

LaNotaria

Número 2 | 2013

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

Barcelona, sede de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado

Diversos artículos sobre las nuevas leyes de protección al deudor hipotecario y de arrendamientos urbanos

«La función notarial es indispensable y esencial en nuestra sociedad»

Entrevista a Roser BACH FABREGÓ
Directora de la Escuela Judicial

“La sociedad moderna, cuanto más se globaliza, más seguridad jurídica necesita”

Entrevista a Mario MICOLLI
Presidente de la Comisión de Asuntos Exteriores de la UIN

TRIBUNA

M.^a Ángeles Alcalá Díaz
Ernesto Tarragón Albella
José Antonio García Vila
Antoni Bosch i Carrera
Joan Carles Ollé Favaró

DOCTRINA

Constitución y seguridad jurídica. Valor de la función notarial ante los retos del siglo XXI
La falsa permuta de solar por obra futura
Ideas generales y reforma del sistema de impugnación español de los acuerdos sociales

PRÁCTICA

El beneficio de inventario y otras cuestiones de doctrina registral
Notas sobre la aplicación de la normativa sobre certificación de eficiencia energética de los edificios

PUBLI



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*), Patricia Olivencia Cerezo (*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 Follía Camps (*Notario - RALJC*), José Antonio García Vila (*Notario*), Ildefonso Sánchez Prat (*Notario*), Josep M.ª Valls Xufré (*Notario*), M.ª Angels Vallvé Ribera (*Notario*)

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño y Producción: LA LEY

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

Codificación, recodificación, refundición de textos y creación de riqueza

Ya se han dedicado algunos editoriales a la seguridad jurídica y a la necesidad de legislar sobre ciertas materias singularmente afectantes al ámbito notarial. Incluso alguno pensará que este vuelve a ser, en el mejor de los casos, una variación sobre el mismo tema —las reformas anunciadas y nunca acabadas o atropelladamente, algunas tanto que da igual llamarle al mismo sujeto con el diferente nombre de *avalista*, aunque sea fiador o hipotecante no deudor, pues garantes son todos y para eso está la corrección de errores o la reforma de la reforma, como así ha sido a los pocos días. Pero, ante la anunciada existencia de un anteproyecto del futuro nuevo Código Mercantil, y ante el ya también concluso anteproyecto de la futura Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no puede por menos que volverse al tema de la codificación, que, en el ya bien entrado siglo XXI, no puede tener, en general, el mismo sentido decimonónico, sino que se trataría de una recodificación o, al menos, en nuestra tradición jurídica, una refundición de textos, siquiera sea para adaptar la materia a las directivas europeas o a las nuevas realidades sociales y, por lo tanto, jurídicas. Aunque no es infrecuente la falta de premura al desarrollar o modificar los reglamentos, al dictar las leyes que alguna adicional contempla o al trasponer las directivas, lo que se hace en el momento límite, si no después, y por una mera ley —o real decreto ley, en el que la urgencia debe venir dada por la falta de diligencia al transponerla— que reproduce literalmente la Directiva y poco más.

En la vecina Francia, tan amante de la codificación e inspiradora de la nuestra —pues, a fin de cuentas, no puede desconocerse que no habrá un Código de las Obligaciones como en Suiza, sino un Código Mercantil, y quizás algún día algo parecido a una base de las obligaciones contractuales, como puede leerse en nuestra Constitución, art. 149.1.8.ª—, una Circular del Primer Ministro francés (NOR: PR-MX1308271C, de 27 de marzo de 2013) anuncia dos nuevos códigos: uno, el Código General de la Función Pública; otro, el Código de Relaciones entre la Administración y el Público, fruto del desarrollo de las tecnologías de la comunicación y del deber de transparencia de la acción administrativa y la participación del público en la elaboración de decisiones. Pero, afortunadamente, no acaba con ellos la reforma, sino que se procede, y esto sí es dar seguridad jurídica y no el estar vigentes más de trescientas cincuenta mil normas, a la refundición de los siguientes códigos: el Código del Consumo; el Código de la Construcción y la Vivienda; el Código Electoral; el Código de la Expropiación por Causa de Utilidad Pública; el Código de las Pensiones Militares de Invalidez y de Víctimas de la Guerra; el Código Postal y de las Comunicaciones Electrónicas; el Código de Urbanismo —Libro 1.º—; el Código de

las Carreteras, y, finalmente, los códigos del Cine y la Imagen Animada; de la Defensa; de la Educación; de la Energía; del Patrimonio; de los Transportes; Rural y de la Pesca Marítima, y de la Seguridad Interior.

