que desempeñen funciones ejecutivas percibirán, además de la retribución general: una cantidad fija; una cantidad variable en función del cumplimiento de los objetivos que figuren en sus respectivos contratos, los cuales prevén también las indemnizaciones para el caso de cese de sus funciones, y, además, en la medida que resulte adecuado, su retribución se verá complementada con aportaciones a un plan de pensiones, seguro de fallecimiento e invalidez y seguro médico personal.

El artículo 249 LSC establece que, cuando un miembro del consejo sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas, deberá celebrar un contrato con la sociedad, conforme con la política de retribuciones aprobada por la junta, en el cual se detallarán todos los conceptos retributivos por el desempeño de tales funciones, incluyendo indemnización por cese, abono de primas de seguro o contribución a sistemas de ahorro. Será en ese específico contrato en el que deberá detallarse la retribución del administrador ejecutivo, sin que sea necesario que dicha política de retribución detallada conste en los estatutos.

APODERADOS

Resolución de 27 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10454)

Admite la inscripción de un poder general conferido por una sociedad a través de su administrador solidario, que incluye la facultad de elevar a público acuerdos o decisiones sociales no ya solo procedentes de órganos colegiados, sino también (y esto es lo que se debate) de órganos unipersonales (con inclusión expresa de las decisiones de administrador único, de administradores solidarios o mancomunados y de consejeros delegados).

La elevación a instrumento público es facultad que inicialmente compete al órgano de representación social, quien podrá actuar directamente o mediante apoderado con poder suficiente (art. 108-3 RRM), que no distingue según la estructura del órgano de administración.

Resolución de 30 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10467)

Admite la inscripción de una renuncia al cargo de apoderado solidario de varias sociedades, aunque la notificación de la renuncia



Resoluciones

realizada por correo certificado con aviso de recibo (bajo fe notarial) no pudo realizarse, al haber sido devuelta como «desconocido». La renuncia del administrador exige notificación (art. 111 RRM), mientras que la del apoderado no guarda con ella identidad de razón por carecer de facultad certificante, siendo por ello inscribible sin necesidad de notificación alguna a la sociedad (art. 94-1-5.º RRM).

CAPITAL SOCIAL

Resolución de 29 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10464)

Se refiere al mismo supuesto que motivó la confirmación de una calificación negativa en la Resolución de 3 de julio de 2013, que denegó la inscripción de un aumento de capital social por compensación de créditos, como consecuencia de la presentación, dos días después, de un auto judicial que ordenaba la anotación preventiva de determinadas medidas cautelares que impedían (entre otras cosas) el aumento de capital realizado.

Ahora se presenta de nuevo el título, una vez recaída sentencia que declara nula la compra de las participaciones efectuada por el socio que suscribe el aumento. La Dirección deniega de nuevo la inscripción. Ciertamente, en el ámbito del Derecho Mercantil, la declaración de nulidad no tiene efectos tan radicales, pues, además de los intereses de las partes, entran en juego los principios de conservación de la empresa y seguridad jurídica. Por ello, la declaración de nulidad de la adquisición de participaciones no tiene por qué afectar necesariamente a la validez del acuerdo adoptado, cuestión que no prejuzga la Dirección. Ahora bien, lo que sí es cierto es que la pretendida inscripción del aumento de capital es incompatible con el contenido actual del Registro.

CÓDIGO LEI

Resolución de 16 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10268)

Admite la renovación del código LEI de una entidad. El código LEI es un identificador único de personas jurídicas que operan en transacciones financieras internacionales (*Legal Entity Identifier*). Es creado por el Derecho Comunitario y, en España, la competencia para su emisión y gestión ha sido asignada al Registro Mercantil (adicional segunda del Real Decreto Ley 14/2013), si bien ello no implica una función de calificación del artículo 18 CCom., sino que corresponde a las previstas por el artículo 16, bajo el epígrafe «*otras funciones del Registro Mercantil*», como, por ejemplo, el nombramiento de expertos independientes.

La mera renovación de un código LEI generado a favor de una persona jurídica extranjera no requiere la justificación de la subsistencia de su personalidad y actuación representativa, siempre que al Registrador Mercantil no le conste lo contrario. Debe prevalecer el principio de flexibilidad: carece de justificación la exigencia de acreditar la vigencia de una situación que el Registrador dio por buena al generar el código.

DEPÓSITO DE CUENTAS

Resolución de 9 de junio de 2015 (BOE 180, 29-VII-15: 8505)

Admite el depósito de cuentas anuales de una sociedad no obligada a verificación contable. Las cuentas están debidamente aprobadas por la junta y están acompañadas de un informe de auditor

nombrado, con carácter voluntario, por el órgano de administración, donde se afirma que, debido a ciertas limitaciones en el alcance de la auditoría, no se puede expresar una opinión sobre las cuentas auditadas.

Es doctrina de la Dirección que debe rechazarse el depósito cuando del informe de verificación se derive que no reflejan adecuadamente el estado patrimonial de la sociedad. La finalidad de esta norma es la protección del interés general de los socios y los terceros, en el supuesto de sociedades obligadas (art. 265-1 LSC), o del socio minoritario que solicita la auditoría (art. 265-2). Es solo en estos supuestos de exigencia legal donde procede plantearse si la documentación presentada al Registro frustra o no los intereses protegidos.

Resolución de 15 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8960)

Calificada negativamente una anterior escritura de modificación de estatutos, ahora la Dirección deniega el depósito de cuentas de la sociedad, porque tanto el procedimiento de convocatoria de la junta que las aprobó como la cifra de capital que consta en el balance son los resultantes de la modificación cuya inscripción se denegó, de modo que no coinciden con el Registro.

Resolución de 25 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8972)

Deniega la inscripción de un nombramiento de auditor, porque la hoja de la sociedad se halla cerrada por falta de depósito de cuentas y el nombramiento de auditor no es una de las excepciones al cierre registral previstas en el artículo 282-2 LSC.

Resolución de 2 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9077)

Rechaza el depósito de cuentas de una sociedad, porque el preceptivo informe del auditor contiene una opinión denegada. En concreto, dice que «*debido al efecto muy significativo de las limitaciones al alcance de nuestra auditoría [...] no podemos expresar una opinión sobre las cuentas*».

La Dirección recapitula su doctrina sobre el sentido del informe del auditor. El artículo 3 de la Ley de Auditoría permite distinguir los casos en que el auditor ha llevado a cabo su tarea de aquellos en que no ha sido así, de modo que caben cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, favorable con salvedades, desfavorable y denegada. Las dos primeras implican que las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio social, por lo que cabe su depósito. En el otro extremo, tampoco plantea problemas la evaluación del informe con opinión desfavorable, que supone una clara afirmación de que las cuentas no reflejan el estado patrimonial de la sociedad, lo que justifica el rechazo a su depósito.

Más problemático es el caso del informe denegado (por ejemplo, por existencia de reservas o salvedades, o por otras razones que impidan pronunciarse al auditor). No toda opinión denegada implica rechazo al depósito. El baremo que debe servir de guía es la finalidad de la norma, que es la protección del interés de los socios, de los terceros o del socio minoritario. Así, si del informe del auditor puede deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, no debe rechazarse el depósito aun cuando el auditor, por cuestiones técnicas, no emita opinión. Ahora bien, si el informe se limita a expresar la ausencia de opinión sin que pueda deducirse ra-



cionalmente ninguna información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, el depósito debe denegarse.

Resolución de 9 de julio de 2015 (BOE 193, 13-VIII-15: 9118)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de un poder general otorgado por la sucursal en España de una sociedad extranjera, al hallarse el folio de la sucursal cerrado por falta de depósito de cuentas. El depósito de las cuentas de las sucursales de sociedades extranjeras está específicamente exigido y regulado en los artículos 375 y 376 RRM.

FORMACIÓN SUCESIVA (LEY 14/2013)

Resolución de 18 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8966)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad con capital social de 3.000 euros, al amparo de los artículos 4 y 4 bis LSC (en la redacción dada por la Ley 14/2013, de emprendedores), en los que se dice que, de acuerdo con el régimen previsto para la sociedad limitada de formación sucesiva, no se produce ahora desembolso alguno de capital, quedando pendiente en su integridad.

La figura de la sociedad limitada de formación sucesiva tiene como objetivo abaratar el coste inicial de constitución de la sociedad, carece de capital mínimo y su régimen será idéntico al de las limitadas, excepto en ciertas obligaciones específicas de reinversión de resultados empresariales, que pretenden reforzar los recursos propios en protección de terceros. Este régimen especial subsistirá mientras la sociedad no alcance voluntariamente el capital mínimo para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. Se trata de sociedades que deben tener una cifra de capital social que, siendo inferior al mínimo legal, habrá de estar totalmente desembolsado, y no (como pretende la recurrente) sociedades que, teniendo un capital social al menos igual al mínimo, pueda este encontrarse pendiente de desembolso.

JUNTA GENERAL Y SUS ACUERDOS

Resolución de 16 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8963)

Deniega la inscripción de acuerdos adoptados en una junta convocada mediante anuncio en un periódico, que era el sistema previsto en los estatutos, admisible por voluntad de los socios según la legislación vigente al tiempo de la aprobación de aquellos, pero que ya no es conforme con la actual redacción del artículo 173 LSC, introducida por la Ley 25/2011. En efecto, el sistema legal actual es el anuncio en la web social o, de no existir, anuncios en el *BORME* y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, pero permitiendo que los estatutos sustituyan este sistema legal por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción. El sistema legal es imperativo y los estatutos solo pueden modificarlo dentro de los límites que la propia ley establece: la publicación en un periódico ni es individual ni garantiza la recepción por los socios.

LIBROS SOCIALES

Resolución de 31 de agosto de 2015 (BOE 229: 30-IX-15: 10473)

Deniega la legalización de libros contables de una limitada, correspondientes al ejercicio de 2014, por no haber sido presentados

al Registro Mercantil en archivo informático y de forma telemática, tal y como exige la Ley 14/2013, vigente desde el 29 de septiembre del mismo año. Ciertamente, la Instrucción de 12 de febrero de 2015, dictada para favorecer el tránsito al nuevo sistema legal, ha sido impugnada judicialmente, pero los efectos de la entrada en vigor de la ley no dependen de la Instrucción. El defecto sería fácilmente subsanable alegando justa causa que impida la legalización en formato electrónico de los libros de llevanza obligatoria (norma vigesimocuarta de la Instrucción).

MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS

Resolución de 30 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10468)

Deniega la inscripción de una modificación de estatutos en la cual se establece que la junta podrá acordar que tanto el reparto de dividendos como la reducción de capital con devolución de aportaciones se hagan en especie (siempre que se haga con ciertos bienes incluidos en unos previos acuerdos privados y que no se distribuyan por valor inferior al del balance). El acuerdo es adoptado con el voto afirmativo del socio mayoritario y el negativo del minoritario.

La regla cuestionada afecta a los derechos patrimoniales de los socios. La regla general es la percepción en dinero tanto de los dividendos (arts. 277 y 278 LSC) como de la reducción del capital con devolución de aportaciones (art. 201-3-1.º RRM). Ciertamente, puede admitirse el pago en especie, con base en el principio de autonomía de voluntad, si bien la introducción de esta disposición estatutaria en un momento posterior al fundacional requiere el consentimiento de los socios afectados, que serán todos.

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Resolución de 26 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7417)

Deniega la inscripción de una escritura de transformación de sociedad anónima en limitada, porque, si bien el administrador manifiesta que el patrimonio cubre el capital, del balance cerrado dos días antes del acuerdo resulta que el patrimonio neto es inferior al capital social. La operación es inviable, a menos que se restablezca el equilibrio patrimonial por el procedimiento que sea: reducción para compensar pérdidas, aportaciones de los socios, concesión de préstamos participativos...

PRESTACIONES ACCESORIAS

Resolución de 5 de junio de 2015 (BOE 163, 9-VII-15: 7690)

Deniega la inscripción de una cláusula estatutaria que prohíbe a los socios, salvo acuerdo unánime de los concurrentes, ejercer actividades que coincidan con el objeto social, bajo pena de indemnización de daños y perjuicios y pérdida temporal del derecho al dividendo. Se trata de una prestación accesoria consistente en una obligación de no hacer, por lo que debe precisarse su carácter retribuido o gratuito (art. 86 LSC).

No estamos ante un pacto parasocial o una mera obligación entre socios (que, por otro lado, tampoco sería inscribible, fuera del caso del protocolo familiar), sino que se trata de una obligación de carácter corporativo impuesta a los socios frente a la sociedad. De hecho, la prohibición de competencia es una obligación que consti-



Resoluciones

tuyó históricamente, junto con la de suministro de materias primas, una de las modalidades más frecuentes de prestación accesoria.

SOCIEDAD PROFESIONAL

Resolución de 20 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10276)

Deniega la inscripción de unos acuerdos sociales (nombramiento de administrador único y modificaciones en el objeto social) adoptados por una sociedad limitada que pervive como sociedad ordinaria, si bien su objeto está integrado por actividades comprendidas dentro del ámbito de la abogacía.

Solo deben adaptarse o constituirse conforme a la LSP las sociedades profesionales en sentido estricto, es decir, aquellas cuyos actos propios sean ejecutados directamente bajo la denominación social, y los derechos y obligaciones inherentes a la actividad se imputen a la propia sociedad. Quedan fuera las sociedades profesionales en sentido amplio: las de medios, las de comunicación de ganancias y las de intermediación. Ahora bien, la STS de 18 de julio de 2012 establece el carácter imperativo de la regulación especial y la exigencia de certidumbre jurídica, de modo que, ante las dudas derivadas de la inclusión en el objeto social de actividades que pudieran constituir el objeto de una sociedad profesional o no, debe exigirse la mención expresa de tratarse de una sociedad de medios, comunicación de ganancias o intermediación, pues la falta de tal expresión hará entender que se trata de una sociedad sometida imperativamente a la LSP.

En aplicación de la reseñada doctrina, la sociedad del supuesto debería haberse adaptado como profesional; al no haberlo hecho, se encuentra hoy disuelta de pleno derecho y su hoja registral está cerrada (transitoria primera de la Ley 2/2007). Con ocasión de la obligación de adaptar las sociedades anónimas a las nuevas normas promulgadas en 1989, la Dirección elaboró una doctrina según la cual, pese a la sanción de disolución de pleno derecho impuesta literalmente a las sociedades que no se adaptasen dentro del plazo, cabía la reactivación de las mismas (actual art. 370 LSC). Así, para poder inscribir el título calificado, es preciso reactivar la sociedad previamente y adecuarla al ordenamiento jurídico.

UNIPERSONALIDAD

Resolución de 24 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10284)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de decisiones de socio único (cese de administradores, modificación del sistema de administración y nombramiento de administrador único), por hallarse vigentes asientos de presentación de escrituras presentadas no solo antes, sino también después, que en ambos casos contradicen a la calificada respecto de la persona que ostenta la condición de socio único.

El Registrador Mercantil debe tener en cuenta al calificar no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aun presentados después, con el objeto de conseguir un mayor acierto en la calificación y evitar inscripciones inútiles e ineficaces. El principio de prioridad no tiene el mismo fundamento ni alcance en el Registro de la Propiedad (registro de bienes) que en el Registro Mercantil (registro de personas).

SUBASTAS NOTARIALES

Resolución de 2 de septiembre de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10474)

Admite la inscripción de una escritura de venta de inmueble mediante subasta notarial. La titular registral es una sociedad declarada en concurso, con plan de liquidación aprobado, en el cual se autoriza la subasta notarial como forma de enajenación. La finca está gravada con una sola hipoteca a favor de seis entidades de crédito en distinta proporción. Del pliego de condiciones resulta que: el tipo de licitación es el valor de tasación de la hipoteca; si ninguna oferta supera el 50 % del tipo, los acreedores hipotecarios podrán pedir la adjudicación por el 50 % del tipo, y si no lo hacen, se adjudicará el bien al licitador que ofrezca el mayor precio, sin limitación. En la subasta gana la única oferta, que es la presentada conjuntamente por los acreedores (y que es inferior al 50 %), quienes se reservan la facultad de ceder el remate.

La Dirección considera inscribible la venta al cesionario del remate, desestimando los obstáculos registrales. El pliego no exige que las pujas hayan de ser individuales. Los acreedores tienen la facultad de adjudicarse la finca por el 50 % del tipo (como garantía de su derecho para el caso de que las demás pujas no alcanzasen ese porcentaje), pero el pliego no impide la presentación de pujas inferiores por cualquier licitador, incluso por los acreedores.

SUCESIONES

Resolución de 9 de junio de 2015 (BOE 178, 27-VII-15: 8407)

Deniega la inscripción de una escritura de adición de herencia en la que no interviene la viuda del transmitente, quien sí intervino en la escritura inicial (otorgada en 2003) para consentir la liquidación de los gananciales y la aceptación y partición de la herencia.

La Dirección se declara respetuosa con la nueva teoría jurisprudencial sobre el *ius transmissionis*, según la cual, en la liquidación de gananciales y partición de herencia, cuando algún heredero sucede por derecho de transmisión, no es precisa la intervención del cónyuge viudo del transmitente. Así, según la STS de 11 de septiembre de 2013, el derecho de transmisión del artículo 1006 CC no es una nueva delación hereditaria, ni fracciona el *ius delationis* de la herencia del causante, que mantiene su unidad orgánica y funcional, de modo que los transmisarios, al aceptar la herencia del transmitente, suceden directamente al causante en su herencia (la del transmitente es otra sucesión). La consecuencia es que, en la división de la herencia del primer causante, no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente, sino solamente la de los transmisarios.

Sin embargo, en el supuesto de esta resolución, el principio jurisprudencial de la «unidad del fenómeno sucesorio» impone que si intervino el viudo del transmitente en la inicial escritura de liquidación de gananciales y herencia, también lo deberá hacer en las que sean complementarias de la misma, como ocurre en este caso, en que se adiciona un bien que se dice omitido en su día por error.

Resolución de 9 de junio de 2015 (BOE 180, 29-VII-15: 8504)

Deniega la inscripción de una escritura de donación de fincas adquiridas por el donante como heredero de su esposa, instituido



«en pleno dominio y con facultad de disponer, y sustituido vulgar y fideicomisariamente de residuo» por una prima hermana de la testadora.

La facultad dispositiva concedida a este fiduciario se refiere solo a actos *inter vivos*, dado el llamamiento sucesivo. Para saber si, además de los onerosos, están incluidos también los actos a título gratuito, habrá que interpretar la voluntad del testador plasmada en el tenor literal del testamento (art. 675 CC), para lo cual son útiles ciertos elementos interpretativos (así, por ejemplo, cabría entender que el fiduciario estaría autorizado para disponer a título gratuito si se hubiese excluido el juego de la subrogación real respecto de los posibles actos dispositivos, lo cual, sin duda, rebajaría las expectativas del fideicomisario). Según la más reciente jurisprudencia (SSTS de 13 de mayo de 2010 y de 7 de noviembre de 2008), las cláusulas testamentarias que simplemente autoricen al fiduciario a disponer *inter vivos* (sin más especificaciones) deben interpretarse como comprensivas únicamente de los actos de disposición a título oneroso, ya que, para entender incluidos los actos gratuitos, es necesario que el testamento lo declare expresamente, que es también el criterio del artículo 426-53-2 CCCat. Además, en el caso resuelto, el testador ha ordenado, en primer término, una sustitución vulgar a favor de quien sería fideicomisario de residuo, patentizando una voluntad clara de que el tránsito de los bienes no quede al completo arbitrio del fiduciario, algo que no sucedería si se le entendiera habilitado para disponer a título gratuito.

Resolución de 29 de junio de 2015 (BOE 191, 11-VIII-15: 9012)

La testadora, de nacionalidad alemana, instituyó heredera a una fundación, también de nacionalidad alemana, nombra un albacea, hace varios legados y deja una legitimaria. Ahora la Dirección deniega la inscripción de la escritura de herencia, que ha sido otorgada solo por el representante de la fundación heredera, quien, además, adjudica a la misma un inmueble que había sido legado a un tercero.

La Registradora no exige la acreditación del Derecho extranjero aplicable, pues ella misma realiza las siguientes afirmaciones referidas al BGB: no es posible que el heredero por sí mismo se adjudique un bien específicamente legado a un tercero, pues el heredero está gravado con el pago del legado (art. 2147); existiendo legitimarios, el heredero puede rehusar el pago del legado en la medida que el pago de la legítima sea satisfecho proporcionalmente entre heredero y legatario (art. 2318), que es el argumento al que parece acogerse la fundación para no pagar el legado (aunque la escritura solo contiene un inventario de bienes, pero no las operaciones de cómputo e imputación que permitirían afirmar la inoficiosidad del legado); el testador puede modificar e incluso suprimir la facultad del heredero de imponer al legatario el pago proporcional de la legítima (art. 2324), que es lo que, según la Dirección, ha dispuesto la testadora, al disponer que la heredera recibirá el resto de la herencia no objeto de legados, los cuales deberán ser cumplidos inmediatamente después de su muerte con cargo a la herencia.