No se trata, obviamente, de copiarlos, ni de recodificar o aprobar textos refundidos de similares contenidos, pues innecesario es resaltar el muy diferente sistema de distribución competencial existente entre ambos países, aunque aquí —a nuestro sistema constitucional— también se haya querido trasladar su denominado *bloque de constitucionalidad*. Se trata de respetar la distribución competencial, por todos, y, en consecuencia, refundir y unificar, sí, pero, sobre todo, respetando las competencias legislativas de cada uno —Estado, comunidades autónomas e incluso ayuntamientos—, para no crear falsas apariencias en el ciudadano, que no tiene que estar exactamente enterado de las competencias legislativas de cada Administración, a las que la actuación conforme a la más estricta legalidad se les presume. Valgan, como mal ejemplo, los registros administrativos municipales —pues eso son, y no jurídicos, con sus muy diferentes efectos frente a terceros— de parejas o uniones de hecho, ya que las SSTC n.º 93/2013, de 23 de abril de 2013, y la previa n.º 81/2013, de 11 de abril de 2013, para las uniones de hecho, exigirán —sin perjuicio de seguir aplicando otras leyes autonómicas sobre la misma materia en tanto estén vigentes— una completa revisión por los integrantes de las uniones libres de su situación, por más que puedan estar en dichos registros inscritas, es decir, una completa revisión de su situación jurídica, no sea el caso que, creyendo que están en una determinada situación jurídica —que no estado civil—, sea otra y bien diferente en el momento de abrirse la sucesión de algunos de los integrantes de la pareja. Pues, muy seguramente, no serán los mismos los intereses de la expareja que los de los hijos de uno y otro, o que los de los colaterales o ascendientes del premuerto.

Se trata de recodificar o refundir textos, pues la seguridad y la certeza en las relaciones jurídicas son fuente de riqueza, como lo es el no tener que malbaratar tiempo y dinero en costes preinversión sin justificación específica ni motivación suficiente, si no es el caso que se tienen que obtener por silencio administrativo.

Al legislar, procederá el respeto a la materia que da nombre a la ley —no puede haber disposiciones adicionales en las que, traídas por los pelos, se regulen materias más o menos conexas—, y procederá el respeto a la jerarquía normativa y a los criterios que informan a un código frente a un simple reglamento —no pueden confundirse los principios con el mero detalle, incluso excesivo para una simple circular, que en cuanto norma reglamentaria también requerirá de su oportuna publicidad.

Todo esto, y más, es lo que necesita nuestro ya hace tiempo hipertrofiado sistema legal, en que se acude al fácil camino de adicionar sin derogar expresamente, lo que colisiona con la seguridad jurídica. Por todo ello, no puede por menos que considerarse acertado que la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria sirva para remitir a la Ley del Notariado determinados expedientes judiciales, con un nuevo Título VII, entre los que se incluirá la subasta notarial. Aunque no debería ser inoportuno, y tiempo hay todavía para ello, que se regulase «al modo notarial», cuya eficiencia está más que demostrada, un sistema de cobro de la deuda hipotecaria, o incluso pignoratícia, que no puede ser un mal trasunto de la ejecución judicial, por ser de dudosa constitucionalidad la venta forzosa extrajudicial —aunque lo de *forzosa*, que es lo que la caracteriza, se olvide—, sino una auténtica solución pactada al momento de constituirse la garantía.

Encabezo diciendo que es creación de riqueza y, en efecto, lo es, la seguridad jurídica, en todas sus manifestaciones, que van desde la facilidad en encontrar e interpretar certeramente la norma aplicable a la supresión de trámites, censos, registros y demás listados inicuos o de dudosa legalidad; desde la superación de



Editorial

- Codificación, recodificación, refundición de textos y creación de riqueza



Tribuna

- La protección del deudor hipotecario. La insuficiencia de la reforma para la defensa del deudor-consumidor
María Ángeles Alcalá Díaz 6
- Barcelona, sede de la CAE, pero ¿qué es la CAE?
Ernesto Tarragón Albella 16
- La venta extrajudicial del bien hipotecado tras la Ley 1/2013
José Antonio García Vila 20
- La incorporación del arrendamiento al marco de seguridad jurídica
Antoni Bosch i Carrera 28
- **Tribuna pendiente de recibirse**
Joan Carles Ollé Favaró 35



Entrevista

- «La función notarial es indispensable y esencial en nuestra sociedad»
Roser Bach Fabregó 37
- «La CAE es el puente entre la Europa política y la geográfica»
Mario Miccoli 42



Doctrina

- Constitución y seguridad jurídica. Valor de la función notarial ante los retos del siglo XXI
Joan Carles Ollé Favaró 46
- La falsa permuta de solar por obra futura
Jose Luis del Moral Barilari 56
- Ideas generales y reforma del sistema de impugnación español de los acuerdos sociales
Jesús Quijano González 62



Práctica

- El beneficio de inventario y otras cuestiones de doctrina registral
Antonio Ángel Longo Martínez 72
- Notas sobre la aplicación del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios⁽¹⁾
Antonio Ángel Longo Martínez 90



Internacional

- Las cláusulas suelo: condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013
Elisabeth García Cueto 96



Sentencias

- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo
Redacción de LA LEY 99



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles
Fernando Agustín Bonaga 109



Vida Corporativa

- Conferencia conmemorativa del 151º aniversario de la Ley del Notariado en el Senado 130
- Barcelona, sede de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado 131
- Conferencia de Eugeni Gay, Exvicepresidente del Tribunal Constitucional, sobre la Constitución 133
- Seminario Internacional sobre la Unificación del Derecho Internacional Privado 134