Resolución de 22 de junio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9066)

Admite la inscripción de una hipoteca constituida por un fiduciario de residuo, a quien el testador autorizó a «*enajenar los bienes gravados en concepto de libres y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación*».

La facultad de disponer a título oneroso e *inter vivos* es connatural al fideicomiso de residuo, siendo libre el testador para ampliar la

facultad a los actos gratuitos *inter vivos* o incluso *mortis causa*, o para restringirla, por ejemplo, imponiendo el consentimiento de terceros, la concurrencia de necesidad o la limitación a negocios determinados. Por otra parte, atendiendo a las expectativas del fideicomisario, la doctrina distingue los fideicomisos *eo quod supererit* (que obliga a dejarle un mínimo) y *si aliquid supererit* (que permitiría al fiduciario disponer de todos los bienes). La determinación de ante qué supuesto de fideicomiso estamos dependerá del sentido que se infiera del conjunto de las cláusulas testamentarias, atendiendo a la finalidad propia de cada tipo de fideicomiso y al interés que deba primar de acuerdo con la voluntad del testador (art. 675 CC).

En el supuesto resuelto, el testador excluye la subrogación real del precio de la enajenación, por lo que las facultades dispositivas del fiduciario deben ser interpretadas de forma extensiva, ya que su interés es prioritario respecto del interés del fideicomisario: el fiduciario podría enajenar sin que el fideicomisario percibiera nada, y la eventual ejecución de la hipoteca por impago reconduce a la enajenación.

Resolución de 29 de junio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9070)

La testadora instituyó herederas a sus dos hermanas y ordenó dos sustituciones vulgares: una recíproca entre ambas, para el caso de fallecimiento de cada una de ellas, y otra por la cual, «*si fallecieran en el mismo momento la testadora y sus dos hermanas*», heredarían por partes iguales dos sobrinos. Las dos hermanas fallecieron antes que la testadora. Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura por la que se adjudican la herencia los dos sobrinos, como herederos por sustitución vulgar.

De las cláusulas testamentarias no resulta de forma clara que fuera otra la voluntad del testador, ni hay albacea que pueda ayudar a interpretarla. Por ello, hay que ajustarse a la literalidad del testamento (art. 675 CC): no puede tener lugar ni la institución de herederas a favor de las hermanas, ni la sustitución entre ellas, por haber fallecido ambas antes de la apertura de la sucesión. Dada la precisión con la que está redactada la cláusula, tampoco procede la sustitución vulgar a favor de los sobrinos, porque la testadora y sus hermanas no han fallecido «*en el mismo momento*». Debe concluirse que operará el presupuesto previsto en el artículo 912 CC, determinante de la apertura de la sucesión intestada.

Resolución de 1 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9071)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia de causante alemán fallecido en España, a la que se acompañan: certificado español de defunción; certificado español de últimas voluntades, negativo, y testamento otorgado en Alemania, debidamente traducido y apostillado, del cual la otorgante resulta ser la única heredera. Es preciso aportar también certificado del Registro de Últimas Voluntades del país de nacionalidad del causante, o acreditar (en la forma determinada en el artículo 36 RH) que en dicho país no existe tal registro, o que por las circunstancias del caso concreto no es posible aportar el certificado.

La vigencia del testamento aportado puede verse comprometida por la existencia de otro título sucesorio con eficacia revocatoria o modificativa del primero, lo cual se quiere evitar en nuestro sistema sucesorio con el certificado del RGAUV. Respecto del causante extranjero, la Resolución de 18 de enero de 2005 (sistema notarial)



Resoluciones

exige aportar el certificado español de últimas voluntades y, además, considera oportuno y prudente (casi obligado, si lo exigiere la *lex causae*) aportar certificado de algún registro equivalente del país de la nacionalidad del causante. No todos los países tienen una institución similar, a pesar del impulso que supone el Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972, que establece un sistema de inscripción de testamentos. En Alemania, país que firmó pero no ha ratificado el Convenio de Basilea, los testamentos vienen siendo custodiados por los tribunales locales, y solo desde el 1 de enero de 2012 existe un registro central que permite su conocimiento y localización. La legislación alemana prevé el certificado sucesorio (*Erbschein*), que dicta un Juzgado alemán para acreditar quiénes son los herederos de un determinado causante (testado o no), pero no es un título imprescindible para la declaración de herederos, de modo que tanto el Notario como el Registrador pueden resolver quiénes lo son, de acuerdo con el Derecho sustantivo alemán.

Resolución de 8 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9089)

En el testamento, prelegaba a la heredera única «la vivienda propiedad del testador sita en la villa del Prado (Madrid), con el terreno que pertenece a la misma, y la huerta propiedad del testador» sita en la misma villa. Los restantes inmuebles sitos en esa villa se legaban a otros legatarios. Ahora se pretende la inscripción de una escritura de herencia y entrega de legado otorgada solo por la heredera prelegataria, quien, en pago de su legado, se adjudica la vivienda sita en la villa del Prado y la urbana (terreno anexo perteneciente a la finca anteriormente descrita), que se describe como casa con varias dependencias anexas.

La sola mención de la calle hubiera bastado, pero, ciertamente, existen dudas para la plena identificación de los bienes legados, teniendo en cuenta, además, que en el testamento se ordenan otros legados sobre fincas en la misma villa. En cuanto a la alegación de falta de examen del Registro para determinar por exclusión los bienes objeto de legado, hay que tener en cuenta que tal examen forma parte de la calificación, pero que se refiere solo a las fincas respecto de las que se solicita inscripción y solo en la medida que los datos aportados sean indubitados y permitan una búsqueda efectiva. Ahora bien, la Dirección admite la inscripción, realizando una interpretación lógica y a la vista de las propiedades aparentes del testador, quien encabeza la descripción con el artículo «la», que parece indicar que es su única vivienda en ese término municipal, siendo este argumento extensible al terreno y a la huerta. La existencia de dudas para la identificación plena no significa que la identificación testamentaria sea insuficiente.

Resolución de 9 de julio de 2015 (BOE 193, 13-VIII-15: 9114)

En su día, se rechazó la inscripción de un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, en ejecución del embargo anotado sobre los derechos hereditarios que correspondían al deudor en la herencia de su padre, el titular registral. Una vez caducada la anotación del referido embargo de derechos hereditarios, el decreto se presenta de nuevo y vuelve a ser calificado negativamente, siendo este el que motiva el recurso. Unos días después, se presenta la escritura de partición de herencia del titular registral, en la que la finca en cuestión no se adjudica al deudor cuyos derechos hereditarios fueron embargados, sino a otro hermano.

Mientras no se realiza la partición, lo que tiene el heredero es un derecho hereditario en abstracto, del cual puede disponer, pero de modo que la transmisión se concretará a los bienes que se le adjudiquen en la partición. Salvo que transmitan todos los integrantes de la comunidad hereditaria, ningún heredero puede transmitir bienes o cuotas hasta la partición. Este derecho en abstracto solo puede acceder al Registro por la vía de la anotación preventiva, conforme al artículo 42-6 LH, que prevé la transmisión, gravamen o anotación del derecho en abstracto. Por todo ello, en el caso resuelto, procede denegar la inscripción definitiva de la adjudicación judicial, que está sujeta a la efectiva consolidación del derecho hereditario del deudor, que finalmente no se produce, sin perjuicio del derecho del acreedor a oponerse a la partición en fraude de sus derechos.

Resolución de 13 de julio de 2015 (BOE 227, 22-IX-15: 10165)

Deniega la inscripción de una escritura de liquidación de ganancias y adjudicación de herencia, en la cual no comparece uno de los herederos (y legitimario), quien ha aceptado la herencia en virtud del procedimiento de *interpellatio* judicial del artículo 1005 CC.

Pero, para convertir el derecho hereditario abstracto en un derecho concreto sobre bienes del caudal relicto (o cuotas de los mismos), es decir, para partir, hace falta unanimidad de los llamados (arts. 1058 CC, 14 LH y 80 RH). Por ello, con el auto dictado en el procedimiento del artículo 1005 CC, la herencia se tiene por aceptada, pero la partición exige un nuevo consentimiento de todos los herederos. Aunque la escritura calificada se limita a adjudicar los bienes a los herederos en la proporción de sus cuotas, para la Dirección esto supone una verdadera partición, porque implica actos particionales tales como la liquidación de ganancias (lo que, a su vez, implica la determinación del activo y pasivo ganancial, así como la posible existencia de créditos entre los cónyuges), la determinación de los bienes integrantes del caudal relicto y la propia adjudicación por cuotas.

Resolución de 16 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10265)

Consta inscrita una finca a nombre de la esposa del causante, en virtud de la siguiente cláusula testamentaria: instituye heredera universal a su esposa, que podrá disponer libremente de los bienes de la herencia por actos *inter vivos*; «en defecto de ella, o» [el entrecomillado no aparece en la inscripción] para el caso de que a su fallecimiento conservase algunos bienes procedentes de esta herencia, nombra heredero sustituto a un hermano en concreto y, en su defecto, a los descendientes legítimos del mismo en su representación. Primero, murió el causante; después, su hermano fideicomisario, sin descendientes, y ahora ha fallecido la esposa, la escritura de cuya herencia se presenta a inscripción. En ella se adjudica los bienes a los herederos de la fiduciaria, argumentando que se trata de un fideicomiso condicional, que el fideicomisario falleció antes de producirse la condición, careciendo de descendientes sustitutos vulgares, y que, en consecuencia, nada adquiere ni transmite a sus herederos (art. 759 CC). La Dirección deniega la inscripción.

El fideicomiso de residuo es una clase de sustitución fideicomisaria, y, en este último tipo de sustitución, la muerte del fiduciario puede actuar como término o como condición. Tradicionalmente, el Tribunal Supremo consideraba que el fideicomiso de residuo era siempre condicional, consistiendo la condición en que el fiduciario muriese dejando bienes no dispuestos. En los últimos quince años, se impone la idea de que habrá que estar a la voluntad del testador para saber si quiso o no establecer tal condición, lo que producirá



diferente tratamiento legal, en caso de fallecimiento del fideicomisario antes que el fiduciario. A falta de albacea o contador partidor, el criterio básico de interpretación de disposiciones testamentarias es la voluntad del testador según el tenor literal del testamento (art. 675 CC), si bien, cuando de su lectura no resulta claramente aquella, deberán aplicarse criterios de interpretación previstos para los contratos, como el sistemático.

En el caso resuelto, el causante dispuso también una sustitución vulgar a favor de su hermano, la cual no se inscribió y tampoco surtió efecto (porque el sustituto premurió a la sustituida), pero que, sin embargo, permite interpretar que la voluntad del causante era que ese concreto hermano (y no otro) sucediese a falta de su esposa y que, además, sucediese como fideicomisario, si la esposa llegaba a ser fiduciaria y no disponía de todos los bienes. Es evidente que lo puesto en condición no fue la vocación del fideicomisario, sino la cuantía de lo heredado por él. Como llegó a ser fideicomisario, y faltando descendientes suyos que le sustituyan, los bienes fideicomitidos deben pasar a sus herederos abintestato.

Resolución de 20 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10274)

Deniega la inscripción de una escritura de entrega de legado de cosa específica del testador, porque en su otorgamiento falta uno de los herederos, quien posteriormente ha fallecido. Ciertamente, el legatario de cosa específica del testador adquiere la propiedad de la cosa legada desde el fallecimiento de este (art. 882 CC), pero no la posesión, que es adquirida por los herederos (art. 440 CC). Por ello, es necesaria la entrega del legado mediante escritura otorgada por el legatario y por el contador o el albacea facultado para la entrega o, en su defecto, por los herederos (art. 81-c RH), y, habiendo fallecido uno de ellos, por sus propios herederos como sucesores en sus derechos y obligaciones.

Resolución de 20 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10275) y Resolución de 23 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10283)

Recapitulan la doctrina de la Dirección sobre acreditación del Derecho extranjero. Igual que en el ámbito procesal, también debe ser objeto de prueba en los ámbitos notarial y registral, en cuanto a su contenido y vigencia. Las normas procesales son subsidiarias de las registrales, en este tema, pero con especialidades: si no se le acredita al Registrador debidamente el Derecho extranjero, deberá suspender la inscripción, sin que quepa someter la validez del acto al Derecho español, como ocurre en el ámbito judicial. La acreditación se rige por los medios de prueba previstos en el artículo 36 RH, que incluyen (entre otros) el informe o aseveración de Notario o Cónsul español, o de diplomático o funcionario del país en cuestión. Notarios y registradores están obligados a determinar qué ley nacional resulta aplicable mediante la correspondiente norma de conflicto, pero no están obligados a conocer el Derecho extranjero, si bien pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia, si aseguran conocerlo.

En aplicación de esta doctrina:

- La Resolución de 20 de julio admite la inscripción de una escritura de herencia de causante alemán, donde, además, a instancias del heredero único, se modifica el Registro en cuanto a la reseña del régimen económico matrimonial del causante, que realmente era el de participación en las ganancias, tal y como resuelve

el Notario, según las manifestaciones del otorgante y las normas aplicables. En la escritura, el Notario español hace constar bajo su responsabilidad el contenido y vigencia del Derecho alemán aplicable, transcribiendo las normas que considera pertinentes referidas al régimen económico matrimonial y a la sucesión, y de las cuales resulta que el otorgante de la escritura es heredero y puede modificar el contenido del Registro. Por otro lado, no es necesario aportar los testamentos de los causantes debidamente traducidos y apostillados, porque tales requisitos de traducción y apostilla ya se cumplen en el certificado sucesorio alemán (*Erbschein*) que se aporta. Se trata de un documento público judicial de cuyo contenido resulta la cualidad para suceder, así como la adecuación del título sucesorio al Derecho material alemán, de modo que es título inscribible a los efectos de los artículos 14 LH y 38 RH, sin necesidad de aportar el título en que se funda.

- La Resolución de 23 de julio se refiere a una finca inscrita, con carácter privativo, a nombre de un titular casado, cuya escritura de herencia (y ulterior compraventa) son ahora objeto de calificación. La adjudicación se pretende a nombre de una persona designada heredera en un testamento, otorgado en Cuba, en el cual el testador, con el mismo nombre y apellidos que el titular registral, se manifiesta de nacionalidad cubana, soltero y sin hijos, si bien de la documentación complementaria resulta que tiene una hija. Para la Dirección, existen dudas sobre que el titular registral y el testador sean la misma persona. Además, no está debidamente acreditado el Derecho cubano. Se aporta un certificado de vigencia emitido por el Cónsul de Cuba, pero que no contiene los particulares precisos para considerar probado el Derecho cubano en cuanto a los derechos sucesorios de los familiares del causante y en cuanto a las consecuencias de la preterición.

Resolución de 27 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10450)

Un testamento otorgado antes de la vigencia de la Constitución ordenaba un legado a favor de una hija del testador, sustituyéndola fideicomisariamente, una vez fallecida, por sus hijos o descendientes «por naturaleza legítimos». Ahora se presenta una escritura de adjudicación de este legado a favor, como fideicomisaria, de una hija de la fiduciaria, ya fallecida. Lo que ocurre es que esta hija no lo es por naturaleza, sino por adopción (primero menos plena, y después plena).

El testador puede, en la parte libre, distribuir entre sus descendientes en la forma que tenga por conveniente. Lo que aquí se plantea es un problema interpretativo, que debe resolverse sobre la base de la STC (1.^a) de 27 de abril de 2010, que no proscribía todos los tratamientos desiguales, pero sí los que impliquen una desigualdad desproporcionada e injustificada. Así, la Dirección admite la inscripción pretendida. La sentencia referida dio amparo a las hijas adoptivas en una sucesión donde tanto el testamento como el fallecimiento del causante eran anteriores a la vigencia de la Constitución, si bien el cumplimiento de la condición de la que dependía la sustitución fue posterior. Con mayor razón se aplicará la doctrina constitucional en el presente caso, donde tanto el fallecimiento como la condición de sustitución son posteriores a la vigencia de la Constitución.

Resolución de 29 de julio de 2015 (BOE 234, 30-IX-15: 10466)

Deniega la inscripción de una escritura de disolución de sociedad conyugal, herencia y donación, referida a interesados de nacio-



Resoluciones

alidad belga y que tiene por objeto un bien inscrito como privativo de la esposa fallecida. Mediante la escritura calificada: se rectifica el carácter de este bien, haciendo constar que realmente era ganancial en virtud de unas capitulaciones otorgadas en Bélgica antes de la adquisición, en las cuales se contiene también el pacto de atribución íntegra al cónyuge superviviente de los bienes conyugales, en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento; por último, en el título calificado, el superviviente dona la finca a sus dos únicos hijos, que comparecen representados. Se aporta declaración de herederos belga.

Se trata de una sucesión abierta antes de la vigencia del Reglamento Europeo de Sucesiones. La sucesión del superviviente en la totalidad del inmueble se produce a consecuencia del pacto conyugal y no de la sucesión normal. Por ello, el título sucesorio presentado es insuficiente, en cuanto la declaración de herederos belga no se acompaña de los certificados de últimas voluntades belga y español. Por otro lado, respecto de la actuación de los hijos mediante representante, sería preciso que el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas abarcara también la facultad de rectificar el contenido del Registro.

TRACTO SUCESIVO

Resolución de 16 de junio de 2015 (BOE 190, 10-VIII-15: 8961)

Admite la inscripción de una sentencia declarativa de dominio a favor de persona distinta del titular registral, habiéndose producido varias transmisiones no inscritas entre ellos.

Doctrinalmente, ha sido objeto de debate si la reanudación de tracto puede realizarse por procedimiento distinto del expresamente previsto para ello, en concreto, mediante procedimiento declarativo. Para la Dirección, a través de juicio declarativo puede realizarse cualquier modificación de los asientos del Registro, siempre que se haya seguido contra el titular registral. De hecho, el juicio declarativo, a falta de aportación de los títulos intermedios, es la única forma de rectificación, cuando el adquirente es causahabiente directo del titular registral. Eso sí, la sentencia declarativa solo valdrá para reanudar el tracto cuando hayan sido demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron, y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante, y cuando se declare la realidad, validez y eficacia de todos los títulos traslativos intermedios.

En el supuesto resuelto, se ha demandado a todas las personas exigidas y, aunque no se formula expresamente la reseñada declaración de validez de los títulos intermedios, la declaración del fallo necesariamente se fundamenta en ella, máxime teniendo en cuenta que los titulares de una mitad indivisa de la finca no solo se personaron en el procedimiento, sino que se opusieron a las pretensiones del demandante, alegando ser dueños de la totalidad.

Resolución de 18 de junio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9064)

En su día, se presentó una certificación administrativa del acta de adjudicación en un procedimiento de apremio administrativo, cuya inscripción se denegó (entre otros defectos) por estar la finca inscrita a nombre de tercero que no intervino en el procedimiento. Ahora se solicita que se tome anotación preventiva por defecto subsanable. La Dirección lo deniega.

Las dos finalidades de la anotación por defecto subsanable son: otorgar un mayor margen de tiempo para subsanar defectos, sin per-

der la prioridad registral, y hacer constar en el Registro un adelanto del asiento definitivo para el caso de que se subsanen los defectos. Considerando el evidente carácter insubsanable del defecto de falta de tracto, carece de sentido una anotación que no va a poder cumplir ninguna de las dos finalidades concebidas por el legislador.

Resolución de 17 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10270)

Deniega la inscripción de una sentencia firme dictada en procedimiento judicial ordinario seguido contra personas distintas del titular registral, por la que se declara la adquisición del dominio por usucapión a favor del demandante.

URBANISMO

Resolución de 28 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7421)

En 2004 se otorgó escritura de aportación a gananciales de una finca, la cual después fue aportada a un expediente de reparcelación, que consta aprobado e inscrito. Ahora se pretende la inscripción de la aportación a gananciales, respecto de la cual entiende el Registrador que tiene por objeto una finca (la de origen) cuyo folio registral está hoy cerrado.

No obstante, la Dirección admite la inscripción. Ciertamente, una vez inscrita la reparcelación, concluye la situación transitoria regulada por el artículo 54 LS y se cancelan los asientos de las fincas de origen, completándose así registralmente el proceso de subrogación real entre las antiguas y las nuevas parcelas. Pero la Dirección ha permitido (Resolución de 3 de octubre de 2008) la práctica de asientos sobre las fincas de resultado cuando los títulos presentados se referían a las fincas de origen y existía una perfecta correspondencia entre las fincas, como ocurre en el supuesto resuelto.