La protección del deudor hipotecario. La insuficiencia de la reforma para la defensa del deudor-consumidor



María Ángeles Alcalá Díaz
Catedrática acreditada de Derecho Mercantil
Exdirectora General de los Registros y del Notariado

I. ASPECTOS ECONÓMICOS Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

La **crisis del mercado hipotecario** desencadenada en los últimos años y cuyas causas y consecuencias han sido profusamente abordadas desde distintos ámbitos ha supuesto, entre otras muchas cosas, un **cambio sustancial de perspectiva de la legislación sobre créditos y préstamos hipotecarios en España, especialmente en relación con los instrumentos de protección del deudor hipotecario.**

Dentro de los cambios experimentados por la legislación reguladora del mercado hipotecario en relación con los titulares de créditos hipotecarios, destaca la **sustancial modificación de los objetivos de política legislativa**, como se evidencia del

análisis de diversas normas. Así, pueden distinguirse **dos etapas bien diferenciadas**: por una parte, **el conjunto de normas dictadas hasta 2011**, en las que **el objetivo del legislador es la dinamización y flexibilización del mercado hipotecario**. En esta fase se incluyen la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y de otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En esta etapa de la legislación se sitúa también la Orden EHA/1718/2010,

de 10 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios. En este proceso legislativo se pretende agilizar la contratación de estos productos financieros, para lo cual se suprimen controles. Esta misma orientación normativa se aplica a la publicidad de servicios y productos bancarios. Por el contrario, se refuerzan los deberes de información y algunos de los controles en su formalización cuando los créditos y préstamos hipotecarios son concedidos a consumidores por empresas que no son entidades de crédito.

La **segunda etapa** está marcada por la crisis económica y del mercado hipotecario, lo que explica un cambio sustancial de los fines de la política legislativa. Esta fase de la legislación se inicia **en 2011 y se extiende con distintas normas a lo largo de 2012 y**



2013. Las reformas legales, en un primer momento, refuerzan la **transparencia e información para, posteriormente, incrementar las vías que eviten la ejecución hipotecaria, la protección del deudor cuando esta ya se ha iniciado y, finalmente, su suspensión en los casos de deudores sin recursos.**

En este contexto normativo se incluyen la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en la que se regula por primera vez el llamado *crédito responsable*; el RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativas; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en cuyo desarrollo se dictó la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos; el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y, por último, el RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

Sin embargo, **gran parte de las medidas legales promulgadas a lo largo de 2012 dirigidas a la protección de los deudores hipotecarios** sin recursos y con el objetivo de evitar o suspender los desahucios una vez concluido el procedimiento de ejecución **han resultado claramente ineficaces.** Por otra parte, debe destacar la STJUE de 14 de marzo de 2013, que declaró la incompatibilidad de la legislación hipotecaria española en materia de ejecución con la normativa comunitaria sobre protección de los consumidores. Con estas premisas se ha promulgado la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, con la que se modifica una parte sustancial de las medidas de protección del deudor hipotecario dictadas en los meses anteriores. Además, se modifican diversas leyes, como la normativa procesal de ejecución hipotecaria que adapta nuestra legislación a la referida Sentencia europea o la Ley Hipotecaria, entre otras.

De todo ello se evidencia un cambio de perspectiva del legislador, ya que, en un primer momento, dicta normas orientadas a dinamizar y agilizar la contratación para, posteriormente, ya en plena crisis financiera y del mercado hipotecario, insistir en la protección del deudor en el proceso de ejecución hipotecaria y, singularmente, en la protección del deudor-consumidor sin recursos.

No puede obviarse que las diferentes normas legales reguladoras de los créditos y préstamos hipotecarios no han tenido en cuenta la necesaria protección del deudor cuando tiene la condición de consumidor

Sin embargo, **no puede obviarse que las diferentes normas legales reguladoras de los créditos y préstamos hipotecarios no han tenido en cuenta la necesaria protección del deudor cuando tiene la condición de consumidor.** Así puede constatar, en unos casos, en la previsión de diferentes niveles de protección del deudor hipotecario, con base en la naturaleza de las empresas que operan en el mercado y no por la condición de consumidor del deudor, y, en otros, por los problemas que genera la ausencia de un adecuado control preventivo de cláusulas abusivas.

En todo caso, **se han producido numerosas intervenciones normativas en pocos meses, con carácter de urgencia y contenido parcial, que sucesivamente han sido modificadas,** a menudo sobre la base de la ineficacia de las medidas introducidas. Todo ello muestra que **el proceso legislativo ha sido desordenado y descoordinado,** como evidencian la convivencia y la superposición de normas legales promulgadas en contextos económicos y jurídicos diferentes, con fines normativos opuestos y con resultados prácticos inconexos, cuando no directamente contradictorios. En ningún caso se ha abordado una reforma integral de la normativa reguladora de los créditos hipotecarios desde sus diversas perspectivas (procesales y sustantivas) y, sobre todo, adecuada a la legislación comunitaria y nacional de protección de los consumidores.

II. BREVE REFERENCIA A LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES Y A LAS MEDIDAS INTRODUCIDAS

1. La Orden EHA/2899/2011 y sus normas de desarrollo

Las medidas de protección del deudor o potencial deudor hipotecario previstas en la mencionada Orden **parten del desarrollo regulatorio del llamado préstamo responsable y se insertan en distintos aspectos de la contratación.** Por una parte, se vuelve a insistir, en relación con esta tipología contractual, en la información, transparencia y estandarización de dicha información; por otra, se delimita el contenido mínimo del contrato, y, finalmente, se refuerzan los instrumentos de control en la fase de formalización del contrato, en la que se incluye el asesoramiento previo al contratante de un crédito hipotecario.

En relación con la **información precontractual**, los arts. 20 a 25 regulan los diversos deberes de información y los instrumentos documentales a los que debe incorporarse dicha información. Así, el art. 20 prevé que el Banco de España elabore una *Guía de acceso al préstamo hipotecario*, cuya finalidad es que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan de la información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación. El art. 21 regula la llamada *ficha de información precontractual*, que las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten información sobre los préstamos hipotecarios ofertados y se facilitará mediante un documento estandarizado (FIPRE). En esta línea, el art. 22 regula la llamada *ficha de información personalizada*, que se suministrará ajustando la oferta a las necesidades de financiación, situación financiera y preferencias del cliente. Esta información se incorporará a un documento estandarizado, denominado FIPER.

Una vez que, tras la oportuna información, la entidad de crédito y el cliente muestren su voluntad de contratar un préstamo hipotecario, se procederá a la **tasación correspondiente del inmueble** y se efectuarán las comprobaciones oportunas sobre su **situación registral** y sobre la **solvencia financiera del cliente.** Después de estas averiguaciones, el cliente podrá solicitar a la entidad la entrega de una **oferta vinculante.** La oferta será efectuada por la entidad de crédito al cliente a través de una FIPER, cuyo contenido incluirá necesariamente la



mención expresa de su carácter vinculante y el plazo de vigencia de dicha oferta, que no podrá ser inferior a catorce días. Esta información deberá incluir, además de la que requiere el modelo oficial de la FIPER, según el Anexo II de la Orden, la que voluntariamente quiera facilitar la entidad, que se incorporará a un documento separado (art. 23).

También deberá incluirse en un documento anexo al contrato la **información relativa a los instrumentos de cobertura del riesgo del tipo de interés**, siempre que se comercialicen vinculados a un préstamo concedido por la propia entidad y, especialmente, cuando se refiera a las obligaciones que deben suministrar las entidades de crédito en la comercialización de estos productos, según lo establecido en el art. 19.2 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, tal y como establece el art. 24 de la Orden.

El art. 25 obliga expresamente a que en aquellos préstamos en los que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá esta circunstancia en un anexo a la FIPER, con mención concreta del tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima. No obstante, los requisitos formales a los que se re-

fieren los arts. 24 y 25 de la Orden no son de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, ya que en su art. 6 se establecen exigencias específicas sobre la incorporación y el consentimiento expreso del deudor en relación con las cláusulas suelo y techo.

De especial importancia es la normativa que supone introducir obligaciones específicas de protección del deudor hipotecario a los fedatarios públicos intervinientes en la formalización e inscripción de los préstamos o créditos hipotecarios

Los arts. 29 y 30 regulan el **contenido de los documentos contractuales y los controles a los que se someten en el acto de otorgamiento**, respectivamente. El primero de dichos preceptos exige que los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas respecto del resto del contenido contractual, las cláusulas financieras cuyo contenido se ajustará a la información personalizada incorporada a la FIPER, a las que deberán ajustarse el resto de las cláusulas contractuales. En todo caso, deberá mencionarse con claridad el tipo de interés aplicable y la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en el mismo.

De especial importancia es la normativa prevista en el art. 30, que, en esencia, supone introducir **obligaciones específicas de protección del deudor hipotecario a los fedatarios públicos intervinientes** en la formalización e inscripción de los préstamos o créditos hipotecarios. En esta línea, se insiste en la **libertad de elección del Notario**, en aplicación de la normativa general sobre la materia, así como el derecho de examen de la escritura pública antes de su firma. En particular, el art. 30.2 establece que **el cliente podrá examinar en el despacho del Notario el proyecto de préstamo hipotecario al menos durante tres días hábiles anteriores a su otorgamiento**. Cabe la renuncia expresa a este plazo, siempre que el acto de otorgamiento tenga lugar en la propia notaría.