Resolución de 30 de junio de 2015 (BOE 191, 11-VIII-15: 9014)

En un proceso contencioso-administrativo instado por los propietarios de un edificio contra el Ayuntamiento y la comunidad autónoma, se obtuvo sentencia firme que anulaba parcialmente el Plan General. Mediante un posterior auto de ejecución de sentencia, se declara la inejecutabilidad legal y material de la misma, y se reconoce a los propietarios indemnización por dos conceptos: por la imposibilidad de ejecución y por el valor del edificio, si se vieran finalmente privados del mismo por no aprobarse un nuevo planeamiento, situación que se equipara materialmente a una expropiación. Posteriormente, se otorga una escritura donde los propietarios declaran haber recibido del Ayuntamiento el 50 % de la indemnización total finalmente pertinente, y el otro 50 % de la Generalitat, y en contraprestación ceden, solo al Ayuntamiento, una parte del aprovechamiento urbanístico que les pudiera corresponder según el futuro planeamiento. Ahora se pretende la inscripción de una escritura por la que los propietarios, según dicen, en cumplimiento del auto reseñado, ceden al Ayuntamiento el solar resultante del derribo del edificio.

La Dirección lo deniega. La transmisión de dominio objeto de calificación no trae causa del auto de ejecución, sino que deriva de un acuerdo o convenio entre los propietarios y el Ayuntamiento, liberatorio de la futura reparcelación. Este convenio debería cumplir los requisitos de la adicional cuarta de la Ley Valenciana 16/2005, que presupone un trámite de información pública y la aprobación firme por el Ayuntamiento. Además, es preceptiva la intervención



de la Generalitat, que ha satisfecho el 50 % de la indemnización que es contraprestación de la transmisión dominical.

Resolución de 6 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9082)

Mediante Resolución de 8 de julio de 2013 (BOE 187, 6-VIII-13: 8673), la Dirección denegó la inscripción de la certificación de un acuerdo municipal, por el que se daba cumplimiento a una sentencia firme, en la que se rectificó una reparcelación inscrita y se ordenó segregar terreno de una finca registral y agruparla a otra, para conseguir la superficie mínima exigida por el planeamiento. Se entendió entonces que las modificaciones que se pretendían introducir en el proyecto de reparcelación inscrito excedían de meras rectificaciones de errores materiales o meras previsiones complementarias, y que el artículo 51-7 LS permite inscribir una sentencia anulatoria como la del supuesto, pero siempre que se concrete en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento. En el caso entonces resuelto, aunque los titulares registrales, al iniciar el procedimiento, habían sido citados, no constaba que los titulares actuales (herederos de aquellos) hubieran tenido conocimiento del mismo, ni a través de la anotación preventiva de la demanda, ni a través del emplazamiento en los procedimientos administrativo y judicial. Por otro lado, también se señaló como defecto que las fincas agrupadas pertenecían a distintos propietarios, por lo que debería determinarse la participación de cada uno en la finca resultante, mediante acuerdo de todos ellos (artículos 45 y 54 RH).

Ahora la Dirección admite la inscripción del mismo título, porque se presenta complementado con un decreto aclaratorio del inicial acuerdo municipal, mediante el cual: se modifica la titularidad de la finca resultante de la agrupación, teniendo en cuenta la sucesión hereditaria acaecida; se notifica todo lo actuado a los herederos como nuevos titulares, y se determinan las nuevas cuotas de propiedad, las cuales, si bien no son objeto de consentimiento expreso de los titulares (como exigía el Registrador), se hace conforme a las reglas del proyecto, basadas en la subrogación real y la correspondencia de derechos, sobre la base de la proporcionalidad directa entre el aprovechamiento de la finca adjudicada a cada propietario y la superficie de su finca originaria.

Resolución de 7 de julio de 2015 (BOE 192, 12-VIII-15: 9088)

Se presenta solicitud de prórroga de afecciones urbanísticas derivadas de procedimiento de equidistribución. Vigente el asiento de

presentación, se aporta un segundo documento solicitando la práctica de nuevas notas de afección y no prórroga de las anteriores. La Dirección confirma la calificación negativa, que exige que se aporte certificación de aprobación firme por la Administración actuante recaída en procedimiento en el cual se haya respetado la posición jurídica de los implicados y con cumplimiento de los demás requisitos legales.

USUCAPIÓN

Resolución de 28 de mayo de 2015 (BOE 158, 3-VII-15: 7420)

Admite la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio para reanudación de tracto, que, a pesar de no estimar acreditadas todas las transmisiones que conectan al titular registral con los promotores del expediente, considera justificada la adquisición por estos del dominio mediante usucapión con todos los requisitos del artículo 1959 CC. La calificación recurrida, que exigía acudir al juicio declarativo ordinario para declarar la usucapión, entra en el fondo de la resolución judicial.

Resolución de 17 de julio de 2015 (BOE 229, 24-IX-15: 10272)

Se refiere a la inscripción de una sentencia declarativa de la adquisición del dominio por prescripción extraordinaria. En general, para la inscripción de este tipo de sentencias, el procedimiento deberá entablarse contra el titular registral, pero no será necesario acreditar la existencia o validez de los títulos de los hipotéticos adquirentes posteriores, pues, precisamente, esta modalidad de usucapión no precisa buena fe ni justo título, sino solo acreditar la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

No obstante, la Dirección deniega la inscripción por otros defectos: habiéndose seguido el procedimiento contra la herencia yacente del titular registral, debería haberse nombrado un defensor judicial; no se acredita el transcurso de los plazos legales para que una sentencia dictada en rebeldía pueda inscribirse; la finca se describe solo por referencia a sus datos de inscripción registral, pero sin datos descriptivos que permitan al Registrador establecer de manera indubitada la correspondencia entre la finca del procedimiento y la inscrita, y tampoco se acredita el cumplimiento de los requisitos que permitan levantar el cierre registral en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

COMUNIDAD POR TURNOS

La renuncia unilateral a un turno es inscribible en el Registro de la Propiedad y produce el acrecimiento del turno a favor de los restantes propietarios, salvo que renuncien al mismo, pero el acrecimiento no puede inscribirse sin el consentimiento de estos. La misma doctrina es aplicable para la propiedad horizontal

Resolución 975/2015, de 21 de abril (DOGC 18 de mayo de 2015).

RESUMEN: En 1991 se constituye una comunidad por turnos sobre parte de un edificio situado en Cataluña. En 2000 se adaptaron sus estatutos a la Ley estatal 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles para uso turístico. Ambas escrituras se inscribieron en el Registro de la Propiedad. En 2014, los dos titulares de una cuota sobre dicha comunidad renuncian en escritura pública de manera unilateral, irrevocable y gratuita a su derecho de copropiedad (es decir, a su turno), disponiendo: que la renuncia abdicativa la hacen con base en el art. 552-7 CCCat; que su renuncia comporta el acrecimiento a favor de los otros copropietarios en proporción a sus derechos sin necesidad de aceptación expresa, pero sin perjuicio de poder renunciar, y que asumen la obligación de responder de la parte proporcional de las deudas anteriores a la renuncia. En la misma escritura, requieren al Notario autorizante para que notifique la renuncia a la sociedad administradora de la multipropiedad y al Presidente de la comunidad, notificación que consta recibida por sus destinatarios.

La Registradora de la Propiedad suspende la inscripción de la renuncia y del acrecimiento por faltar el consentimiento de todos los

restantes copropietarios o copartícipes del inmueble. El Presidente de la comunidad no acepta la renuncia e informa de que los renunciantes están en mora con la comunidad. La Registradora alega en su informe que el art. 552-7 CCCat está incluido en el capítulo que regula la comunidad ordinaria y no es aplicable a la comunidad por turnos; que es necesario el consentimiento de los restantes titulares registrales para que tenga lugar el acrecimiento a su favor, ya que les produce el perjuicio de incrementar sus gastos, y que nadie puede desprenderse unilateralmente de un derecho que comporta obligaciones *propter rem*, incardinadas en una relación jurídica más amplia (RDGRN de 21 de octubre de 2014).

La DGDEJ resuelve que debe inscribirse la renuncia, pero no el acrecimiento a favor de los restantes copropietarios. En primer lugar (FD 1.2), declara aplicable el CCCat, aunque la escritura de constitución del inmueble en régimen de comunidad por turnos se haya otorgado en 1991, pues, por una parte, las disposiciones de aquel cuerpo legal se aplican a todos los derechos reales cualquiera que sea la fecha en que se hayan constituido (así lo deduce, a falta de una norma general que lo disponga, del conjunto de las disposiciones transitorias de la Ley 5/2006), y, por otra, porque, según el art. 111-5 CCCat, las disposiciones del Derecho Civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras.

A continuación (FD 1.3), considera que el ordenamiento jurídico civil catalán permite la renuncia al derecho de propiedad. Así lo deduce del art. 532-4 CCCat, que regula la renuncia de los titulares como causa general de extinción de los derechos reales, del principio de libertad civil recogido por el art. 111-6 CCCat y del principio de que «nadie puede ser obligado a ser titular de derechos contra su



voluntad». Y añade: «Para la ley catalana, la renuncia tiene que ser unilateral y espontánea, es decir, no es la renuncia traslativa, que no extingue el derecho, ni la bilateral, que debe reconducirse a otras figuras jurídicas, como puede ser el caso de la redención. La renuncia es un negocio de disposición, pero no necesita, a priori, ni el conocimiento ni el consentimiento de otras personas, ni siquiera de las que pueden resultar favorecidas. Ahora bien, no es oponible a terceras personas que puedan resultar perjudicadas».

En cuanto a los efectos de la renuncia, el FD 2.2 explica que, según el art. 543-1 CCCat, si afecta al derecho de propiedad sobre un bien mueble, este queda abandonado, mientras que si se trata de un inmueble, queda vacante. En el primer caso, puede ser objeto de ocupación; en el segundo, el inmueble pasa a formar parte de los bienes patrimoniales del Estado (art. 17 de la Ley 33/2003, del patrimonio de las Administraciones Públicas), sin perjuicio de la usucapión. Si se renuncia a una cuota o participación indivisa que se tiene en comunidad ordinaria (FD 2.3), acrece a los demás titulares en proporción a sus derechos, sin que sea necesario su consentimiento, aunque pueden renunciar al acrecimiento (art. 552-5.2 CCCat), renuncia que, por exigencia del principio de la buena fe (art. 111-7 CCCat), no considera oponible a los otros cotitulares mientras no se les notifique.

En el FD 2.4, la DG hace un examen especial de la renuncia «sobre un elemento privativo de la propiedad horizontal», pues entiende que dicho elemento privativo acrece al resto de los propietarios del inmueble, con base en la naturaleza de la cuota de participación como módulo para determinar los derechos de los propietarios en caso de extinción del régimen y en que la propiedad horizontal no deja de ser una comunidad. De entrada, admite la renuncia, pese al silencio de la ley al respecto y a la naturaleza especial de la propiedad horizontal, que excluye la acción de división y los derechos de preferente adquisición; se basa para admitir la renuncia en que ningún precepto legal la excluye y en el principio de libertad civil. Por este motivo, y por las dificultades prácticas que conllevaría, descarta considerar la renuncia como un acto de modificación del título de la propiedad horizontal, lo que exigiría el acuerdo (unánime o de la mayoría cualificada) de los restantes propietarios para su conversión en un elemento privativo de uso común o en elemento común. Admitida la eficacia de la renuncia unilateral, la DG admite la posibilidad de que conlleve la conversión directa del departamento a cuya propiedad se renuncia en elemento privativo de uso común, sin modificación de cuotas y sin perjuicio de la facultad de los restantes propietarios de renunciar a su cuota concreta en dicho elemento.

En el caso de la comunidad por turnos regulada en el CCCat, en el FD 2.5 propone «reconducir fácilmente la solución a la misma que hemos propuesto en el caso de la propiedad horizontal: el turno renunciado acrecerá a los titulares de los otros turnos en proporción a su cuota y tendrá naturaleza de turno de uso común o procomunal y la renuncia se tendrá que notificar estrictamente al Presidente de la comunidad». No obstante, en el FD 2.6 entiende que «si se trata del aprovechamiento por turnos sobre un edificio o un conjunto inmobiliario para la explotación turística o de vacaciones por temporada, de acuerdo con el artículo 554-2.4 de nuestro Código, se tiene que regir necesariamente por las normas del contrato de aprovechamiento por turnos que regula, hoy, la Ley 4/2012, de 6 de julio, [...] y antes, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre [...]. Si de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de 1998 el derecho era limitado en el tiempo y se extinguía por el transcurso del tiempo sin posibilidad por parte de sus titulares de pedir ninguna compensación,

debemos entender que, en caso de renuncia, el turno renunciado retorna a la empresa promotora propietaria del edificio». Y entiende que la nueva Ley 4/2012 no contradice dicha conclusión, pues configura el derecho de aprovechamiento por turnos como un conjunto de simples derechos reales temporales en cosa ajena. Sin embargo, en el FD 2.7, la DG señala que este no es el caso del supuesto de hecho que resuelve, puesto que el derecho al que se renuncia está configurado como una participación indivisa de la propiedad de un apartamento, constituido antes de la Ley de 1998, sin limitación de tiempo ni titular del edificio, por lo que, concluye, la adaptación estatutaria a dicha ley fue parcial y el condominio subsistente debe considerarse como una forma atípica de comunidad especial de bienes que no se puede reconducir directamente a la normativa estatal del aprovechamiento por turnos, ni a la catalana de la comunidad por turnos, pero a la que se puede aplicar, según la DG, el criterio indicado en el FD 2.5 de que el derecho renunciado acrece a los propietarios de los otros turnos.

Por consiguiente, la DG, en el FD 3, se declara favorable, en el caso que nos ocupa, a la inscripción de la renuncia, pero no a la del acrecimiento a favor de los restantes copropietarios, «mientras no se acrediten las circunstancias que hacen efectivo el llamamiento y su aceptación».

COMENTARIO: El interés de esta resolución se centra más en las consideraciones que hace sobre la renuncia a una propiedad sujeta al régimen de propiedad horizontal que en la de la comunidad por turnos (pues contempla una situación de comunidad relativamente atípica). El CCCat no regula la renuncia en sede de propiedad horizontal y, ante ello, la DGDEJ aplica las normas de la comunidad ordinaria (art. 552-5.2 CCCat) de una manera que no comparto. En primer lugar, porque el CCCat no dispone que las normas de la comunidad ordinaria sean supletorias de las de la propiedad horizontal; el art. 551-2.2 CCCat establece: «La comunidad bajo el régimen de propiedad horizontal se rige por su título de constitución, que debe adecuarse a las disposiciones del capítulo III». En segundo lugar, porque comunidad ordinaria y propiedad horizontal tienen pocos puntos de conexión, pese a que el CCCat regule la propiedad horizontal dentro del Título dedicado a las «situaciones de comunidad», no a las formas o variedades de comunidad. Y es que la propiedad horizontal, contra lo que mantiene la DG, no es una comunidad, ni siquiera una comunidad especial. Y así lo viene a reconocer el art. 553-1.1 CCCat, al definir la propiedad horizontal diciendo: «El régimen jurídico de la propiedad horizontal confiere a los propietarios el derecho de propiedad en exclusiva sobre los elementos privativos y en comunidad con los demás en los elementos comunes». Nótese que solo existe comunidad en relación con los elementos comunes. De ahí a afirmar que el régimen de la propiedad horizontal es una forma de comunidad, hay un largo trecho, pues supone olvidar el derecho de propiedad exclusivo sobre los bienes privativos. Lo que se puede afirmar es que en el régimen de la propiedad horizontal existe una «situación de comunidad» sobre los elementos comunes, pero nada más. La cuota de participación en los elementos comunes no es una cuota de copropiedad sobre el edificio, aunque, en caso de extinción del régimen, sirva como módulo o referencia de los derechos de los propietarios, pero solo en caso de extinción del régimen; mientras este subsista, simplemente «determina y concreta la relación de los derechos sobre los bienes privativos con los derechos sobre los bienes comunes» (art. 553-3.1.a CCCat).

Además, la naturaleza jurídica de la comunidad ordinaria es muy distinta a la de la propiedad horizontal. En la comunidad ordinaria,



Resoluciones

hay una vocación intrínseca de los copropietarios a la propiedad de la totalidad de la cosa que no existe en la propiedad horizontal. La propia ley lo reconoce así, al excluir en la propiedad horizontal los derechos de tanteo y retracto, característicos de la comunidad ordinaria y que son consecuencia de dicha vocación. Esta vocación intrínseca en la comunidad ordinaria justifica que, en caso de renuncia de un copropietario a su porción, esta acrezca a los restantes copropietarios, como establece la ley, lo cual no dispone para la propiedad horizontal. Por otra parte, en caso de renuncia de un propietario en régimen de propiedad horizontal (obsérvese que el art. 553 CCCat no habla en ningún momento de *copropietarios*, ni siquiera al regular los elementos comunes), tampoco debería considerarse que su derecho sobre los elementos comunes acrece a los restantes propietarios, pues tal derecho es inseparable del de propiedad exclusiva sobre los elementos privativos; por ello, no puede hablarse, como hace la DG, de «*renuncia sobre un elemento privativo*», sino de renuncia al derecho de propiedad.

Por lo tanto, la renuncia en sede de propiedad horizontal debe tener el mismo trato que la renuncia al derecho de propiedad, por lo que se producirán los efectos del abandono de bienes inmuebles, por lo que pasará a ser propiedad de la Administración General del Estado por ministerio de la ley (art. 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas). Previamente, para que la renuncia y el consiguiente abandono sean efectivos, los propietarios deberán abandonar la posesión del inmueble (art. 543-1 CCCat).

Tras la publicación de esta resolución, ha entrado en vigor la Ley 5/2015, de 13 de mayo, que modifica la regulación de la propiedad horizontal, en la que se ha introducido como art. 2 un precepto que da una nueva redacción al art. 551-2 CCCat, que empieza diciendo: «La *comunidad* en régimen de propiedad horizontal se rige por el título de constitución, que debe adecuarse a lo establecido por el capítulo III». Por las razones que he expuesto, considero desafortunado el uso de la palabra *comunidad* en este precepto, máxime cuando a lo largo de todo el articulado del art. 553 CCCat no se utiliza dicho término.

CENSOS

No se pueden practicar asientos relativos a un derecho de censo que recaiga sobre varias fincas, si no se ha inscrito su división entre estas

Resolución JUS/1229/2015, de 14 de mayo (DOGC 16 de junio de 2015).

RESUMEN: Los censualistas titulares de varios censos que recaen sobre diversas fincas y que no fueron divididos entre ellas solicitan del Registro de la Propiedad la constancia de sus domicilios a efectos de notificaciones. La Registradora deniega la práctica de los asientos solicitados, por considerar que dichos censos están extinguidos por ministerio de la ley, al ser anteriores a la Ley de Censos de 1990 y no haberse dividido entre las diversas fincas a las que afectan conforme a las disp. trans. 3.ª de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de censos, y 13.ª de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del Código Civil.

La DGDEJ confirma la nota de calificación, por aplicación de las normas citadas. Después de examinar la doctrina de la Presidencia del TSJC sobre la cuestión y la problemática surgida a raíz de la disp. trans. 3.ª de la Ley 6/1990, que no previó la posibilidad de la existencia de censos divididos cuya división no hubiera tenido acceso

al Registro, considera que la disp. trans. 13.ª de la Ley 5/2006 llenó esta laguna, al establecer un plazo de un año a contar desde su entrada en vigor para que la escritura de división de dichos censos se inscribiera, bajo la sanción de su extinción y cierre registral y con la posibilidad de solicitar su cancelación a instancias del propietario de la finca. Así pues, concluye la DG (FD 2.6) que, desde el 1 de julio de 2007, dichos censos se pueden cancelar por simple instancia del propietario, lo que constituye una sanción civil a un incumplimiento reiterado a lo largo de sesenta años, desde la Ley de Censos de 1945 (art. 3), a la obligación de dividir los censos (FD 2.7). Tampoco se pueden considerar como censos sin pensión (como pretenden los censualistas) al amparo del art. 11 de la Ley de 1945, pues este precepto se aplica al supuesto de que, habiéndose practicado la división, se haya omitido de ella alguna de las fincas gravadas, mientras que, en el caso que nos ocupa, no ha habido división y las disposiciones transitorias citadas son taxativas al respecto.

Por consiguiente, resolviendo la cuestión planteada, tampoco se pueden practicar nuevos asientos registrales relativos al derecho de censo, salvo el de su cancelación, como establece expresamente la propia disp. trans. 13.ª de la Ley 5/2006 (FD 3.2).