Por otra parte, los párrafos tercero y cuarto del art. 30 establecen la **obliga-**

ción de los notarios de informar sobre los derechos de las personas físicas en la negociación y formalización de créditos hipotecarios, así como de **denegar la autorización de la escritura pública de formalización cuando la documentación o el contenido del contrato no se ajusten a la normativa reguladora**. Igualmente, impone la obligación de denegar la inscripción del «*funcionario encargado*» por la misma causa. No obstante, **ambos apartados han sido declarados nulos por la SAN de 5 de marzo de 2013**, por lo que resultan inaplicables a efectos de la verificación por los fedatarios públicos del cumplimiento de las normas sobre protección del deudor en esta modalidad de contrato. En esencia, la declaración de nulidad se deriva de que una orden ministerial no puede establecer obligaciones para notarios y registradores, ya que estas solo pueden ser impuestas en una norma con rango de ley. Se mantiene, en este sentido, el criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expresado en su Sentencia de 20 de mayo de 2008. En segundo lugar, el Tribunal aprecia falta de competencia del Ministerio de Economía para establecer dichas obligaciones, ya que son competencia exclusiva del Ministerio de Justicia, o, en caso de afectar por su contenido al ámbito de dos ministerios, la norma debe ser dictada por la Presidencia del Gobierno.

La consecuencia directa de la Sentencia es que la verificación del cumplimiento de las previsiones contenidas en dicha Orden solo podrá realizarse por parte de notarios y registradores en virtud de la normativa general, reguladora de la prestación de sus servicios, pero no serán exigibles las obligaciones específicas de dicho precepto. A efectos de dicho control, serán aplicables los arts. 23.2 LCGC y 147 RN, de conformidad con el art. 17 bis LN.

En desarrollo de la habilitación legal contenida en la Orden EHA/2899/2011, y con el fin de regular de una manera ordenada y sistemática el conjunto de normas que definen las mejores prácticas bancarias, así como la forma en que deben ofrecerse los servicios por parte de las empresas que operan en el mercado, se dictó la **Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de**





pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Como pone de manifiesto el preámbulo de la Circular, esta pretende, conjuntamente con la referida Orden, «configurar un nuevo marco de conducta que, dotado de una estructura sistemática, con vocación de permanencia y estabilidad y claramente orientado a la protección de los clientes de los servicios bancarios, deberá regir en lo sucesivo las relaciones entre estos y las entidades de crédito».

2. La Ley 1/2013, de 15 de mayo, de medidas de protección del deudor hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social

A) Aspectos generales

Como se ha indicado, la Ley 1/2013 contiene un conjunto de medidas de diversa naturaleza y con ámbitos de aplicación diferenciados cuyo objetivo es dar respuesta a la demanda social de protección del deudor sin recursos a fin de evitar en lo posible los desahucios, dado su notable incremento a consecuencia de la crisis económica. En este contexto cabe situar la **modificación del RDL 6/2012, de 9 de marzo**, que se había revelado claramente ineficaz ante la estrechez de su ámbito de aplicación subjetivo. Igualmente, destaca la **incorporación íntegra del RDL 27/2012**.

El art. 6 impone obligaciones de información específicas y requisitos de incorporación al contrato de las cláusulas suelo y techo y de los instrumentos de cobertura de riesgos por variabilidad de tipos de interés en los préstamos y créditos hipotecarios

Junto con este objetivo esencialmente coyuntural y con una vinculación directa con las indeseables consecuencias sociales de la crisis, se incorporan medidas impuestas por distintas sentencias judiciales con las que se quiere adaptar la normativa española a la protección al deudor-consumidor hipotecario. En esta línea se sitúan su art. 6, relativo a la **incorporación a los contratos de préstamo hipotecario de la cláusula suelo** o de las que prevén ins-

trumentos de cobertura de riesgos por variación de tipos de interés; la modificación de la Ley Hipotecaria; la de la Ley de Ordenación del Mercado Hipotecario; la de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la previsión de otras medidas complementarias.

Estas medidas, como se comprobará, tienen distintos ámbitos de aplicación: en unos casos, se refieren a los créditos que recaen sobre la vivienda habitual; en otros, sobre el deudor hipotecario, y, en otros, indirectamente sobre los consumidores (cláusulas abusivas).

B) Cláusula suelo y cobertura de riesgos por variabilidad de tipos de interés

El art. 6 de la Ley 1/2013 impone **obligaciones de información específicas y requisitos de incorporación al contrato de las cláusulas suelo y techo y de los instrumentos de cobertura de riesgos por variabilidad de tipos de interés en los préstamos y créditos hipotecarios.**

En particular, establece que:

1.-En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente, se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2.-Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura de tipo de interés, o bien c) que se concedan en una o varias divisas.

Dicho art. 6 supone la inaplicación de lo dispuesto en el art. 25 de la Orden EHA/2899/2011, al establecer, con una nor-

ma de rango de ley, exigencias más estrictas y rigurosas, relativas a la información e incorporación de dichas cláusulas al contrato, que las previstas en la mencionada Orden. Por otro lado, lo dispuesto en dicho precepto supone dar respuesta normativa a la STS de 9 de mayo de 2013, en la que se dan los criterios jurisprudenciales sobre las exigencias de información que debe proporcionarse al consumidor para que quede vinculado por las cláusulas suelo y techo en los préstamos y créditos hipotecarios. Siguiendo dicha doctrina, **no se establecen requisitos materiales a la mencionada cláusula, ni una limitación en los porcentajes incluidos en el contrato, sino solo unas exigencias específicas de incorporación.** No queda claro, en este sentido, si cumplidas estas exigencias podrá revisarse judicialmente el contenido material de la cláusula con base en su eventual carácter abusivo.

C) Modificación de la Ley Hipotecaria. Texto Refundido de 8 de febrero de 1946

La Ley Hipotecaria ha sido parcialmente modificada en relación con diversos aspectos de la regulación de los créditos y préstamos hipotecarios. La primera de dichas modificaciones afecta al art. 21 LH, relativo a **las menciones mínimas que deben contener las escrituras públicas de formalización de los créditos y préstamos hipotecarios.**

En dicho precepto se añade un **nuevo apartado en el que se obliga a que en dichas escrituras se haga constar si el inmueble pretende constituirse o no en la vivienda habitual del hipotecado.** Salvo que en el propio contrato se establezca lo contrario, se presumirá el carácter de vivienda habitual en el momento de la ejecución judicial del inmueble, si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución. En tal caso, y siempre que concurren el resto de requisitos establecidos en la normativa, el deudor podrá acogerse a las medidas específicas de protección. La norma no aclara, sin embargo, si la condición de vivienda habitual solo puede presumirse o probarse mediante la mención en la escritura de formalización de la hipoteca. Tampoco se menciona expresamente si tal condición debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad. El precepto solo alude a la virtualidad de la presunción en la ejecución judicial, sin extenderla a la venta extrajudicial, regulada en el art. 129 LH en su nueva redacción. **Hubiera sido conveniente una más de-**



purada técnica legislativa que reforzará la seguridad en estos aspectos, evitando lagunas como las descritas.

El art. 21 impone en sus dos primeros párrafos otras **menciones obligatorias de la escritura pública de formalización del crédito** que, en líneas generales, reiteran la necesidad de especificar el contenido esencial del contrato y los medios de pago utilizados para su cumplimiento.

Se introduce un nuevo párrafo tercero en el art. 114 LH en virtud del cual **los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.** Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2, letra a) LEC.

Con el nuevo párrafo se prevé la limitación de los intereses de demora, y con ello se incorpora en parte el criterio de la STJUE de 14 de marzo de 2013. Aunque efectúa un breve análisis sobre su compatibilidad con la normativa comunitaria de protección de los consumidores, declara competente al Juez nacional para determinar si una cláusula sobre intereses de demora en un contrato en particular es o no abusiva.

Se modifica el art. 129 LH, que prevé la posibilidad de que la acción hipotecaria se ejercite judicialmente, al amparo de lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades establecidas en el Capítulo V, **o a través de la venta extrajudicial ante Notario del bien hipotecado.** Se exige, en relación con esta última posibilidad, que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

Estas dos opciones ya se preveían en la redacción original del art. 129 LH; sin embargo, remitía el procedimiento de la venta extrajudicial, conforme al art. 1858 CC, a las formalidades previstas en el Reglamento Notarial. **La novedad de la redacción del art. 129 LH reside, por lo tanto, en que se prevé una nueva regulación completa del procedimiento**, con las imprescindibles conexiones a las novedades introduci-

das por la Ley 1/2013 en relación con diversos aspectos de la ejecución hipotecaria y a los mecanismos de protección del deudor.

En el párrafo segundo de dicho precepto se establece que **la venta extrajudicial se realizará ante Notario** y se ajustará al conjunto de requisitos y formalizados previstos en el mencionado precepto. Sobre lo no regulado en el procedimiento previsto en el art. 129 LH se aplicará supletoriamente la normativa prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladora de la ejecución hipotecaria.

D) **Modificación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario**

El sistema de tasación de inmuebles ha sido objeto de críticas en los últimos años, por lo que desde distintos ámbitos se ha reclamado la introducción de medidas orientadas a garantizar la independencia de las empresas de tasación respecto de las entidades de crédito concedentes de préstamos garantizados con los inmuebles objeto de tasación, así como de las empresas de venta y comercialización de inmuebles.

Con estos fines se modifica la redacción del art. 3 LMH, que tras la reforma establece que: «(L)as sociedades de tasación y los servicios de tasación de las entidades de crédito estarán sometidos a los requisitos de homologación previa, independencia y secreto que se establezcan reglamentariamente». En el párrafo segundo de dicho precepto se precisa que **las sociedades de tasación cuyos ingresos totales deriven, en el periodo temporal que reglamentariamente se establezca, al menos en un 10 % de su relación de negocio con una entidad de crédito o con el conjunto de entidades del mismo grupo deberán**, siempre que alguna de esas entidades de crédito haya emitido y tenga en circulación títulos hipotecarios, **disponer de mecanismos adecuados para favorecer la independencia de la actividad de tasación y evitar conflictos de interés.** En especial, esos instrumentos deben evitar conflictos de interés entre las sociedades de tasación y los directivos o las unidades de la entidad de crédito que, sin competencias específicas en el análisis o la gestión de riesgos, están relacionados con la concesión o comercialización de créditos y préstamos hipotecarios.