COMENTARIO: Quizás el caso es más intrincado de lo que parece resultar de los fundamentos de derecho de la resolución, como se aprecia en las alegaciones de los recurrentes, extensamente recogidas en la relación de hechos. El hecho de tratarse de varios censos que recaen, a su vez, sobre varias fincas (no un censo por finca, ni una finca por censo), algunas de las fincas habiendo sido segregadas sucesivamente, otras siendo objeto de reparcelación, algunos de los censos habiendo sido cancelados respecto de algunas de las fincas segregadas, otros habiendo sido efectivamente divididos, habiendo asientos registrales que no debían haberse practicado por la falta de división, etc., habría hecho quizás necesario una fundamentación mucho más pormenorizada, que, sin embargo, habría añadido poco a la resolución y la habría complicado innecesariamente.

A la postre, la DGDEJ aplica correctamente la voluntad que ha movido en repetidas ocasiones al legislador a «limpiar» el Registro de la Propiedad de derechos en su inmensa mayoría extintos por falta de ejercicio durante muchos años, y que intentan ser «resucitados» por sus supuestos titulares únicamente con la finalidad de lucrarse por prestar consentimiento a su extinción formal mediante la redención. La última muestra de esta voluntad legal es la modificación del art. 565-11.1 CCCat mediante la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del CCCat, en el sentido de introducir explícitamente como causa de extinción del censo la falta de ejercicio de las pretensiones del censalista durante un plazo de diez años, norma que, conforme a la disp. final 3.ª de dicha Ley, se aplica a todos los censos, cualquiera que sea la fecha de su constitución.

CANCELACIÓN DE HIPOTECA POR CADUCIDAD

El propietario puede solicitar la cancelación de la inscripción de hipoteca, transcurridos veinte años (y no diez) desde su vencimiento

Resolución JUS/1246/2015, de 14 de mayo (DOGC 18 de junio de 2015).

RESUMEN: Se solicita por instancia la cancelación de una hipoteca por prescripción al haber transcurrido más de diez años desde



el vencimiento de la obligación en cuya garantía se constituyó, con base en el art. 121-20 CCCat. La Registradora de la Propiedad deniega la práctica del asiento, por entender que debe aplicarse el plazo especial de veinte años que establece el art. 128 LH (que aún no ha transcurrido), conforme a la excepción que el art. 121-20 CCCat establece para los casos en que las leyes especiales prevean un plazo distinto de prescripción. El solicitante recurre la nota de calificación argumentando que la excepción del art. 121-20 CCCat solo se refiere a las leyes especiales catalanas, que la norma general de los diez años no excluye a la acción hipotecaria y que no cabe la aplicación supletoria del CC español con base en el art. 111-5 CCCat.

La DGDEJ desestima el recurso y confirma la nota de calificación. En primer lugar, intenta aclarar la expresión «*leyes especiales*» que establece el art. 121-20 CCCat, para diferenciarla de los «*plazos especiales*» de los arts. 121-21 y 121-22 y de los «*plazos excepcionales*» que establecía el art. 344 CDCC. Si entiendo bien la argumentación, distingue entre «*plazos especiales*», que son los regulados por los arts. 121-21 y 121-22 CCCat y se aplican solo a las pretensiones que estos preceptos prevén, y «*plazos excepcionales*», que son los que recogen las «*leyes especiales*» a que se refiere el art. 121-20 CCCat y se aplican a toda clase de pretensiones. Concluye, por tanto, que «*la referencia del art. 121-20 del Código civil de Cataluña comprende cualesquiera leyes vigentes y aplicables en Cataluña, catalanas o estatales, civiles o no civiles, que regulen pretensiones de cualquier clase, siempre que no se trate de las pretensiones especiales que, por razón de la materia, regulan expresamente los artículos 121-21 y 121-22 del Código civil de Cataluña. Dentro de estas pretensiones “de cualquier clase”, se encuentra la denominada acción hipotecaria [...] no sujeta a un plazo especial por razón de la materia, [por lo que] su ejercicio no está sujeto al plazo de diez años del artículo 121-20 del Código civil de Cataluña, por establecerlo así el art. 128 de la Ley Hipotecaria, que es una “ley civil especial” estatal, vigente y aplicable en Cataluña*» (FD 4).

Incidiendo en este último inciso, aclara que «*eso no quiere decir que el artículo 121-20 del Código civil de Catalunya no sea aplicable [...] a este supuesto, como afirma la Registradora interina: precisamente porque lo es y porque permite la aplicación de plazos excepcionales regulados por leyes especiales, es por lo que el ejercicio de la acción hipotecaria se sujeta al plazo de 20 años del artículo 128 LH. Por eso, la existencia de este plazo y su aplicación a Cataluña, por más que estén recogidos en una ley estatal, no desvirtúan ni contradicen la “aplicación preferente” de la legislación catalana [art. 111-5 CCCat], porque es ella misma —mediante el artículo 121-20 del Código civil de Cataluña— la que, en virtud de su preferencia, lo permite*» (FD 5). Finalmente, se remite a la RDGDEJ JUS/1694/2014, de 7 de julio, en la que estableció los criterios que se aplican en la presente.

COMENTARIO: La resolución que hemos resumido (y de la que anticipo que discrepo) sigue, pues, la doctrina que ya sentó la DGDEJ en la de 7 de julio de 2014. En ambas se trata de una cuestión registral: la cancelación de la inscripción del derecho real de hipoteca. Por lo tanto, no estamos ante una cuestión de Derecho sustantivo, sino adjetivo, respecto de la cual debe aplicarse la Ley Hipotecaria. Por ello, el precepto a aplicar, en primer lugar, a este caso no es el art. 128 LH («*La acción hipotecaria prescribirá a los veinte años, contados desde que pueda ser ejercitada*»), sino el art. 82.5 LH (que la resolución no cita): «*A solicitud del titular registral [...] podrá procederse a la cancelación [...] de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación [...] cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil*

aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías».

El art. 82.5 LH no está estableciendo un plazo de prescripción, que no puede ser apreciada por el Registrador, sino de caducidad del asiento, cuya cancelación no implica ni la extinción del derecho garantizado, ni tan siquiera la de la garantía, pues la cancelación, a diferencia de la inscripción de la constitución, no tiene eficacia constitutiva, por lo que el derecho de hipoteca puede subsistir pese a haber sido cancelado (FERRER, «Los efectos de la prescripción en el Derecho Civil de Cataluña», en *InDret*, n.º 2/2003, págs. 20 y 21).

Lo que sucede es que el art. 82.5 LH remite, para determinar el plazo de caducidad del asiento y permitir su cancelación a instancias del propietario, a «*la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías*». Por lo tanto, y debido al principio de aplicación preferente del art. 111-5 CCCat, debería aplicarse, en primer término, la legislación civil catalana, si regula la prescripción de la acción hipotecaria. El art. 121-1 CCCat, que es el que inicia el capítulo dedicado a la regulación de la prescripción, dispone, en su primer inciso, que «*la prescripción extingue las pretensiones relativas a derechos disponibles, tanto si se ejercen en forma de acción como si se ejercen en forma de excepción*». De este precepto, resulta una línea causal entre los conceptos *derecho*, *pretensión* y *acción* (o *excepción*), de manera que la acción resulta de una pretensión que, a su vez, resulta de un derecho disponible. Los plazos de extinción de estas instituciones no tienen por qué coincidir y, muchas veces, no lo hacen. De hecho, en materia de prescripción, en el Derecho común no coinciden, pues el art. 1964 CC establece un plazo de prescripción distinto para los derechos personales (15 años) y para la acción hipotecaria (20 años), cuando se supone que la acción hipotecaria es accesoria del derecho que garantiza. En el CCCat no se da este desfase, pues el art. 121-8.2 dispone que «*la extinción por prescripción de la pretensión principal se extiende a las garantías accesorias, aunque no haya transcurrido el plazo propio de prescripción*».

Por lo tanto, existe en Cataluña una regulación propia del derecho real de hipoteca y una regulación propia de la prescripción que se aplica a las pretensiones («*de cualquier clase*», art. 121-20 CCCat) que se ejerciten en forma de acción o excepción (art. 121-1 CCCat) y, además, un precepto del que resulta que la acción hipotecaria se extingue por prescripción de la pretensión principal (art. 121-8 CCCat). No entiendo, pues, que debamos acudir al art. 128 LH o al art. 1964 CC, cuando la propia Ley Hipotecaria tiene un precepto, el art. 82.5, que es el principal en la cuestión adjetiva que nos ocupa, el cual remite, para la cancelación del asiento del derecho real de hipoteca, a la legislación civil aplicable y no al propio art. 128 LH.

La construcción que elabora la resolución que comentamos, y que distingue entre los plazos especiales de los arts. 121-21 y 121-22 CCCat y los plazos excepcionales de las leyes especiales a que se refiere el art. 121-20 CCCat, no tiene base legal ni doctrinal alguna y es artificiosa, ya que no cabe duda de que los plazos «especiales» de los arts. 121-21 y 121-22 CCCat son también «excepcionales», pues suponen una excepción al plazo general del art. 121-20 CCCat.

En conclusión, creo que debería aplicarse al caso que nos concierne el plazo de caducidad de diez años derivado del plazo de prescripción general del art. 121-20 CCCat, salvo que, por la clase de la obligación principal garantizada con la hipoteca (que no se especifica en la resolución), sean de aplicación los plazos especiales



Resoluciones

o excepcionales más breves de los arts. 121-21 y 121-22 CCCat. A dichos plazos, se les debe añadir el adicional de un año, previsto por el inciso final del art. 82.5 LH.

DERECHO DE VUELO Y PROPIEDAD HORIZONTAL

La declaración de obra nueva resultante del ejercicio de un derecho de vuelo que no figura inscrito en el folio de la finca matriz de un edificio en régimen de propiedad horizontal no es inscribible sin el consentimiento de todos los propietarios

Resolución JUS/1315/2015, de 14 de mayo (DOGC de 22 de junio de 2015).

RESUMEN: En el Registro de la Propiedad, figura inscrito un edificio constituido desde 1970 en régimen de propiedad horizontal y compuesto por cuatro entidades. En la descripción de la entidad número uno, consta como derecho exclusivo anexo a la misma el de elevar nuevas plantas. Este derecho de vuelo no figura en la inscripción matriz de obra nueva y división horizontal del edificio, solo en la descripción de la entidad número uno.

En 2014, los propietarios de esta entidad otorgan escritura de ampliación de obra nueva, en ejercicio del derecho de vuelo, declarando una nueva planta sobre las existentes, sin crear una entidad independiente, sino como anexo de la entidad número uno. A consecuencia de la ampliación, describen nuevamente dicha entidad y también la totalidad del edificio, sin modificar las cuotas de participación en la propiedad horizontal.

Según la resolución, el Registrador de la Propiedad suspende la inscripción de la escritura «por no fijarse una nueva cuota al elemento del que depende el anexo que se construye, el cual considera, en realidad, un nuevo piso», fijación que requiere acuerdo unánime de los propietarios.

La DGDEJ confirma la nota de calificación, aunque no por los motivos alegados por el Registrador, sino porque considera que, en el caso que nos concierne, no se previó ninguna autorización para que, al ejercitarse el derecho de vuelo, se pudiera modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal sin el consentimiento de los demás propietarios del edificio, como exige el art. 553-10 CCCat.

Para llegar a esta conclusión, la DG entiende que, pese a haberse otorgado e inscrito la escritura de propiedad horizontal y el derecho de vuelo en 1970, es aplicable, para la propiedad horizontal, el Libro V del CCCat, en virtud de la disp. trans. 6.ª de la Ley 5/2006, por la que los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal antes de la ley se rigen íntegramente por esta. Y ello pese a que el derecho de vuelo, en virtud de la disp. trans. 17.ª de dicha Ley, se rija por la normativa anterior; el ejercicio del derecho de vuelo comporta necesariamente la modificación del título de constitución de la propiedad horizontal, y, por ello: a) debe aplicarse el art. 553-10 CCCat, incluso aunque se oponga a las normas que consten inscritas en el Registro (FD 3.5), y b) no es aplicable el art. 567-5.3 CCCat, que permite al titular del derecho de vuelo describir de nuevo el edificio sin el consentimiento del resto de propietarios (FD 4.1).

El art. 553-10.1 CCCat exige el acuerdo de la junta de propietarios para modificar el título de constitución, y el art. 553-10.2.a recoge una excepción a esta norma para el caso de que se ejercite un dere-

cho de vuelo «si se ha previsto así al constituir el régimen o el derecho», requisito que no se cumple en el caso que nos ocupa (FD 4.1). Argumenta la DG que los demás propietarios «solo han de entenderse vinculados a las normas pactadas e inscritas en el folio del edificio en el momento de la constitución del régimen, no las expresiones descriptivas de algún departamento del edificio que solo constan inscritas en el folio del mencionado departamento y que no pueden ser conocidas por el resto de propietarios [...] la sola previsión en la descripción de un departamento, como anexo, de un derecho de vuelo, que no consta inscrito en el folio de la finca matriz, en el que ni siquiera se prevé ninguna autorización unilateral a ningún propietario para modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal, no tiene virtualidad suficiente para poder invocar la aplicación del pacto expreso al cual se refiere el artículo 553-10.2.a) del CCCat. [...] Llegados a este punto, es ocioso pronunciarse ahora si se tendrá que modificar la cuota del departamento número uno como consecuencia del ejercicio del derecho de vuelo, porque la sola redesccripción del edificio ya comporta la necesidad del consentimiento de las personas legitimadas para modificar el título de constitución de la propiedad horizontal. En definitiva, del mismo precepto legal en que fundamenta el Registrador de la Propiedad su nota, el artículo 553-10.2.a), resulta inequívocamente que no solo para modificar las cuotas, sino para cualquier modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal hace falta el consentimiento de la junta de propietarios».

COMENTARIO: Con base en esta última consideración, entiendo que no puede inscribirse sin el consentimiento de los demás propietarios ni la nueva descripción del edificio, ni la declaración de la ampliación de obra nueva, pues la modificación de la descripción de un elemento privativo implica la modificación del título constitutivo. El elemento determinante de este recurso es que el derecho de vuelo no constase inscrito en el folio de la finca matriz de la propiedad horizontal, por ello carece de interés general. Aunque figurase inscrito en el Registro, el hecho de constar solamente en la descripción del elemento privativo le priva del elemento de publicidad que pudiera oponer la modificación del título constitutivo (que conllevaría su inscripción) a terceros adquirentes de otros elementos privativos, a quienes no se les puede exigir el conocimiento de las inscripciones de estos (sin perjuicio de los efectos civiles del derecho de vuelo). Es por ello que, en la actualidad, el art. 567-3.2 CCCat exige que el derecho de vuelo conste en «cláusula separada y específica», si se constituye o reserva en el título de constitución de una propiedad horizontal. Obviamente, asimismo, deberá inscribirse en el folio de la finca matriz, como, por otra parte, habría tenido que hacerse también en 1970.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Los acuerdos que limiten las facultades de uso y disfrute de todos los propietarios sobre sus elementos privativos requieren unanimidad (junta celebrada con anterioridad a la Ley 5/2015, de 13 de mayo)

Resolución JUS/1726/2015, de 14 de julio (DOGC 31 de julio de 2015)

RESUMEN: En 2014, la junta de propietarios de un edificio tomó el acuerdo de modificar los estatutos de la comunidad, introduciendo una norma que prohibía la instalación de viviendas de uso turístico en el inmueble. El acuerdo fue votado favorablemente por propietarios que representaban un porcentaje del 40,38 % (se supone que de las cuotas), oponiéndose los propietarios que representaban



un 4,75 %. Notificado el acuerdo por burofax a los propietarios ausentes a la junta, ninguno formuló oposición al mismo.

Elevado a público el acuerdo y presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, la Registradora deniega la inscripción por «no acreditar el acuerdo unánime de la junta de propietarios del inmueble, necesario al establecerse una limitación de las facultades de goce y disfrute aplicable por igual a todos los propietarios, limitación que exige el consentimiento de todos ellos».

La DGDEJ confirma la nota de la Registradora, con base en «la interpretación conjunta de los apartados 2 y 4 del artículo 553-25 CCCat. Según el apartado 2, “hace falta el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios”, si el acuerdo modificativo no afecta a las facultades de goce y disfrute de los propietarios; en cambio, y de conformidad con el apartado 4, si el acuerdo limita o disminuye estas facultades, es necesario —en esta mayoría— el consentimiento del propietario o propietarios afectados, de manera que, si todos lo son, será necesario también que el acuerdo se adopte por unanimidad. El acuerdo de prohibir la instalación de viviendas turísticas en el inmueble propiedad de una comunidad limita o disminuye las facultades de goce y disfrute de todos los propietarios de las viviendas que constituyen el inmueble, y es aplicable por esta razón el artículo 553-25.4 CCCat, que no distingue [...] entre un goce y disfrute adquiridos por el ejercicio previo de estas facultades y un goce y disfrute potenciales, ni tampoco si estas facultades se refieren a un elemento común o a un elemento privativo, y se requiere, por lo tanto, el consentimiento de todos los copropietarios para aprobar el acuerdo». Tampoco admite la DG, como pretende el recurrente, que el acuerdo se inscriba sin perjuicio del derecho de los propietarios disidentes a impugnarlo, ya que, para acceder al Registro, el acuerdo debe ser válido.

COMENTARIO: Otra resolución sobre los acuerdos limitativos del uso de los elementos privativos, que se suma a las recientes RRDG-DEJ de 21 de abril de 2010, de 28 de octubre de 2013, de 9 de octubre de 2014 y de 5 de febrero de 2015. En este caso, sin embargo, el supuesto de hecho es diferente de los anteriores, pues el acuerdo no limita el uso a algunos de los propietarios, sino a todos, y algunos de ellos votaron en contra. No se especifica si el uso que se pretende prohibir (la actividad turística, nuevamente) ya se estaba ejerciendo por parte de alguno de los propietarios, ni si los que votaron en contra fueron estos (seguramente fue así). Pero la solución sería la misma: la limitación afecta a todos los propietarios y todos la tienen que consentir expresamente, conforme al art. 553-25.4 CCCat.

Debemos destacar el hecho de que la junta se celebró en 2014, antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 13 de mayo, por lo que se rige por la normativa anterior a esta ley. No obstante, dado que esta es aplicable a los inmuebles constituidos en régimen de propiedad horizontal antes de su entrada en vigor (DF 2), nada impide que la junta se pueda volver a celebrar con sujeción al nuevo régimen, en el que el art. 553-25.4 CCCat limita el consentimiento expreso de los propietarios afectados (en el caso que nos ocupa, todos) a los acuerdos «que priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes». Por lo tanto, parece que, para los que limiten el uso de los elementos privativos, basta con el régimen general de mayorías exigido para la modificación del título de constitución y de los estatutos, es decir, las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que, a su vez, representen las cuatro quintas partes de las cuotas de participación (art. 553-26.2.a CCCat), pudiendo alcanzarse dicha mayoría si el acuerdo

es tomado por la mayoría simple de los propietarios y de las cuotas participantes en la votación y, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo, se alcanza la mayoría cualificada contando como voto favorable la posición de los propietarios ausentes que, en dicho plazo, no se hayan opuesto al acuerdo mediante un escrito enviado a la Secretaría por cualquier medio fehaciente (art. 553-26.3.b CCCat).

Antes de la reforma de la Ley 5/2015, con ocasión de la problemática de los elementos privativos destinados a actividades turísticas, abordada reiteradamente por la DGDEJ, proponíamos que la nueva ley regulase de una manera clara las limitaciones que la comunidad podía establecer en relación con el uso y disfrute de los elementos privativos (*La Notaria*, n.º 3/2014, pág. 159). Es evidente que la reforma ha obviado abordar dicha problemática, salvo que interpretemos que la solución adoptada es la de permitir, en todo caso, el acuerdo adoptado por la mayoría cualificada en la forma expuesta en el párrafo anterior, lo cual no solo puede generar una indeseable inseguridad jurídica, sino que también, como indica MÍRIAM ANDERSON, es una solución absurda, pues supone limitar más el uso de los elementos privativos que el de los comunes: «Tal como ha quedado actualmente la combinación de los artículos 553-24.5 y 553-26 CCCat, parece que se puede privar de la facultad de destinar el elemento privativo a alquiler turístico (o, por qué no, si las mayorías lo permiten, a vivienda [o a notaría, digo yo]), por una mayoría de 4/5 partes de los propietarios y cuotas, incluso contra la oposición expresa de uno o diversos propietarios; en cambio, no se podría privar del uso exclusivo de un patio o de una terraza comunes si no es con el consentimiento (expreso o “legal”) del propietario afectado» (*InDret*, n.º 3/2015, págs. 12 y 13). Está claro que los propietarios afectados siempre podrán acudir a la vía judicial al amparo del art. 553-31.1 CCCat, que permite impugnar los acuerdos que impliquen un abuso de derecho o sean gravemente perjudiciales para alguno de los propietarios, pero, en el ínterin, el acuerdo será válido e inscribible en el Registro de la Propiedad. Quedamos a la espera de la próxima resolución sobre la materia tras la reforma, si algún Registrador encuentra argumentos para oponerse a la inscripción de un acuerdo de tales características.

LEGÍTIMA

Declarada inoficiosa una donación, el legitimario no puede adjudicarse la finca donada sin el consentimiento de los donatarios, pues estos pueden optar por satisfacer la legítima en dinero

Resolución JUS/1744/2015, de 14 de julio (DOGC 3 de agosto de 2015).

RESUMEN: La propietaria de la finca de que se trata la donó a su hija y al marido de esta. Anteriormente, había otorgado testamento, en el que instituyó heredero universal a su marido, sustituido vulgarmente como legatario en cuanto a dicha finca por su otro hijo. Posteriormente, otorgó otro testamento, que fue declarado judicialmente nulo por motivos que no se expresan. El marido la sobrevivió sin aceptar ni repudiar la herencia, bajo testamento en el que había nombrado heredera a su esposa, sustituida vulgarmente por su citada hija. Los padres murieron, por el orden indicado, en 2006 y 2007. La donación fue declarada inoficiosa a instancias del hermano de la heredera, quien, en 2012, otorgó por sí solo una escritura en la que declaró tomar posesión de la finca y solicitó la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad. Casi tres años después, la escritura se presenta en el Registro, donde se suspende su inscripción



Resoluciones

por no estar inscrito el inmueble a nombre de la causante, y porque el hecho de que la donación haya sido declarada inoficiosa «no permite al legatario tomar de la posesión [de la finca] por sí mismo, dado que los donatarios podrían optar por pagarle en dinero la legítima que le correspondiera».

La DGDEJ desestima el recurso (que se había dirigido a la DGRN) y confirma la nota de calificación, si bien ordena al Registrador que la notifique «inmediatamente» a los titulares registrales de la finca, pues no lo hizo en la instrucción del expediente. En el FD 1, señala la pluralidad de cuestiones que pueden resultar del supuesto en cuestión (como la eficacia o no de la sustitución vulgar en la herencia de la causante, pues el legitimario la considera eficaz, o la de la eficacia revocatoria de la donación sobre el legado anterior), pero advierte que solo se centrará en la que se plantea, la de la inoficiosidad de la donación, y sin entrar tampoco en el contenido de la sentencia que la declara, pues no se presenta para su inscripción. Así, después de hacer una amplia exposición divulgativa sobre la institución de la inoficiosidad, estima necesario que los donatarios consientan la reducción *in natura*, pues pueden evitar la pérdida de la cosa donada pagando la legítima en dinero (art. 373 CS, aplicable al presente caso, y hoy, art. 451-22 CCCat). Por otra parte, la DG califica como irrelevante la cuestión alegada por el recurrente de que el objeto de la donación había sido solo el solar de la finca, mientras que el legado incluía también una edificación sobre la misma (¿había llegado a declarar la obra nueva ante el mismo Notario?!) y un negocio que se ejercía, pues «se trata, al fin y al cabo, de una situación muy frecuente, dada la también muy frecuente falta de concordancia entre la realidad física y la registral».

COMENTARIO: Extraño supuesto en el que todo el mundo parece haber obrado con cierta desidia: el Notario, al haber autorizado una escritura claramente ineficaz; el Registrador, al no notificar la instrucción del recurso a los titulares registrales; el recurrente, al tardar tres años en presentar la escritura al Registro y dirigir el recurso a la DGRN, y, si apuramos un poco, la propia DGDEJ, al resolver una cuestión diciendo que es irrelevante. Así que, teniendo en cuenta todo ello y que estamos en agosto, este comentarista se suma a todos los anteriores y finaliza aquí este, por otra parte, sobrero comentario.

PROPIEDAD HORIZONTAL

La constitución de subcomunidades, en caso de edificios integrados por varias escaleras u otros elementos, es potestativa, pudiendo la comunidad adoptar acuerdos relativos a solo alguno de dichos elementos siguiendo las normas generales para la adopción de acuerdos

Resolución JUS/1475/2015, de 14 de julio (DOGC 4 de agosto de 2015)

RESUMEN: La comunidad de propietarios de un edificio acuerda modificar los estatutos para establecer la contribución de los propietarios de los locales comerciales de una de las escaleras del edificio a los gastos de dicha escalera, las actividades que pueden realizarse en los locales y otras normas relativas al uso de estos. Elevado a público el acuerdo, el Registrador de la Propiedad suspende la inscripción de la escritura por diez defectos, que (como los mandamientos) pueden resumirse en dos: 1) no describirse ni concretarse la finca sobre la cual se pretende la modificación de es-

tatutos, lo que impide entrar a calificar los acuerdos de la junta de propietarios; 2) no acreditarse el acuerdo de la subcomunidad de propietarios de la escalera dicha, previa modificación de las cuotas de participación en relación con dicha escalera (pues las viviendas tienen una cuota especial y los locales, no). En el informe, aclara que el edificio de referencia, que da a varias calles, está integrado por dos propiedades horizontales diferentes, y que en la escritura no se especifica a cuál de las dos se refiere el acuerdo (aunque, de la descripción registral de las fincas matrices, resulta claramente a cuál de ellas pertenece la escalera afectada, por su denominación de «F»). Al margen de la inscripción de división horizontal del edificio, consta que se han legalizado varios libros de actas, uno por cada escalera. El recurrente alega, básicamente, que no es obligatoria la constitución de subcomunidades de escalera, y que la cuota de participación en los gastos no tiene que coincidir con la de participación en los elementos comunes.

La DGDEJ desestima el recurso «por falta de identificación de la finca registral sobre la que se pretende inscribir la modificación estatutaria y por no cumplirse los requisitos legalmente exigidos por esta modificación, pero sin que sea necesario un acuerdo específico de la subcomunidad de la escalera a la que pertenecen los locales afectados».

En relación con la identificación de la finca registral sobre la que se pretende inscribir la modificación hipotecaria, echa en falta en la escritura sus datos registrales, lo que contraviene el art. 21.1 LH. Para la DG, no es solo una cuestión formal, sino también de fondo, pues el acta de la junta confunde la estructura jurídica del edificio (integrado por dos comunidades) con la estructura física o funcional, ya que habla de una junta de «presidentes» de la «mancomunidad de propietarios», como si el edificio estuviese integrado en una estructura que no consta en el Registro. Además, las dos comunidades comparten titularidad *ob rem* sobre una zona común, que es una finca registral independiente, a la cual parece que se hace referencia en el acta de la reunión de propietarios.

En el FD 2, la DG aborda la exigencia planteada por la Registradora de que a los locales no se les puede fijar una cuota de gastos (antes no contribuían a los gastos de la escalera), si previamente no se les ha asignado un coeficiente de copropiedad en la escalera a la que pertenecen, criterio que la DG no comparte (FD 2.6). También declara que la cuota de gastos no es necesario que conste en el Registro (FD 2.4); de todos modos, sí que consta en los estatutos la cláusula de exoneración de los locales en determinados gastos, por lo que declara que «la modificación estatutaria pretendida es de un alcance superior a la sola rectificación de la cuota de gastos». Además, también se limitan las actividades que se pueden llevar a cabo en los locales. Por todo ello, exige una modificación estatutaria dando cumplimiento a «todos los requisitos que la ley pide» (FD 2.4) «y se recaben los consentimientos de los propietarios de los locales que ven disminuidas sus facultades de goce y disfrute, al amparo del artículo 553-25.4 CCCat» (FD 3.2).

En relación con la exigencia del acuerdo de la subcomunidad de propietarios de la escalera afectada, la DG pone de relieve que, aunque en el Registro consta que cada escalera dispone de un libro de actas y en la nota marginal de legalización de los libros habla de «subcomunidades», lo cierto es que «no está previsto en el título de constitución que cada subcomunidad pueda adoptar acuerdos que la conciernen con independencia de las otras subcomunidades, como



así prescribe el artículo 553-51 del CCCat para que los acuerdos estén válidamente adoptados» (FD 3.2).

COMENTARIO: Sorprende que no figure en la resolución el quórum de asistencia y el resultado de la votación de la junta de propietarios que adoptó los acuerdos. No sabemos si los acuerdos se adoptaron por unanimidad (al parecer, no), si estaban presentes los propietarios de los locales afectados, si votaron en contra, si no asistieron y luego notificaron su oposición, si no asistieron y ha transcurrido el plazo legal para oponerse... Ninguna referencia a todo ello, pese a que la DG expone en la relación de hechos que la escritura incorpora el certificado del acta de la reunión. La Registradora no entró en la calificación del acuerdo, porque consideró que lo tenía que haber adoptado la subcomunidad, pero la DG reconoce la competencia de la comunidad para adoptarlo, por lo que debería entrar en dicha calificación (de hecho, lo hace, pero sin ofrecer ninguna información sobre la forma en que se adoptó el acuerdo).

Por lo demás, no tiene mayor interés doctrinal la cuestión de la identificación de la finca registral cuya modificación estatutaria se pretende, ni la exigencia del consentimiento de los propietarios afectados para la limitación del uso y disfrute de sus elementos privativos, que la DG exige en la línea de las resoluciones anteriores sobre la misma cuestión (RRDGDEJ de 21 de abril de 2010, de 28 de octubre de 2013, de 9 de octubre de 2014, de 5 de febrero de 2015 y de 14 de julio de 2015 —JUS/1726). Todas ellas se basan en la redacción del art. 553-25.4 CCCat, anterior a la Ley 5/2015, de 13 de mayo, y se rigen por la redacción antigua, pues las juntas se celebraron antes

de la entrada en vigor de la reforma. En cuanto al nuevo régimen, *vid. supra* el comentario a la RDGDEJ JUS/1726 de esta misma fecha.

En relación con la modificación de los gastos, no me queda clara la posición de la DG. Parece que exige la unanimidad, porque en los estatutos figuraba la exoneración de los locales en los gastos que ahora se les asignan, y porque, ya que es necesario el consentimiento para la limitación de actividades, no considera oportuno demorarse más en ello. Con todo, en la nueva regulación, queda claro que basta con los cuatro quintos. Tampoco se demora en argumentar por qué no es necesaria la fijación de cuotas específicas de participación en la escalera, cuando el art. 553-45.3 CCCat, que la DG no cita, parece exigirlos.

Con lo que me quedaría de esta resolución es con la doctrina de que la ley no impone la creación de subcomunidades ni siquiera en el caso de que existan *de facto*, dispongan de un libro de actas específico legalizado por el Registro y los propietarios de elementos privativos integrados en las mismas se reúnan para adoptar acuerdos. Evidentemente, estos acuerdos no podrán elevarse a público ni inscribirse en el Registro de la Propiedad mientras no sean adoptados por la junta de propietarios de la comunidad, por lo que, mientras esto no se cumpla, solo vincularán a los propietarios que los hayan adoptado y no a terceros. Cuestión distinta es si el Registrador puede legalizar un libro de actas de una subcomunidad que no existe por no estar constituida en el título de constitución de la comunidad, posibilidad que no prevé el art. 415 RH y que me parece más que dudosa.

Recensión bibliográfica

«La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria»

PROFESOR DOCTOR D. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

Ed. Dykinson, 2015. 564 páginas

Por fin le dio tiempo al legislador español de reformar la jurisdicción voluntaria en una legislatura. Habían existido algunas tentativas previas frustradas, por lo que muchos de nosotros nos frotamos los ojos cuando, por fin, el 3 de julio de 2015, vimos publicada en el *BOE* la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Ya no parábamos mientes en la tramitación parlamentaria, puesto que, siendo el fin de la legislatura tan próximo —e incierto, en estos momentos, a 8 de julio de 2015—, valía más la pena esperar a que el *BOE* nos diera una alegría por fin con la derogación de la parte más relevante —y más vetusta— todavía en vigor de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

El camino no ha sido fácil, y la ley, sin duda, no va a satisfacer a todos. En primer lugar, por la selección —siempre debatible— de los actos que han quedado reservados a esta especial «jurisdicción». En segundo lugar, por la difusa determinación de la competencia entre el Juez y el Secretario Judicial del art. 2. En tercer lugar, por la falta

de referencia en la ley a la eficacia de cosa juzgada o no de la resolución judicial, tema regulado con muchas ambigüedades en el art. 6 y que ha ocupado muy especialmente al Profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN, que se inclina por una eficacia plena de cosa juzgada formal, y limitadamente a la propia jurisdicción voluntaria en el aspecto material. Y, en último lugar, pero relacionado con esta última cuestión, también es polémica la propia subsistencia del concepto *jurisdicción voluntaria*, cuya desaparición el mismo legislador, pese a todo, parece avizorar inconscientemente, quizás dentro de algunas décadas, al haber reducido su ámbito de actuación, dando competencias a otras autoridades o profesionales diferentes del Juez.

Para saber exactamente qué es lo que ha ocurrido en estos últimos años, probablemente uno de los mejores consejos sería conversar directamente con el Profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN. Pero el principal experto de la jurisdicción voluntaria en España nos hace el favor de recopilar sus principales textos sobre la materia desde 2008, en los cuales se pueden repasar no solamente sus opiniones sobre la institución estudiada, sino que se puede adquirir también una completa visión panorámica sobre la historia de la institución, los problemas que se pretendía resolver con la nueva ley e incluso críticas a aspectos puntuales de la norma finalmente aprobada, como en la temática de la cosa juzgada, acabada de referir.

Desde el punto de vista histórico, que es el que siempre da una mejor visión del qué y el por qué, recomiendo al lector muy vivamente el estudio n.º 9, «La jurisdicción voluntaria: un mandato legislativo pendiente de cumplimiento», que, además, fue el discurso de ingreso en la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación de este ilustre lucense, que sostuvo en 2013.

Y es que, en este trabajo, se pueden averiguar las raíces de esta enigmática institución. El lector averiguará que no todo surge del aún más enigmático y célebre texto de Marciano, sino que hay que remontarse al proceso de las *legis actiones* y a la *in iure cessio* para entender cómo, no sin simbolismos —en las *legis actiones* se simulaba una lucha y en la *in iure cessio* se simulaba un proceso—, arrancó su

Por Jordi Nieva Fenoll
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona



caminar la jurisdicción voluntaria. A veces con ese nombre, y otras identificada simplemente por identidad de concepto. Algo de ese pasado entre tinieblas seguimos teniendo a día de hoy. Lo revela otro de los artículos recopilados, titulado nada menos que «Misteriosa, heterogénea, fascinante jurisdicción voluntaria», que constituye el estudio n.º 6. Y todo ello da cuenta del extraordinario y muchas veces incomprensible, por ilógico, respeto por la tradición en materia jurídica. Y es que, a veces, preferimos simular algo que no estamos haciendo, antes que diseñar un acto con el contenido y el cometido de lo que sí se está haciendo. Algo así parece que ocurrió con la *in iure cessio*, precisamente.

A día de hoy, la jurisdicción voluntaria, incluso con la nueva ley, sigue siendo un enigma. Por mucho que el actual expediente que regula la nueva ley tenga *figura iudicii*, como decían las fuentes canónicas, esa figura no deja de ser, nuevamente, una especie de simulación la mayoría de las veces, cuando no se produzca la audiencia de los futuros interesados. Y cuando se produce, si no hay controversia —no debe haberla, *vid.* el estudio n.º 2 de la obra comentada—, la actuación realizada es mucho más próxima a un expediente administrativo que a un proceso, por no decir que es directamente un expediente administrativo. Solo despista la participación del Juez, que la Exposición de Motivos de la ley intenta justificar con palabras que todavía añaden más enigmas —y, por tanto, interés científico— a la institución:

La jurisdicción voluntaria se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho Privado, que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados así lo justifiquen. O, también, con la imposibilidad de contar con el concurso de las voluntades individuales precisas para constituir o dar eficacia a un determinado derecho.

«Trascendencia», «naturaleza», «imposibilidad de contar con el concurso de voluntades»... Ambiguos y variables conceptos, ciertamente. Pero, seguidamente, la propia Exposición de Motivos de la ley justifica la labor del Juez en razón de la imparcialidad e independencia que habrían de precisar —no se explica por qué— estos actos, así como por ser el juzgador «el intérprete definitivo de la ley». Aunque, finalmente, se dice que «razones de oportunidad política o de utilidad práctica» pueden hacer que la competencia se atribuya a otros organismos públicos, por no afectar a «derechos fundamentales» o a «menores o personas que deben ser especialmente protegidas».

Todo ello, leído por separado, puede parecer muy razonable, pero la inconcreción de las cláusulas empleadas dificulta adivinar el criterio definitivo del legislador a la hora de establecer la competencia. Bien parece que hay temas que le han impresionado más, quizás por tradición o por ideología, como la ausencia, el fallecimiento o la extracción de órganos de donantes vivos, pero que en un futuro podrían pasar a ser resueltos por un organismo simplemente administrativo, puesto que la tradición, pese a todo, siempre se acaba dejando atrás y la ideología muda inevitablemente con las generaciones, a veces, en las direcciones más insospechadas. Quiero decir con ello que, en un futuro, se podrían acabar confiriendo también a un órgano meramente administrativo los temas de familia o sucesiones, y aún más claramente los asuntos de Derecho Societario e Inmobiliario. Y qué decir de la conciliación, con el actual auge de la mediación ante órganos que no son judiciales.

Esas dudas también encuentran respuesta leyendo el libro de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, a veces más directa y otras veces más indirecta, pero, en todo caso, se obtienen las claves de por qué está o no está en la ley esta o aquella otra institución. En todo caso, las ideas expresadas por el autor tienen que llevar a que, ya no en mucho tiempo, algún Jurista determine definitivamente la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, con argumentos que hagan que su conclusión pueda ser pacífica. Desde luego, bases de pensamiento en la obra comentada no le van a faltar.

Concluye la obra con un útil apéndice del *iter* legislativo de la actual ley, imprescindible para el futuro estudioso, así como con un resumen de las muy numerosas publicaciones del autor sobre la institución, que también son de referencia obligada para cualquiera que intente acercarse con seriedad a la misma.

En resumen, se trata de una obra esencial para la inteligencia de la nueva ley que, como digo, habrán de tener necesariamente en cuenta los futuros comentaristas, y que supone un esfuerzo de recapitulación del autor de sus más importantes ideas de los últimos años. Tampoco deberían perder de vista esta obra los abogados. Los expedientes de jurisdicción voluntaria acostumbra a despistarles, cuando no llevan uno en concreto con frecuencia. De ese modo, descubrirán que en la doctrina se encuentran casi siempre las respuestas que busca la práctica; que no todo es jurisprudencia, y que, de hecho, la propia jurisprudencia se nutre en no pocas ocasiones de la doctrina. Ojalá obras como esta, y por descontado esta obra, hagan que los letrados noveles —y no tan noveles— vuelvan a querer invertir una parte de sus esfuerzos en algo que, para desgracia de la defensa de sus clientes, cada vez más raramente se encuentra ya en un bufete: una biblioteca.

Recensión bibliográfica

Por Ángel Serrano de Nicolás

Doctor en Derecho

Notario de Barcelona

*«La libertad de testar.
El principio de igualdad,
la dignidad de la persona y el libre
desarrollo de la personalidad
en el Derecho de Sucesiones»*

TEODORA F. TORRES GARCÍA
Y M.^a PAZ GARCÍA RUBIO

Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo,
2014. 256 páginas

De entre las periódicas publicaciones que hace la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, ha aparecido la que aquí se reseña, lo que cabe destacar por no ser el Derecho Civil lo más abundante en las ya prácticamente cincuenta obras publicadas, no obstante que sí se han abordado temas capitales, de interés no únicamente para el civilista, sino también para cualquier interesado en los temas centrales del Derecho Civil, justo por tener siempre un enfoque novedoso; así, ya han aparecido aportaciones —siempre con un mínimo de dos autores, pues de un coloquio se trata— sobre el patrimonio matrimonial, la dogmática civil y sus retos, el derecho de autor en el siglo XXI, la propiedad o las tecnologías reproductivas.

La obra que reseño lo es de dos eminentes civilistas y consumadas especialistas en Derecho de Sucesiones, que ya desde su inicio académico dedicaron señeras páginas a este ámbito, como lo fueron

sus respectivas tesis sobre el testamento ológrafo y la distribución de toda la herencia en legados, por lo que tan coherente como que el libro de homenaje a la Prof. T. F. Torres García se dedique, en la editorial La Ley, al Derecho de Sucesiones, con especial incidencia en los nuevos aspectos, problemas e instituciones que aparecen en este ya adentrado siglo XXI, lo es que sean ambas, maestra y discípula, quienes ahora aborden este tema capital de la libertad de testar, con un enfoque e ideas novedosos y con relevante aportación de Derecho Comparado —amplia y certeramente indicado en las amplias notas, que a simple vista ya resulta evidente que constituyen una muy considerable extensión de la obra.