Los mecanismos previstos para favorecer la independencia en la actividad de tasación deberán incluirse en un **reglamento interno de conducta y serán verificados por el Banco de España.**

En cumplimiento de estas obligaciones, la disp. trans. 3.ª de la Ley 1/2013 impone que **las entidades de crédito, así como las personas físicas o jurídicas relacionadas con la comercialización, propiedad, explotación o financiación de bienes tasados por aquellas, reduzcan sus participaciones en las sociedades de tasación en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de dicha Ley.**

Por otro lado, y con base en la noción de *crédito responsable*, se modifica la redacción del párrafo segundo del art. 5 LH, aunque se mantienen los límites cuantitativos que preveía su redacción original. Así, se reitera que **con carácter general el préstamo o crédito garantizado con la hipoteca no podrá exceder del 60 % del valor de tasación.** Si el contrato se utilizara **para financiar la construcción**, rehabilitación o adquisición de viviendas, **el préstamo o crédito podrá alcanzar hasta el 80 % del valor de tasación**, sin perjuicio de las excepciones previstas en la Ley. En relación con dichos contratos se añade que **el plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado**, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, **no podrá exceder de treinta años.**

E) **Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil**

a) **Requisitos para el ejercicio de la acción hipotecaria y cláusula de vencimiento anticipado**

Uno de los aspectos que han sido objeto de modificación se refiere a los requisitos para la ejecución hipotecaria y el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado. Con la nueva redacción del art. 693 LEC **se exige, para la ejecución del bien hipotecado, el impago de al menos tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente a tres meses.** Dicha condición deberá figurar necesariamente en la escritura de formalización de la hipoteca. Esta misma exigencia se aplicará a la reclamación de la totalidad del capital e intereses, cuando se hubiera pactado la cláusula de vencimiento anticipado.



En este caso, el acreedor podrá reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses, si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de al menos tres plazos mensuales, o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente al menos a tres meses, y si ese convenio constase en la escritura de constitución. Esta referencia plantea la duda sobre si el requisito del impago de tres cuotas o el equivalente a tres mensualidades para la ejecución del bien hipotecado o para la reclamación de la totalidad de la deuda debe ser pactado por las partes e incorporado a la escritura o si lo que debe ser objeto de pacto es solo la cláusula de vencimiento anticipado, en cuyo caso se exigirán las tres cuotas impagadas.

Parece que la intención del legislador ha sido la de mantener el carácter dispositivo de la norma solo respecto a incluir o no el pacto de vencimiento anticipado, pero no respecto a los requisitos para iniciar la ejecución, que tendrá carácter imperativo. En relación con la cláusula de vencimiento anticipado, puede interpretarse que el contenido de la norma opera como un mínimo a partir del cual las partes pueden pactar lo que estimen conveniente. Ello significa que las partes podrán pactar la cláusula de vencimiento anticipado con base en el principio de autonomía de la voluntad (STS de 16 de diciembre de 2009), y la misma podrá ser efectiva tras el impago de como mínimo tres mensualidades, aunque podrá pactarse un número superior. Es decir, si se optara por incluir la cláusula de vencimiento anticipado, la norma no excluye la posibilidad de un pacto más ventajoso para el deudor.

En caso de iniciada la ejecución por la totalidad de la deuda en aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado, el acreedor podrá solicitar que se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se hubieran devengado a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. El acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apdo. 2 del art. 578 LEC. Si el bien hipotecado fuera su vi-

vienda habitual, el deudor podrá, incluso sin consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades referidas. Podrá liberar el bien por este procedimiento en segunda o en sucesivas ocasiones, pero solo si han transcurrido tres años entre la fecha de la primera liberación mediante la indicada consignación y el nuevo requerimiento de pago judicial o extrajudicial.

b) Paralización de la ejecución por la apreciación de cláusulas abusivas

A fin de adaptar la legislación española a la STJUE de 14 de marzo de 2013 y procurar la compatibilidad de la normativa de ejecución hipotecaria a las normas de protección de consumidores, **la Ley 1/2013 modifica los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la ejecución hipotecaria, en especial, los que se refieren a las causas de oposición a la ejecución.**

Parece que la intención del legislador ha sido la de mantener el carácter dispositivo de la norma solo respecto a incluir o no el pacto de vencimiento anticipado, pero no respecto a los requisitos para iniciar la ejecución, que tendrá carácter imperativo

Se añade un último párrafo en el apdo. 1 del art. 552 LEC, en el que se regulan las **causas por las que el Juez puede denegar el despacho de ejecución de la hipoteca**, que establece que: «(C)uando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el art. 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el art. 561.1.3.ª».

Además de la eventual apreciación por el Juez del carácter abusivo de una o varias cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, este puede ser alegado por las partes con el efecto que el Juez estime pertinente, incluyendo la paralización de la ejecución hipotecaria. Con este fin se introduce una causa 7.ª al apdo. 1 del art. 557 LEC, en el que se regulan las causas de oposición al despacho de ejecución.