He de decir —pues, seguramente, ha incidido en las ideas y argumentos que destacaré— que soy decidido defensor de la legítima, y no justo por razones personales, aunque quizás también lo pueda ser por ellas. Otra cosa es concretar qué legítima y con qué naturaleza jurídica, qué legitimarios, qué cuantía y qué forma de pago, al igual que interesa cómo se relaciona con el Derecho de Familia y qué fundamento —o límites— puede encontrar en nuestra Constitución de 1978, a la que tan sujeto está el Código Civil español como las demás legislaciones civiles autonómicas o el Derecho común, allí donde rige. Todo esto, junto con los tres principios constitucionales de igualdad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, que ya enuncia el propio título, son amplia y documentadamente tratados, como reseñaré.

La obra está dividida en cuatro capítulos, dedicados a la libertad de testar —en su aspecto positivo y negativo, «para testar» o «de testar»—; a la influencia de la Constitución de 1978 y de los derechos humanos en la libertad de testar; a la autorrealización en la libertad «para» testar a través de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del testador, y, finalmente, a lo clásico —o justificación de la legítima en la sociedad actual— y a los nuevos retos, en que deben considerarse, en lo personal, tanto las relaciones familiares y afectivas como los cuidadores del testador —propios de la familia o ajenos—, y, en lo patrimonial, el destino *post mortem* de los derechos de la personalidad o el patrimonio digital, la globalización



y, singularmente, la europeización del Derecho de Sucesiones —no cabe olvidar que ambos aspectos están presentes en el ya en vigor Reglamento Sucesorio Europeo, pues, aunque europeo, lo que hace posible es que pueda resultar de aplicación legislación no europea, de ahí su globalización—, para concluir tratando de la perspectiva de género.

Tengo ya que anticipar que se trata de una obra muy documentada y en la que dichas extensas notas no hacen perder el claro hilo conductor que la guía, ni su manifiesto interés práctico —baste citar, por el momento y desde la óptica notarial, las págs. 79 a 89, para la actuación del Notario como salvaguarda de la voluntad del testador vulnerable.

Innecesario resulta decir que, por tratar de la libertad de testar, tiene que estar, y a fe que lo está a lo largo de toda la obra, el problema de las legítimas, aunque no lo está únicamente en el Código Civil, pues la Constitución de 1978 y los principios de que se parte son aplicables también a los demás derechos civiles; a lo que se une, como las propias autoras reconocen —pág. 135—, que, aunque muchos pensarán que tenía que ser la legítima el tema central, hay que ir —y van— mucho más allá, pues en verdad la tratan, pero dentro del problema de la herencia y de los principios que el propio título de la obra enuncia. Como bien dicen, y aunque se trate de la libertad de testar, el fundamento común en modo alguno puede serlo su configuración como límite —al también estar presente en la sucesión intestada. No me resisto a señalar que siempre he creído que la legítima es bifronte; así, en lo patrimonial y respecto del causante, hay una auténtica obligación de origen legal, y como tal obligación legal para el causante —que no límite, ni una concreta vocación— está presente cualquiera que sea la forma de vocación —contractual, testada o intestada—, otra cosa es en qué consiste la prestación —bienes, dinero, a voluntad del disponente, según los bienes existentes o que se quieren salvaguardar, etc., aunque tienda a configurarse como un mero derecho de crédito—; qué, cuándo y cómo se imputa lo adquirido a su pago; quiénes son sus beneficiarios o acreedores —por ser legitimarios—; cuándo tienen derecho a la misma y con qué garantías, y, desde esta perspectiva, quiénes son los obligados a su pago o cumplimiento, si bien, al fallecer el causante, no pueden ser sino sus continuadores y herederos —aunque lo puedan hacer otros en su nombre, tal que los albaceas. Y, por otro lado, en lo personal y respecto de los legitimarios, incide directamente en su identidad personal; este creo que debe ser su auténtico fundamento, dado que, si en el ámbito familiar el optar por una u otra forma de fundar la familia —o de no tenerla—, como incluso de divorciarse, puede ser una cuestión de opción personal, sin embargo, al igual que los apellidos o el derecho a conocer el propio origen, también conforma la propia identidad personal el saberse integrado en la cadena indefinida formada por la generación que nos precede y por la que nos sigue, lo que ni se puede evitar, ni se elige, aunque sí se puede desmerecer el formar parte de la misma, y de ahí la posibilidad de la desheredación conforme a las causas que desmerezcan dicha identificación, en cada momento; al igual que también debería valorarse a la hora de imponer ciertas condiciones o motivos, dada esta identidad personal. Por ello, y aunque sin referirse a este concepto de *identidad personal* sí tratan la materia en las págs. 89-128, con amplia consideración de las condiciones que puede imponer el testador, cabe decir que la identidad personal tan reconocida queda en la legítima formal —pues no es lo patrimonial lo trascendente para conformar la identidad personal, sino el saberse reconocido, postergado o repudiado—, como

con la legítima global, e incluso el salto transgeneracional, pues en sí ya implican —aunque sea por exclusión— reconocer dicha cadena que une a unos con otros; lo que no cabe es el simple olvido sin más, ni causa que lo justifique, por lo que, en efecto, y como indican, no pueden considerarse inconstitucionales ni el Fuero de Ayala ni la legítima navarra —págs. 140-141. No tratan así *in extenso* la legítima, pero sí ampliamente —págs. 131-156—, para, singularmente, buscar su fundamento constitucional, que no parece que pueda estar en los arts. 33 o 39 CE 1978, como tampoco puede trasladarse sin más la fundamentación de la jurisprudencia constitucional alemana, como tampoco una pretendida —e inexistente en España— soberanía dispositiva del propietario en Italia, como ya ha destacado una nutrida doctrina española. Ni les parece acomodable a nuestros derechos la opción por una legítima al modo de derecho de alimentos.

Pero como ni las limitaciones derivadas de las condiciones posibles o ilícitas, ni las mismas sustituciones —incluso el fideicomiso de residuo—, ni la legítima son las únicas cuestiones relevantes de la libertad de testar, también se trata, y ahora siguiendo el propio orden de la obra, de las siguientes materias: así, de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en materia sucesoria, con su incidencia en la libertad de disposición y la interdicción de la discriminación; así, el art. 33 CE 1978, al igual que el art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn, reconoce la herencia «como parte no escindible del derecho a la propiedad privada», pero esto no es suficiente, pues la herencia, y más en este siglo XXI, va mucho más allá del mero contenido patrimonial, por lo que debe tenerse presente —y no puede menos que coincidirse— el art. 10 CE 1978, pues incluso tampoco es suficiente amparo el art. 39 CE 1978. Al igual que tampoco es suficiente el engarce entre *libertad de testar* y *libertad contractual* como manifestaciones de la autonomía privada, pues como el acto dispositivo surte efectos tras la muerte del causante —por lo que, aunque en la obra no se trate, al centrarse en la herencia, sí se hace necesario distinguir entre actos *mortis causa* y los *inter vivos*, pero *post mortem* o *trans mortem*—, no casa bien con el concepto de *autonomía*, aunque sí dicha libertad de testar con la dignidad de la persona. Y ello con amplias consideraciones —págs. 32-40— a los derechos fundamentales y a la posible colisión entre los mismos.

El capítulo 3 comienza —pues de la libertad de testar se trata— estudiando el significado del testamento, cuya esencia misma es la «declaración de voluntad» que incorpora, dedicándole una especial consideración a la forma en los testamentos, pues es «garantía del respeto a la voluntad del testador», para, acto seguido —págs. 45-59—, considerar los demás elementos, singularmente los que afectan al consentimiento y sus posibles vicios —como «garantía ex post derivada de su posible anulación»— en este negocio unilateral y revocable —para que, como dicen, al menos en hipótesis, refleje «la voluntad verdaderamente última del testador», aunque no deje de plantear problemas, singularmente en los casos de ruptura matrimonial sin revocación del testamento.

Se trata también el posible contenido del testamento y, específicamente, del *testamento de las personas con discapacidad* —págs. 59-89—, dada la creciente situación de personas con avanzada edad, desde luego, no siempre con la capacidad limitada judicialmente —o incapacitadas—, ni tampoco ajenas a posibles influencias, que, aunque siempre presentes, pueden ser determinantes a ciertas edades. Sigue la obra con la ya mencionada cuestión de las posibles y admisibles condiciones, lo que se hace bajo el ya sugerente



Bibliografía

interrogante «¿Existe un derecho a testar de modo poco convencional, extraño o irracional?», lo que no parece admisible, pero, como bien argumentan, tampoco puede despacharse lisa y llanamente, sobre todo por no ser siempre fáciles de delimitar los límites a la libertad de disponer para después de la muerte, sobre todo, tras la constitucionalización del Derecho Civil.

Concluye la obra con un capítulo 4 destinado a la libertad «de» testar y la influencia de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, en donde, junto al que se denomina *tema clásico de las legítimas*, con el que he comenzado la reseña, y en el que se hace un agudo análisis del panorama legislativo comparado dentro y fuera de España, así como del estado doctrinal e incluso jurisprudencial, se concluye la primera parte con las posibles líneas de futuro —págs. 131-156—, en donde no puede dejarse de recoger y ofrecer como mejor solución lo ya hecho por los derechos civiles autonómicos, es decir, reducir los grupos de legitimarios, reforzar los derechos del cónyuge viudo —desde luego, ligados e incluso cabría pensar que condicionados por el régimen económico matrimonial—, posibilitar ciertos supuestos de renuncia anticipada y, desde luego, ampliar la libertad de testar, que no quiere decir suprimir la legítima, aunque sí cambiar su naturaleza jurídica.

La obra concluye —págs. 157-213— con una particular consideración de lo que son los nuevos retos del Derecho de Sucesiones en el siglo XXI, o sea, la cada vez mayor complejidad del hecho familiar, a lo que no es ajeno, aunque sí lo sea y así lo recalcan en el Código Civil, el fenómeno de las parejas de hecho, en que quizás tampoco tenga que imponerse la absoluta igualdad con el cónyuge, sobre todo en la sucesión testada, pues sería un freno más a la libertad de testar.

Otra cuestión también relevante —págs. 178-192— son los posibles —que no necesariamente exigibles ni contemplables— derechos o disposiciones a favor de los cuidadores del testador, pues, actualmente, lo único que hay es un manifiesto rechazo a las disposiciones a su favor cuando son terceros ajenos al ámbito familiar, pues dentro del mismo ya hay vías suficientes, cabría decir, para garantizar una disposición a su favor.

Y, definitivamente, termina, tras una breve consideración acerca de la globalización e internacionalización de la sucesión, con una expresa alusión al Reglamento Sucesorio Europeo, con la «*perspectiva de género en el Derecho de Sucesiones*», en la que se considera que no pueden desconocerse las realidades evidentes de la de ordinario mayor longevidad de las mujeres —lo que, como es sabido, no puede justificar un trato diferencial en materia de seguros—, su toda-vía mayor dedicación a la familia y, desde luego, al cuidado de las personas dependientes, sin olvidar la violencia de género, el tenerlo que tener presente en un futuro e imprescindible debate sobre las legítimas, singularmente cuando se constata que la libertad de testar para mantener la empresa familiar suele llevar la elección hacia un varón. No obstante, cabría alegar que el problema de la empresa familiar no es, ni de lejos, un problema de legítimas, ni de fiscalidad, sino de «*empenta*», y eso no lo puede ni podrá garantizar el Derecho.

En conclusión, dado lo actual de su temática, lo acertado de su enfoque y la constante referencia al Derecho Comparado no como mera cita, sino para ver su posible aplicación o guía para el nuestro, resulta una obra de ineludible lectura para todo aquel interesado en el actual —y previsible futuro— Derecho de Sucesiones.

Visita del Ministro de Justicia con motivo de la Jornada sobre cláusulas abusivas

El Ministro destacó «la eficaz labor del Notariado para detectar operaciones que han permitido mejorar la lucha contra el blanqueo de capitales y para identificar cláusulas abusivas que ocasionen perjuicios o indefensión en los consumidores»

RAFAEL CATALÁ: «HEMOS REFORZADO, CON INICIATIVAS LEGISLATIVAS, LA FIGURA DEL NOTARIO»

El pasado 9 de julio tuvo lugar en el Colegio una Jornada sobre cláusulas abusivas, que fue inaugurada por el Ministro de Justicia, Rafael Catalá, en su primera visita institucional a la sede colegial. En el transcurso de su intervención, el Ministro de Justicia destacó «el estricto examen de legalidad y de validez que comporta la intervención notarial en todos los actos jurídicos y su aportación fundamental a la seguridad jurídica de los mismos». Una seguridad jurídica, según afirmó, «que es de gran importancia por lo que aporta al crecimiento económico del país, por su impacto en la economía real y por su capacidad de creación de ocupación». Por ello, aseguró que «tenemos interés en que las reformas que estamos llevando a cabo refuercen la seguridad jurídica como elemento de desarrollo». Unas reformas del marco legal, afirmó, que se llevan a término «para contar con todos los instrumentos normativos, tecnológicos, medios humanos y materiales que nos permitan estar al día». En este sentido, aseguró que «hemos reforzado, con iniciativas legislativas, la figura del Notario».

Catalá recalcó la importancia de «contar con una economía abierta e internacionalizada que atraiga inversiones a nuestro país y genere oportunidades de desarrollo», y afirmó que «la seguridad jurídica es la piedra angular para conseguirlo». También señaló que «la función notarial es imprescindible para implantar políticas públicas», y destacó «la eficaz labor del Notariado para detectar operaciones que han permitido mejorar la lucha contra el blanqueo de capitales y para identificar cláusulas abusivas que ocasionen perjuicios o indefensión en los consumidores».

En cuanto a los proyectos legislativos, mencionó la recientemente aprobada Ley de Jurisdicción Voluntaria, «que atribuye 42 nuevas competencias a diferentes operadores jurídicos»; la Ley Hipotecaria, «que mejora la coordinación de notarios y registradores con el Catastro», y la Ley de Concesión de Nacionalidad a los sefarditas, que entró en vigor



El ministro de Justicia, Rafael Catalá, agradeció las aportaciones y la colaboración de los notarios en el abordaje de las diversas reformas legislativas que aborda actualmente el ministerio



Vida corporativa



Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, destacó la satisfacción por la aprobación de la nueva demarcación notarial, fruto del trabajo conjunto entre la administración catalana y española y el propio Colegio.

el pasado 1 de octubre. Asimismo, recordó la aprobación de la demarcación notarial y la celebración de las oposiciones en el Colegio, así como la reciente aprobación del Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Justicia y el Registro Civil, que, según afirmó, «busca el consenso y delimitar tiempos razonables para el ciudadano con la finalidad de contar con un modelo más eficaz, un Registro Civil público, gratuito, telemático y al servicio de los ciudadanos».

Finalmente, hizo un balance «positivo y de trabajo conjunto», y agradeció «las aportaciones y la colaboración de todos los profesionales del Derecho que nos permite abordar tantas reformas». Finalizó su intervención afirmando que «en un mundo en constante estado de transformación, los 14 proyectos de ley promovidos en los últimos diez meses son prueba de ello y de un compromiso reformista de mejora de la Justicia, del sistema notarial y registral y de otros aspectos del mundo del Derecho que han de ser adaptados al mundo actual».

En referencia a la Jornada, mencionó que «el control notarial de las cláusulas abusivas es una buena forma de acercarnos al servicio a los ciudadanos, de fortalecer las garantías y la seguridad jurídica y de contribuir a hacer más fuerte y competitivo nuestro Estado de Derecho».

JOAN CARLES OLLÉ, DECANO DEL COLEGIO NOTARIAL DE CATALUÑA: «NOS FELICITAMOS POR LA APROBACIÓN DE LA DEMARCACIÓN, HISTÓRICA Y BENEFICIOSA PARA EL NOTARIADO»

El Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, valoró positivamente «la muestra de confianza hacia la profesión» que supone la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de la que afirmó que «nos atribuye importantes competencias a los notarios, junto a otros funcionarios como los registradores y los secretarios judiciales»

Durante su intervención, el Decano del Colegio mostró su satisfacción por «la aprobación de la demarcación, que debe calificarse de histórica y beneficiosa para el Notariado y para la mejor prestación del servicio público, ya que evitará las actuales vacantes, las constantes rotaciones y facilitará el arraigo». Además, quiso mostrar «la satisfacción de todos los notarios por el ejercicio consensuado y coordinado de las competencias notariales entre la Generalitat y el Gobierno, entre el Ministerio de Justicia y la Consejería de Justicia, que ha sido ejemplar y modélico en el caso de la demarcación notarial». Asimismo, agradeció a Santiago Ballester, Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña, presente en el acto, «por la comprensión y el apoyo constante, y el del Consejero, y por el éxito de la demarcación, que es un éxito de todos, del mismo modo que los concursos coordinados, que hace ya bastantes años que funcionan a satisfacción de todos». Para concluir su discurso en torno a esta cuestión, afirmó: «Permítanme que sienta como un éxito propio de la Junta Directiva y del Colegio de Cataluña en su conjunto los avances en un modelo basado en la cooperación, el diálogo y el trabajo conjunto entre las administraciones y la profesión».

También agradeció «la comprensión, flexibilidad y, si se me permite, la cintura política demostrada apartando la reforma del Registro Civil, que había generado un rechazo general y que desequilibraba gravemente el sistema de seguridad jurídica preventiva», y valoró positivamente «la muestra de confianza hacia la profesión» que supone la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de la que afirmó «que nos atribuye importantes competencias a los notarios, junto a otros funcionarios como los registradores y los secretarios judiciales».



En el transcurso de la jornada, Javier Orduña pronunció la conferencia central, basada en la contratación seriada y la tutela preventiva, y posteriormente tuvo lugar una interesante mesa redonda.

El Magistrado considera la contratación seriada como un fenómeno complejo, en el que aparece el control de transparencia. «Entendiendo la transparencia como control de abusividad y de la falta de reciprocidad en la información»

En el transcurso de la Jornada, Francisco Javier Orduña Moreno, Magistrado del Tribunal Supremo, pronunció la conferencia central, en la que hizo una reflexión sobre la contratación seriada y la tutela preventiva, ámbito en el cual afirmó que «la necesaria participación de los notarios ha de ser potenciada totalmente».

Analizó la contratación seriada asegurando que «es un fenómeno complejo por la extensión del mismo y en el que aparece, como novedad, el control de transparencia, un instrumento jurídico que ya existía, pero que se ha hecho más evidente a raíz de la crisis económica. Entendiendo la transparencia como control de abusividad y de la falta de reciprocidad en la información».

También afirmó que «en la contratación seriada es muy importante el control de transparencia como criterio de eficacia contractual». Así, aseguró que «añade nuevas perspectivas, como la teoría de la ineficacia contractual y el fenómeno de integración contractual, es decir, qué consecuencias se derivan respecto del contrato que se mantiene subsistente». Y prosiguió: «Si para cualquier fenómeno es necesaria la tutela preventiva, en este caso, el hecho de poder abordar el control de transparencia en fases previas es esencial». Orduña aseguró que «nuestro ordenamiento jurídico actual se basa en una legislación parcelada, que siempre va con retraso, y es hora de comenzar a trabajar en un planteamiento conceptual básico y buscar soluciones legislativas para abordar una función notarial más rigurosa y decidida en este ámbito» (véase la Tribuna de opinión en esta misma edición).

En este sentido, aseguró que «la función notarial puede prestar estos instrumentos con un apoyo normativo que refuerce esta función preventiva», y aseguró que «en la Sala Primera ya tenemos doctrina declarada que la interpretación literal no es una finalidad en sí misma, sino un mero instrumento junto a otros criterios instrumentales de interpretación». Finalmente, concluyó que «el control de transparencia no queda cubierto solo con la transparencia formal o documental», e hizo un llamamiento para que «este control preventivo de notarios y registradores se haga más patente y se visualice mucho mejor».



Foto de familia del Ministro de Justicia y el Director General de los Registros y del Notariado junto a miembros de la Junta Directiva del Colegio, los ponentes de la jornada y miembros del Tribunal de la oposición vigente, que se está celebrando en el Colegio.



Vida corporativa

Se les plantearon los temas que preocupan al Notariado

Se reivindicó la revisión arancelaria, el alargamiento de la jubilación y el control efectivo de las cláusulas abusivas

En el transcurso de la reunión se trasladó al Ministro su agradecimiento por las iniciativas legislativas que refuerzan la función notarial pero también la preocupación por aquellos proyectos que crean disfunciones importantes

EL MINISTRO DE JUSTICIA SE REUNIÓ PREVIAMENTE CON LA JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO Y FIRMÓ EL LIBRO DE HONOR

Antes de comenzar la Jornada «Control notarial de las cláusulas abusivas», la Junta Directiva del Colegio se reunió con el Ministro de Justicia, a quien acompañaron Francisco Javier Gómez Gállico, Director General de los Registros y del Notariado, y Emilio Ablanado, Subdelegado del Gobierno en Barcelona.

En el transcurso de la reunión, el Decano y los miembros de la Junta Directiva trasladaron al Ministro su agradecimiento por varias iniciativas legislativas que refuerzan la función notarial, e hicieron un balance globalmente positivo de los últimos meses, pero también le trasladaron su preocupación por aquellos proyectos que crean disfunciones importantes, en relación con los que expresaron su deseo de que se corrijan en los próximos meses.

Así, se le transmitió la satisfacción por la revisión de la demarcación, la Ley de Jurisdicción Voluntaria o el ejercicio consensuado de competencias (véase el resumen del discurso del Decano), pero también se le comentaron aspectos críticos que tendrían que ser enmendados.

Así, se habló del Real Decreto que determina la escritura de constitución de sociedades con campos parametrizados y la introducción de la conciliación de los registradores en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y se le trasladó que se aparta de la función, excede la función registral y desequilibra el sistema, así como la preocupación por la ruptura del sistema de competencia territorial en declaraciones de herederos y en actos de delimitación y expedientes de dominio, introducida tanto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria como en la Ley Hipotecaria.

Finalmente, se le recordó la necesidad de actualizar el arancel; la posibilidad de alargar la jubilación para adecuarla a las necesidades actuales y equipararla a la de profesionales como los magistrados o catedráticos, y, en relación con la Jornada motivo de la visita, se le trasladó la reivindicación del control legal efectivo de las cláusulas abusivas.

Una vez finalizada la reunión, el Ministro de Justicia y el Director General de los Registros y del Notariado mantuvieron un encuentro con los miembros de los tribunales de la oposición que actualmente se está celebrando en el Colegio.

MESA REDONDA Y CLAUSURA DEL DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Posteriormente, tuvo lugar una mesa redonda en la que tomó parte, en primer lugar, Ángel Serrano de Nicolás, Notario de Barcelona, quien se cuestionó las posibilidades reales del Notario de controlar las condiciones del crédito hipotecario y el crédito al consumo. Definió la *compraventa con préstamo hipotecario* como un contrato —el negocio principal— y una *hipoteca* —el negocio accesorio— tratándose de un negocio complejo, una sola operación, en la que el Notario ejerce el control de legalidad y se presta un único



El Ministro de Justicia se reunió previamente con la Junta directiva del Colegio y firmó en el Libro de Honor.



En materia de consumo, la legislación europea cuenta con más de mil normas al respecto, a las que hay que sumar la legislación española, de forma que contamos con una composición legal caótica y difícil de entender

consentimiento. Distinguió entre la parte negociada del contrato y las condiciones generales de contratación, y afirmó que, dado que el préstamo hipotecario no es un contrato negociado, sino un contrato bajo minuta, el Notario no puede ejercer el control de su contenido. En cuanto a la cláusula suelo, la calificó de «nula ya de inicio, porque padece de falta de transparencia, ya que no actúa en el momento inicial», y afirmó que «a los notarios se nos deben dar las herramientas adecuadas para controlarlas», ya que la «necesidad de que las cláusulas abusivas deban estar previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de Contratación convierte el control en ineficaz».

Jesús Sánchez García, Abogado miembro de la Comisión Legislativa del Colegio de Abogados de Barcelona, aseguró que «el control de transparencia y abusividad está muy claro desde la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de junio de 2012 y, posteriormente, con las sentencias de 14 de abril de 2014 y 15 de mayo de 2015, que afirman que el control de oficio corresponde únicamente a los jueces y a los tribunales». Por ello, afirmó que «en materia notarial no es de aplicación la jurisprudencia de este Tribunal, ya que en nuestro país los notarios no tienen función jurisdiccional». Por otro lado, reivindicó que «la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo distingue claramente el control de transparencia en el caso de pequeños autónomos, ya que no hace distinción entre el control de transparencia de una persona física y el de una entidad jurídica».

Albert Domingo Castellà, Notario de Vilassar de Mar, se centró en el Derecho de Consumo, y expuso que el iter contractual consta de tres fases: la precontractual, la contractual y la ejecución o cumplimiento. Expuso que, en una primera fase, se establece que la publicidad «ha de ser honesta, clara, profesional, concreta, fácilmente comprensible, no engañosa ni generadora de falsas expectativas»; en una segunda fase, se regula la información previa al contrato de crédito o préstamo hipotecario que debe entregarse al consumidor, y, en una tercera fase, se regula la oferta vinculante que debe entregarse con el proyecto contractual. El ponente expuso que la legislación en el ámbito de consumo es muy compleja, dado que «la legislación europea cuenta con más de mil normas al respecto, a las que hay que sumar la legislación española, de forma que contamos con una composición legal caótica y difícil de entender». Todo ello conlleva que «falta claridad y entramos en interpretaciones», y concluyó que «los notarios tenemos una problemática seria en la aplicación de las leyes de consumo y, en caso de duda, habrá que aplicar el principio pro consumatore».

Alfonso Cavallé Cruz, Decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias y Presidente de la Comisión de Consumidores del Consejo General del Notariado, incidió en los cambios importantes que ha habido en la legislación de consumo y afirmó que «el control de legalidad del Notario ha de entenderse a la revisión previa».

También aseguró que «faltan realidades concretas en legislación que nos permitan intensificar, como exige la ley, los órganos de control y supervisión», y destacó la función preventiva y cautelar del Notario, de manera que aseguró que «el hecho de que el Notario tenga un papel más activo en este ámbito será beneficioso para toda la sociedad». Afirmó que «el documento público es garantía de eficacia y, para la Administración, es garantía de cumplimiento jurídico», e insistió en que «hay que intensificar los medios prácticos y dar al Notario más medios para aumentar la transparencia». Concluyó que «necesitamos un apoyo normativo que nos autorice a rechazar las cláusulas abusivas y así evitaremos muchos pleitos en el futuro». En definitiva, resumió, «debe aumentarse el control de transparencia en beneficio del ciudadano y de la sociedad».

Finalmente, José M.^a Fernández Seijo, Magistrado del Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona, hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, centrada en el papel del Juez, y se cuestionó si los notarios podrán ejercer el control de transparencia. En este sentido, apostó por «establecer una legislación interna que lo haga posible, y que no sería contraria a la legislación europea». Incluso así, afirmó que «el control notarial no puede sustituir al control jurisdiccional», y también que «la intervención anterior del Notario puede llevar a la frustración



Vida corporativa

«Los notarios tenemos una problemática seria en la aplicación de las leyes de consumo y, en caso de duda, habrá que aplicar el principio pro consumatore»

del contrato, mientras que ejercer el control en un momento posterior puede desactivar la bomba procesal».

La clausura del acto corrió a cargo de Francisco Javier Gómez Gállico, Director General de los Registros y del Notariado, quien consideró que «ya existen elementos para que los notarios rechacen cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico» y expuso que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado exige que notarios y registradores rechacen dichas cláusulas. Aseguró que «tenemos doctrina suficiente para excluir muchas cláusulas, y en ello nos jugamos la eficiencia del sistema». Finalmente, afirmó que «si no hay control de origen, la consecuencia será la falta de confianza en el instrumento público y en la ejecución», y ello ha de «redundar en beneficio de toda la sociedad. No puede haber mercado si no existe un control ágil y rápido. Necesitamos que las garantías se cumplan».

El Colegio y el Departamento de Cultura firman un convenio de colaboración en materia de archivos de protocolos notariales

El Colegio y el Departamento de Cultura de la Generalitat de Cataluña firmaron el pasado 31 de julio un convenio de colaboración en materia de archivos de protocolos, mediante el cual se trabajará la gestión de los más de nueve quilómetros de protocolos notariales depositados en los archivos comarcales.

El objeto del convenio, en la línea de mantener la colaboración ya establecida para la conservación de protocolos notariales, contempla de manera específica los protocolos de menos de cien años y los de las notarías amortizadas en la última revisión de la demarcación. Así, dice que «siempre que existan las condiciones de espacio necesarias, se podrán ingresar y conservar en los archivos comarcales los protocolos de menos de cien años que se vayan generando. También, excepcionalmente, podrán ingresar los protocolos de las notarías amortizadas por razón de la revisión de la demarcación notarial de Cataluña por Real Decreto 140/2015, de 6 de marzo».

Cabe destacar que el convenio también recoge que «corresponde exclusivamente a los notarios archiveros del distrito respectivo la expedición de copias auténticas o autorizadas que hayan de producir efectos jurídicos de



El Decano del Colegio, Joan Carles Ollé (derecha) y el Conseller de Cultura, Ferran Mascarell, firmaron el convenio para la gestión de los archivos de protocolos.



cualquier tipo, tanto si son ante los tribunales, los registros y las oficinas públicas como si no, sea cual sea la antigüedad, de más o menos de cien años, del documento que se trate».

Los pactos en relación con la gestión de los protocolos de cien años o más tienen el objetivo de garantizar en todo el territorio de Catalunya la gestión, el inventario, el control profesionalizado y la conservación de los protocolos. Para garantizar el acceso y el servicio al público, en la entrega de cada año, tal y como se ha hecho hasta ahora, se transferirán al archivo comarcal competente los protocolos que cumplan cien años, con la firma de un acta de entrega entre el Notario archivero y el responsable del archivo.

La colaboración también permitirá al Colegio Notarial de Cataluña acceder a los programas de apoyo técnico y económico y a las medidas de fomento que establezca el Departamento de Cultura. Ambas instituciones trabajarán conjuntamente con el objetivo de normalizar el depósito de protocolos de titularidad pública que, por razones históricas específicas, se conserven aún en archivos de otras titularidades. Igualmente, el Colegio dispondrá de representación en el Consejo Nacional de Archivos y Gestión Documental.

El acuerdo, aparte de consolidar una gestión eficaz de los protocolos de más de cien años, propone un modelo innovador de gestión de los protocolos de menos de cien años garantizando su conservación y su gestión en el distrito notarial y el archivo comarcal correspondientes. Además, para facilitar su gestión, se ha elaborado un protocolo de actuación entre los notarios archiveros de los distritos notariales y los archivos comarcales de la Generalitat de Catalunya (depósitos, transferencias y préstamos para expedición de copias), lo que facilitará las transferencias de los documentos que se realizarán anualmente.

Corresponde exclusivamente a los notarios archiveros del distrito respectivo la expedición de copias auténticas o autorizadas que hayan de producir efectos jurídicos de cualquier tipo, tanto si son ante los tribunales, los registros y las oficinas públicas como si no, sea cual sea la antigüedad, de más o menos de cien años, del documento que se trate

Éxito de las Jornadas de jurisdicción voluntaria

Los pasados 6 y 7 de octubre tuvieron lugar en el Colegio las Jornadas sobre jurisdicción voluntaria, que contaron con cerca de doscientos asistentes que atendieron las intervenciones de notarios, catedráticos y magistrados en torno a las principales novedades de esta ley, que entró en vigor el pasado 23 de julio.

En el transcurso de la primera mesa, moderada por Ángel Serrano, coordinador de las Jornadas, él mismo aclaró que «la Ley de Jurisdicción Voluntaria modifica la Ley del Notariado, que es el objeto de las ponencias», e intervinieron Joan Picó Junoy, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili; Martín Garrido Melero, Notario de Tarragona, y José Antonio García Vila, Notario de Sabadell.

Joan Picó Junoy centró su exposición en la presentación, propiamente, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de la cual repasó la estructura, de 148 artículos, 6 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 1 derogatoria y 21 disposiciones finales que han ido modificando artículos del Código Civil, de la Ley del Notariado o de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras. Junoy dio un repaso a la



La primera mesa redonda se centró en presentar la ley, así como a ahondar en la herencia abintestato, la adverbación de testamentos y las figuras del albacea y la del contador partidario dativo.



Vida corporativa



La segunda mesa redonda repasó a fondo el procedimiento de subasta.

alternatividad de operadores jurídicos que plantea la ley, y aconsejó «*recurrir al Notario por coste y rapidez*»; cuestionó el término *jurisdicción voluntaria*, exponiendo que, en realidad, «*existe controversia*» y «*cosa juzgada*», y expuso el procedimiento de jurisdicción voluntaria, que consiste en postulación —exigiendo Abogado y Procurador en determinados casos—, alegaciones —siempre necesarias— y comparecencia —si lo piden las partes. Expuso los requisitos en lo concerniente a la prueba, la resolución y los recursos, así como dudas generadas en torno a si son aplicables costes o medidas cautelares, por ejemplo. Finalmente, concluyó que «*la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en general, es un paso adelante que ya era hora de que llegase. Es una regulación mejorable pero correcta que seguro que planteará problemas y seremos capaces de resolverlos*».

Martín Garrido Melero, Notario de Tarragona, expuso el tema de la herencia *ab intestato* y la adveración de testamentos explicando su esquema básico normativo, que incluye tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil que se deroga como el artículo 209 bis del Reglamento Notarial, que regula las declaraciones de herederos; el Reglamento europeo de 4 de julio de 2012, y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 21 de julio de 2015. El ponente lanzó una serie de preguntas como cuál es el criterio para fijar la competencia notarial en el caso de las declaraciones de herederos intestadas, qué ley se aplica en el supuesto de elementos de extranjería, cuándo se abre la sucesión intestada o los requisitos para la adveración y protocolización de testamentos cerrados. Finalmente, hizo referencia a las especificidades del Derecho catalán, como las memorias intestadas, no incorporadas a la ley.

Por su parte, José Antonio García Vila, Notario de Sabadell, expuso la cuestión del albacea y de la figura del contador partidor dativo. En este sentido, explicó que «*la aplicación en Cataluña del artículo 66 de la Ley del Notariado dependerá de cómo se interpreta la disposición adicional primera de la Ley del Notariado*». Así, afirmó que, según las interpretaciones de sus compañeros, «*del albacea solo tienen transcendencia la aceptación y la renuncia; es lo único aplicable a los notarios, según la Ley de Jurisdicción Voluntaria*». Aseguró que el artículo es una mezcla extraña producto de la tramitación parlamentaria y plantea problemas con la aplicación del Régimen Sucesorio Europeo o la citación de personas.

En la segunda mesa redonda, Leopoldo Martínez de Salinas, Notario de Sant Boi de Llobregat, y Emilio Rosselló Carrión, Notario de Barcelona, hablaron de la subasta, y afirmaron que la Ley de Jurisdicción Voluntaria «*introduce novedades importantes en cuanto al expediente, que consta de una parte preparatoria, el desarrollo propiamente de la subasta, que es un procedimiento electrónico en el que el Notario prácticamente no interviene, y la ejecución, en la que el Notario tiene una gran participación*». En lo que concierne al régimen jurídico, los ponentes expusieron el régimen que rige la subasta, de modo que afirmaron que «*las normas de regulación son de orden público y, por tanto, no dan opción a pacto o singularización*», por ejemplo. Tras presentar algunos supuestos particulares, aseguraron que «*el principio que recoge la ley, por lo que respecta a la actuación del Notario, es el control de legalidad*», así como el hecho de que el contenido es casi al cien por cien procedimental. Por otra parte, afirmaron que «*las normas de la Ley del Notariado en materia de subastas han de aplicarse a los derechos autonómicos*», y explicaron, paso a paso, los pasos que hay que seguir desde la solicitud al Notario para que promueva la subasta notarial y la puesta en conocimiento de las particularidades y condiciones generales de la subasta, hasta el desarrollo que tiene lugar exclusivamente *on line* y sin intervención notarial —excepto para atender causas de oposición a la subasta, alteraciones en el estado de cargas o la interposición de una querella, por ejemplo—, y la fase final, en que el expediente vuelve al Notario, que ejerce el control de legalidad y cierra el acta haciendo constar que la

«La Ley de Jurisdicción Voluntaria, en general, es un paso adelante que ya era hora de que llegase. Es una regulación mejorable pero correcta que seguro que planteará problemas y seremos capaces de resolverlos»



En la segunda jornada se habló del divorcio y el acta de matrimonio, la acreditación del régimen económico matrimonial y las ventajas de acudir al notario para formalizar actos de jurisdicción voluntaria.

subasta ha finalizado y procede a su protocolización.

La segunda jornada se inició con la intervención de Jesús Julián Fuentes Martínez, Notario de Barcelona, que expuso el tema del divorcio y el acta de matrimonio. Explicó que *«en realidad los expedientes de jurisdicción voluntaria utilizan fórmulas documentales delimitadas ya en nuestra legislación notarial»*, y criticó la técnica de la ley, dado que *«plantea dudas interpretativas y discrepancias entre los preceptos de la Ley Notarial y los preceptos sustantivos del Código Civil»*. También expuso que *«existe un cambio en la función notarial, ya que al Notario se le exige un plus respecto a ejercer el control de legalidad. Supone dar un paso al frente, que es una constante del legislador en los últimos años: hay que ir al fondo más que a la forma»*.

Ángel Serrano de Nicolás, Notario de Barcelona, se centró en el acta de acreditación del régimen económico matrimonial, haciendo referencia al artículo 53 de la Ley del Notariado. El ponente hizo también referencia al artículo 49, por el hecho de que estipula qué materias se formalizarán a través de la escritura, y recalcó que *«en caso de*

que no se utilice el vehículo formal correcto, el acto será nulo».

Jesús Sánchez, miembro del Colegio de Abogados de Barcelona, se centró en las ventajas de acudir al Notario para formalizar actos de jurisdicción voluntaria. Tras afirmar que *«la alternatividad que plantea la Ley de Jurisdicción Voluntaria es una magnífica herramienta de trabajo para el legislador»*, expuso que la ley consta de dos bloques: la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria, con su regulación y alternatividad, y la sede jurisdiccional, en que deberemos tener presente, en función del tema concreto, si la competencia corresponde al Juez o al Secretario Judicial. Cuando existe una vía concurrencial, deberá tenerse muy presente si conviene acudir al ámbito jurisdiccional o al notarial o al registral. Para valorarlo, recomendó tener presentes tres aspectos: el coste económico del expediente, incluyendo las repercusiones fiscales; la duración temporal del expediente, y la eficacia de la resolución. En este sentido, afirmó que *«la sede notarial ofrece muchas posibilidades de llegar a acuerdos, por ejemplo, en temas como la reclamación de deudas no contradichas, en materia de familia o en el nombramiento de peritos en contratos de seguros»*, por ejemplo.

Para cerrar las Jornadas, tuvo lugar una mesa redonda de perfil social, en la que Silvia Giménez Salinas, Abogada de Familia; Pascual Ortuño, Magistrado de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; Antoni Bosch, Notario de Barcelona, y Juan Manuel Fernández, Magistrado y Vocal del Consejo General del Poder Judicial, expusieron sus puntos de vista acerca de la ley. Moderada por Santiago Tarín, redactor jurídico de *La Vanguardia*, que aseguró que *«como observador externo, tengo dos sensaciones: que en los tribunales hay mucho sufrimiento y que el sistema está anticuado y existe un colapso»*, Silvia Giménez Salinas consideró que *«la Ley de Jurisdicción Voluntaria es suficiente, pero se podría avanzar más en Derecho de Familia»*, y habló de los temas que han quedado fuera de la ley, como el procedimiento de retorno de menores cuando un progenitor está en el extranjero y todo lo que afecte a menores o a discapacitados.

Pascual Ortuño, Magistrado de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, aseguró que *«la ley favorece al ciudadano y los expedientes de jurisdicción voluntaria son instru-*

Durante la segunda jornada se criticó la técnica de la ley, pues *«plantea dudas interpretativas y discrepancias entre los preceptos de la Ley Notarial y los preceptos sustantivos del Código Civil»*. *«Al Notario se le exige un plus respecto a ejercer el control de legalidad. Es una constante del legislador en los últimos años: hay que ir al fondo más que a la forma»*



Vida corporativa



Para cerrar las jornadas tuvo lugar una mesa redonda que reunió a diversos juristas, moderada por Santiago Tarín de *La Vanguardia*.

Francisco Javier Gómez Gállico, Director General de los Registros y del Notariado, destacó que se «ha mantenido en el ámbito de la jurisdicción lo que es estrictamente jurisdiccional y, para lo que no lo es, hemos planteado la alternativa apostando especialmente por la función notarial»

mentos que facilitan su vida jurídica y la hacen lo menos traumática posible». Así, afirmó que «la ley supone un cambio importante, porque hasta ahora teníamos un concepto de jurisdicción demasiado apegado a jueces, tribunales y abogados, y lejos de la Justicia del pueblo. Ahora se plantea un nuevo sistema de justicia, con la intervención de otros profesionales». Finalmente, aseguró que la Ley de Jurisdicción Voluntaria «da un papel extraordinario al Notariado», y afirmó que «en la mayoría de países de nuestro entorno lo que incluye la jurisdicción voluntaria ya no está en los juzgados. La revalorización de la Justicia es llevar a los juzgados aquellos casos en los que hay controversia, y no llevar los casos en los que no la hay».

Antoni Bosch, Notario de Barcelona, habló de pasado, presente y futuro. Situó el origen de la ley en la inquietud política en 1986 y en la recomendación de Europa para que se modificase el sistema de jurisdicción. En aquel momento, sin embargo, la jurisdic-

ción voluntaria no se tocó, mientras que, llegados al presente, «ahora se propone un sistema de asuntos públicos diferente, el legislador ve las ventajas de los notarios y pasa a desjudicializar determinados temas y a atribuirlos a diferentes operadores en función de su especialidad, lo que supone una reforma de la Ley del Notariado». En clave de futuro, Bosch previó que «la ley tendrá un éxito importante». Por lo que respecta a la intervención de los notarios, «la Notaría es cercana y muchos expedientes serán mucho más rápidos». Para concluir, afirmó que «la sociedad va modelando al Notariado. Bienvenida sea la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que será útil para los ciudadanos y para el sistema judicial, ya que agilizará expedientes sin pérdida de las garantías que ya existían».

La última intervención correspondió a Juan Manuel Fernández, Magistrado y Vocal del Consejo General del Poder Judicial, que aseguró que «la Justicia y el ofrecimiento de garantías no corresponden solo a los jueces», y afirmó que «hemos creado una cultura del pleito y la confrontación en la que parece que alguien deba ganar y alguien deba perder». Aseguró que el Consejo General del Poder Judicial «siempre ha sido favorable a una Ley de Jurisdicción Voluntaria», y lamentó que no dispongamos de una Administración de Justicia moderna, pese a afirmar que se va avanzando en este sentido. Finalmente, aseguró que «la ley es acertada tanto en lo que sale de los juzgados como en lo que se queda en ellos», y consideró muy positiva la reordenación de las funciones de jueces y secretarios judiciales.

Antes de finalizar, Joan Carles Ollé afirmó que «la ley se enmarca en el proceso de modernización de la Justicia en toda Europa para lograr una Justicia más ágil y moderna». «Los notarios —aseguró— podemos hacer una gran aportación, por nuestra doble condición de funcionarios públicos y profesionales del Derecho, por nuestra rigurosa preparación jurídica, por el hecho de que nos situamos en la vanguardia de la tecnología y por nuestra distribución geográfica por todo el territorio. Todo ello nos sitúa en una posición idónea para asumir estas nuevas funciones».

La conclusión de las Jornadas corrió a cargo de Francisco Javier Gómez Gállico, Director General de los Registros y del Notariado, que afirmó que «estamos introduciendo medidas parciales de modernización en el Registro Civil, como la comunicación telemática de los nacimientos en hospitales o la nacionalidad por residencia». Aseguró que «el ejemplo más claro para descargar a los juzgados es la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que va en paralelo a la del Catastro y a la del Registro Civil». Y afirmó que «hemos mantenido en el ámbito de la jurisdicción lo que es estrictamente jurisdiccional y, para lo que no lo es, hemos planteado la alternativa apostando especialmente por la función notarial».



EL COLEGIO ELABORA MODELOS DE ACTAS Y ESCRITURAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El Colegio ha elaborado modelos de actas y escrituras relativos a la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria, siguiendo el orden sistemático de la propia ley y acompañados de unas notas breves.

Estos formularios, que se han hecho llegar a todos los colegiados, así como a los notarios de toda España, han sido elaborados por un grupo de trabajo integrado por Javier Martínez Lehmann (coordinador), Juan Antonio Andújar Hurtado, Raquel Iglesias Pajares, Rocío Maestre Cavanna, Leopoldo Martínez de Salinas Alonso, Emilio Roselló Carrión, Valero Soler Martín-Javato, José Salvador Torres Roger y Paloma Zaldo Pérez.

El Colegio rinde homenaje a José Félix Belloch Julbe

El pasado 14 de octubre, el Colegio celebró un acto de homenaje a José Félix Belloch Julbe, que fue Decano de la institución en el periodo 1999-2004. En el acto, tomaron la palabra Joan Carles Ollé, Decano del Colegio; Juan Bolás Alfonso, Notario de Madrid y Expresidente del Consejo General del Notariado, quien glosó ampliamente la figura del homenajeado; Juan Alberto Belloch, hermano del homenajeado y Exministro de Justicia; Adolfo Pries Picardo, Notario de Fuenlabrada; José Alberto Marín, Vicedecano del Colegio, y Juan José López Burniol, Notario. Cerró el acto Jordi Jané, Consejero de Interior de la Generalitat de Catalunya.

En el transcurso de su intervención, Juan Bolás Alfonso, Notario de Madrid y Expresidente del Consejo General del Notariado, le definió como *«un Notario de reconocido prestigio, buen Jurista y colaborador con la Universidad, marcando la diferencia su gran vocación por la política corporativa»*. Afirmó que *«el pensamiento político de José Félix Belloch estuvo regido por el ideario de la Asociación Foro Notarial, basado en dar a conocer mejor la función*

notarial y el asesoramiento gratuito, imparcial y compensador del Notario; en transmitir que la intervención notarial ofrece la máxima seguridad posible; en la reforma de los aranceles de acuerdo con criterios de racionalidad y economía, y en la renovación del marco normativo y la promulgación de una nueva Ley de Seguridad Jurídica Preventiva». En definitiva, concluyó, *«fue, por encima de todo, un visionario de la política corporativa, un revulsivo para superar posturas conservadoras y un impulsor de reformas para la modernización del Notariado»*.

Juan Alberto Belloch, hermano del homenajeado y Exministro de Justicia, definió a su hermano como *«uno de mis maestros, bueno, íntegro, inteligente, honesto y justo»*. Recordó la tradición política de su familia y el interés de su hermano por la política, y afirmó que *«él quería profundamente al*



El acto contó con la presidencia de Jordi Jané, Consejero de Interior de la Generalitat de Cataluña.



Vida corporativa



En el transcurso del acto, se le hizo entrega a Juan Alberto Belloch del libro homenaje dedicado a su hermano.

Juan Alberto Belloch, hermano del homenajeado y Exministro de Justicia, definió a su hermano como «uno de mis maestros, bueno, íntegro, inteligente, honesto y justo». «Su obsesión fue la seguridad jurídica preventiva y que el Notariado se adaptase al siglo XXI»

Notariado, sentía un verdadero afecto por su profesión. Su obsesión fue la seguridad jurídica preventiva y que el Notariado se adaptase al siglo XXI». Finalizó su intervención asegurando que «fue un gran Notario que quiso mucho al Notariado y a sus compañeros y les respetó como pocos».

Adolfo Pries Picardo, Notario de Fuenlabrada y quien fue Presidente del Consejo General de Corredores de Comercio y Agentes de Cambio y Bolsa en el momento de su fusión con el Notariado, mostró su agradecimiento «por cómo gestionó la fusión y supo hallar los intereses que nos unían frente a posiciones enfrentadas». Y prosiguió: «Vio que el futuro de la seguridad jurídica preventiva tenía que ser común y debía orientarse hacia el beneficio de la sociedad, sumando funciones, personas y capacidades». Finalmente, aseguró que «fue un visionario de la política corporativa, muestra de su inteligencia, clarividencia, perspectiva de futuro, generosidad e impresionante capacidad de trabajo».

José Alberto Marín, Vicedecano del Colegio Notarial de Cataluña, quiso destacar su faceta asociativa en el ámbito de la política notarial. Así, destacó que su principal activo fue «saber estimular a un grupo de notarios más jóvenes que él para participar e impulsar la política corporativa, despertar en notarios de la calle el espíritu de lucha corporativa y de superación de la profesión». Destacó «su coherencia», por encima de todo, y «su capacidad para movilizar con su ejemplo a personas cuyo estatus personal y profesional las empujaba a vivir cómodamente, sin compromiso político notarial alguno».

Juan José López Burniol, Notario, recordó en su intervención que conoció al homenajeado cuando estudiaban la oposición y le definió como «un mediterráneo, potente como opositor, de inteligencia poderosa y fina, voluntad firme, memoria excelente, cultura amplia, curiosidad universal, entusiasmo contagioso y notoria seguridad intelectual en sí mismo». Destacó «su interés por la historia, la política, la situación del país y su futuro», y concluyó su intervención afirmando que «José Félix Belloch fue alguien leal y, por encima de todo, era bueno en el buen sentido de la palabra bueno. Ejemplar en su conducta y admirable por su entusiasmo, su entrega y su bondad».

En su intervención, Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, destacó el perfil poliédrico de José Félix Belloch reflejado en cinco vertientes: como Decano —en el que destacó el refuerzo de la estructura del Colegio, sus excelentes relaciones con la Generalitat y su gran capacidad política para dialogar con los poderes públicos—; como líder del asociacionismo notarial —siendo uno de los grandes líderes, luchador incansable de la democracia corporativa, y jugando un papel importantísimo en la modernización de la profesión—; como líder notarial —coliderando el Consejo General del Notariado e impulsando grandes cambios, como, por ejemplo, la fusión con los corredores de comercio, la apuesta tecnológica y la defensa de la función—; como brillante escritor —y gran especialista en seguridad jurídica preventiva—, y su perfil humano —definiéndolo como un «hombre arrasador, adversario temible dialécticamente, leal y bondadoso con sus amigos». Ollé afirmó que «quienes actualmente tenemos responsabilidades corporativas, e incluso siendo vigentes sus grandes líneas maestras, también hemos abierto nuevos caminos para la profesión impulsando nuevas funciones en el terreno de la solución alternativa de conflictos, con especial atención a la materia de consumidores, la revisión de la demarcación notarial, aspectos arancelarios, el refuerzo de la estructura del Consejo General del Notariado o la aprobación del Código Deontológico, entre otros».



En el transcurso del acto, también se presentó un libro de homenaje a la figura de Belloch que recoge escritos de diversos notarios que repasan su perfil biográfico, corporativo y sus estudios doctrinales

Finalmente, Jordi Jané, Consejero de Interior de la Generalitat de Cataluña, cerró el acto recordando la coincidencia de sus inicios en la Comisión de Justicia del Congreso, en 1999, con el Decanato y la Vicepresidencia del Consejo General del Notariado de José Félix Belloch, aquel mismo año. Definió a Belloch como «*una persona preparada, brillante, moderna, trabajadora, con mucho impulso, locuaz, inteligente y muy vehemente, que defendía con ardor sus postulados y teatralizaba la defensa de sus posiciones. Era singular y era un líder*». Y prosiguió: «*Con un espíritu moderno y abierto, cambió la percepción de la profesión del Notariado*». Finalmente, concluyó su intervención afirmando que «*el Notariado es una profesión con raíces y con futuro, ya que las Cortes siguen impulsando reformas para dar valor a la función del Notariado y nuevas normativas permiten que tenga nuevas funciones*».

En el transcurso del acto, también se presentó un libro de homenaje a la figura de Belloch que recoge escritos de diversos notarios que repasan su perfil biográfico, corporativo y sus estudios doctrinales. Con un texto introductorio de Joan Carles Ollé y obituarios del mismo Decano y de Juan Alberto Belloch Julbe, el libro incluye perfiles biográficos y corporativos escritos por Diego de Dueñas Álvarez y José Alberto Marín Sánchez y dos textos del propio Belloch, así como estudios doctrinales de José-Javier Cuevas Castaño, Juan José López Burriol, Honorio Romero Herrero, Adolfo Pries Picardo, Martín Garrido Melero y Ángel Serrano de Nicolás.

Con la reforma, «*el legislador pretende lograr un mayor grado de acierto en la representación gráfica de los inmuebles, y eso pasa por una mejor coordinación de la información existente en el Catastro y en el Registro*»

Jornadas sobre la reforma de las leyes Hipotecaria y del Catastro Inmobiliario

Los días 3 y 4 de noviembre tuvieron lugar en el Colegio las Jornadas sobre la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma hipotecaria y del Catastro inmobiliario, organizadas conjuntamente con la Fundación Roca Sastre y con el apoyo de la UNED, y coordinadas por José Antonio García Vila, Notario de Sabadell, y Carlos Vilagrasa Alcaide, Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona y patrono de la Fundación Roca Sastre.

En la inauguración, estuvieron presentes Carmen de Albert Roca-Sastre, Presidenta Ejecutiva de la Fundación Roca Sastre, y José Alberto Marín, Vicedecano del Colegio, que expresó «*la importancia de hacer una jornada sobre esta reforma legislativa, una de las más complejas de estudiar y que supone también un reto tecnológico para los notarios, por lo que debemos apostar por ello, si queremos tener un sistema de seguridad jurídica preventiva moderno*».

En la primera jornada intervino Carlos Lasarte Álvarez, Catedrático de Derecho Civil de la UNED, quien expuso la cuestión de la «*Inmatriculación, derechos inscriptibles y dinámica de las inscripciones: el tracto sucesivo*». Así, centró su exposición en los bienes inmuebles, «*verdaderos protagonistas del Registro*», y en las fincas en sentido material y especial. Expuso los mecanismos relativos a la inmatriculación y a la reanu-



Las Jornadas se enmarcan en la serie de encuentros organizados para presentar y analizar las últimas reformas legislativas.



Vida corporativa



El Colegio y la Fundación Roca Sastre, con el apoyo de la UNED, reunieron a más de un centenar de juristas para debatir y analizar la reforma de la Ley Hipotecaria y la del Catastro.

El Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, y la Presidenta de Honor de la Fundación Roca Sastre, Carmen Burgos-Bosch Mora, fueron los encargados de cerrar estas Jornadas, en las que participaron más de un centenar de notarios, abogados, economistas y otros juristas

dación del tracto, así como conceptos incorporados a la nueva ley, como, por ejemplo, «las múltiples inmatriculaciones, en sustitución de lo que hasta ahora era la doble inmatriculación».

Antonio Longo Martínez, Notario de Barcelona, expuso «La representación gráfica georreferenciada» y «Supuestos de acceso de la base gráfica de la finca: documentación, requisitos de incorporación, procedimiento y efectos». En su exposición, partió de la premisa que «el Derecho incorpora dos instituciones que producen efectos sobre la realidad inmobiliaria, con una normativa propia cada una de ellas y que obligan a que la representación gráfica refleje la realidad a la que se refiere, aunque, en realidad, a menudo la realidad física vive al margen de la catastral o registral». Así, afirmó que, con la reforma, «el legislador pretende lograr un mayor grado de acierto en la representación gráfica de los

inmuebles, y eso pasa por una mejor coordinación de la información existente en el Catastro y en el Registro». Profundizó en las medidas tomadas para conseguir la descripción gráfica —ahora georreferenciada— de la finca registral, con métodos como el desarrollo del programa informático Geobase, entre otros. Y concluyó afirmando que continúa generando controversia el hecho de que «mientras la incorporación al Catastro es obligatoria, la inscripción al Registro de la Propiedad sigue siendo voluntaria».

En la segunda jornada participó Víctor Esquirol Jiménez, Notario de El Masnou, quien expuso «La descripción de la finca: coordinación entre Registro de la Propiedad, Catastro inmobiliario y realidad física». El objeto de su ponencia fue «el examen de la concordancia en relación con la descripción de las fincas entre el Registro de la Propiedad, el Catastro y la realidad física, así como los procedimientos para lograr esta triple concordancia». Centrándose en la realidad física, no en la jurídica ni en la relación entre ambas, y básicamente desde el punto de vista de la actuación notarial, el ponente afirmó que «la reforma ha sido algo precipitada, y han sido necesarias resoluciones recientes mediante circulares explicativas de la Dirección General de los Registros y del Notariado a los registradores». Por otra parte, José Antonio García Vila, Notario de Sabadell, explicó los «Efectos de la inscripción. Valor efectivo de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria. Las consecuencias jurídicas derivadas del artículo 207 de la Ley Hipotecaria». Expuso una parte más teórica de la Ley 13/2015, hizo patente que «es el Registro el que ha de concordar con la realidad; medio y realidad deberían ir de la mano», y consideró como punto fundamental «la inmatriculación por expediente de dominio».

El Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, y la Presidenta de Honor de la Fundación Roca Sastre, Carmen Burgos-Bosch Mora, fueron los encargados de cerrar estas Jornadas, en las que participaron más de un centenar de notarios, abogados, economistas y otros juristas.

En recuerdo de Luis Díez-Picazo y Ponce de León (1931-2015)

Por Ignacio Serrano García
*Presidente de la Fundación Tutelar
 castellano y leonesa de personas con
 Discapacidad Intelectual (FUTUDIS)*

El 30 de octubre de 2015 fallece en Madrid a los 84 años de edad, Luis Díez-Picazo, ilustre civilista, discípulo de Federico de Castro, maestro de muchos, amigo de otros, referencia de innumerables alumnos y estudiosos.

Juez, Abogado, Catedrático de Universidad, Presidente de la Sección Primera, de lo civil, de la Comisión General de Codificación, Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Magistrado del Tribunal Constitucional, miembro del Consejo General del Banco de España, Consejero de Estado...

El 30 de octubre de 2015 fallece en Madrid a los 84 años de edad, Luis Díez-Picazo, ilustre civilista, discípulo de Federico de Castro, maestro de muchos, amigo de otros, referencia de innumerables alumnos y estudiosos

Autor de monografías, manuales, artículos de revista sobre cualquiera de los múl-

tiples temas que atañen al Derecho civil. Traductor de obras indispensables: *Tópica y jurisprudencia, Derecho flexible*.

No me atrevo a hacer una glosa de su amplísima obra, que excede de mis posibilidades, pero quizá sí para recordar una faceta de su actividad sobre una institución que ahora está en cuestión.

Me refiero a su liderazgo en los trabajos para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela. La reforma de los preceptos se inicia con el patrocinio de la FUNDACIÓN GENERAL MEDITERRÁNEA. Tiene fecha de octubre de 1977. En la pre-



sentación del estudio, el Patronato de la Fundación dice que "decidimos promover un estudio cuya dirección se encomendó a una persona de tan notoria competencia en esta materia concreta como el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Profesor





In Memoriam

D. Luis Díez-Picazo al que, una vez aprobado el esquema básico, se concedió plena autonomía para la selección de colaboradores, la orientación del trabajo y todos los demás aspectos de desarrollo del mismo".

Desde 1889 hasta el 24 de octubre de 1983 estuvo en vigor un sistema de guarda y protección de menores e incapacitados basado en un sistema de tutela de familia, con una organización muy compleja en la que se superponían el tutor, el protutor y el Consejo de Familia. Este sistema era constantemente criticado y estaba en profunda crisis. Se cuestionaba entre otros aspectos la rigidez del sistema que no consentía, más que con una forzada interpretación jurisprudencial, la graduación de la medida de guarda.

El estudio para la reforma propone el abandono del sistema de tutela de familia por uno de autoridad encomendada a los jueces; se reincorpora la institución de la curatela; se posibilita la incapacitación de menores quienes, al alcanzar la edad de la mayoría seguían bajo patria potestad prorrogada.

Y me complace recoger unas palabras de la presentación del texto articulado: *"la tutela [...] se refiere también a los incapacitados para quienes la sentencia de incapacitación haya establecido, con carácter pleno o limitado, este medio de guarda o protección, lo que equivale a reconocer la posibilidad de una tutela plena, junto a la una tutela limitada o restringida"*. Estas ideas se concretan en el art. 208 del Estudio SEREM, luego art. 210 Cciv, de 1983 y hoy art. 760 Lec.

Esta posibilidad de graduación de la tutela se olvida frecuentemente hoy, criticando la tutela por la amplitud de las facultades que se conceden al tutor, entendiendo que cuando se tiene que graduar la protección —o los apoyos— que requiere la persona se inclinan los tribunales por la curatela, forzando la figura hasta hacerla, no obstante el nombre, semejante a una tutela *pequeña*, sin inventario ni rendición de cuentas.

El fallecimiento del Prof. Luis Díez-Picazo hace conveniente releer el *Estudio* que firmó junto a Rodrigo Bercovitz, Carlos Rogel, Antonio Cabanillas y Jorge Caffarena.

Descanse en paz el ilustre profesor, del que me he considerado buen amigo.

Valladolid a 4 de octubre de 2015

Reglas para la publicación de trabajos en **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
2. **REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
3. **EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
4. **ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
5. **PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
6. **NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres árabigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.



Toda la actualidad del Colegio en un solo click

Puedes consultar la revista La Notaria,
otras publicaciones y toda la actualidad en
www.notariosdecataluña.org

Y también puedes acceder al Archivo
Histórico de Protocolos de Barcelona,
conocer la Fundación de los Notarios de
Cataluña, informarte sobre la Academia
de Opositores de Cataluña ...

**Todo esto y mucho más. Así de
fácil, así de cómodo, así de rápido.**