Estas normas generales se completan con la regulación específica de la ejecución de bienes pignoralados o hipotecados, en particular, con la modificación del art. 695 LEC, que define como causa de oposición 4.ª del apdo. 1 el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Los efectos de la oposición por esta causa serán los previstos en los apdos. 2, 3 y 4 del art. 695 LEC, en los que se afirma expresamente que:

2.-(F)ormulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario Judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

En consecuencia, según los preceptos referidos, en la adaptación de la legislación española a los términos de la STJUE de 14 de marzo de 2013, **el legislador prevé la posibilidad de que el Juez de oficio pueda apreciar el carácter abusivo de una o varias cláusulas contenidas en un préstamo hipotecario antes de dictar el despacho de ejecución, además de que puedan ser alegadas por las partes.** En ninguno de los dos casos se produce la paralización automática de la ejecución, sino que el Juez deberá valorar la trascendencia para la ejecución de las cláusulas consideradas abusivas y decidir si continúa o no el procedimiento de ejecución. En el proceso especial de ejecución por créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento, el deudor podrá oponer el carácter abusivo de una o varias cláusulas con el mismo efecto de la paralización del procedimiento ejecutivo.

También como instrumento de mejora del sistema de ejecución hipotecaria, **se modifica el sistema de subastas español.** Para fomentar la participación de postores en las subastas de inmuebles incrementando con ello la competencia dentro del procedimiento de ejecución, el RDL 8/2011, de 1 de julio, modificó el art. 669.1 LEC, en el que se establecía que para tomar parte en la subasta los postores debían depositar pre-

viamente el 20 % del valor que se haya dado a los bienes con arreglo a lo establecido en el art. 666 de la misma Ley.

Por su parte, la Ley 1/2013 modifica el art. 647.1, que, con el epígrafe «*Requisitos para pujar. Ejecutante licitador*», establece que para tomar parte en la subasta los licitadores deberán, entre otros requisitos, presentar resguardo de que han depositado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones o han presentado aval bancario por el 5 % del valor de tasación de los bienes. No se modifican, sin embargo, las disposiciones previstas en los párrafos segundo y tercero del art. 647, relativos a la participación del ejecutante en la subasta. Curiosamente, no se modifica el art. 669 LEC, en el que se establecen los requisitos especiales para participar en las subastas de inmuebles, porque la remisión de dicho precepto al art. 647 lo es a la forma del depósito, no respecto de su cuantía. La consecuencia derivada del tenor literal de ambas normas es que para participar en la subasta de bienes muebles los postores deberán depositar o presentar aval por el 5 % del valor de tasación de los bienes, pero si se trata de la subasta de un inmueble, dicho porcentaje será del 20 %, resultado claramente contrario a la finalidad de la norma.

Se mejora sensiblemente el sistema de publicidad de la subasta, incluyendo todos los datos relevantes, según la nueva redacción del art. 668 LEC, y se prevé el anuncio en el portal de subastas judiciales y electrónicas existente y dependiente del Ministerio de Justicia

Se mejora sensiblemente el sistema de publicidad de la subasta, incluyendo todos los datos relevantes, según la nueva redacción del art. 668 LEC, y se prevé el anuncio en el portal de subastas judiciales y electrónicas existente y dependiente del Ministerio de Justicia. En la publicación del anuncio se hará expresa mención al portal y a la posibilidad de obtener en el mismo una información más detallada.

En caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado más

los intereses y costas devengados en el transcurso del proceso, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas (art. 654 LEC). Además, el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate y la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente al principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas. Aunque dicho precepto solo se refiere a la ejecución de bienes muebles, será aplicable también para bienes inmuebles por la remisión prevista en el art. 671.3 LEC.

c) Renta inembargable y valor de adjudicación del inmueble

En las sucesivas reformas sobre protección del deudor hipotecario y, en particular, las que se han orientado a dichos fines dentro de la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, se han introducido diversas medidas con el objetivo de reducir su impacto negativo. Con tales fines **se han modificado sucesivamente las previsiones normativas sobre renta inembargable, tras la adjudicación del inmueble en subasta y en relación con su valor de adjudicación.**

Respecto a la **renta inembargable**, el RDL 8/2012 incrementó, mediante la oportuna modificación del art. 670 LEC, las cuantías en relación con el salario mínimo interprofesional y su adaptación al número de miembros de la unidad familiar (la cantidad inembargable establecida en el art. 607.1 LEC se incrementará en un 50 % y, adicionalmente, en un 30 % del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional). En caso de que el deudor hubiera perdido a consecuencia de la ejecución su vivienda habitual, se establece como inembargable un mínimo de hasta el 150 % del salario mínimo interprofesional y un 30 % adicional por cada miembro de la unidad familiar que no perciba ingresos superiores al mismo.

En relación con el **valor de adjudicación**, también el RDL 8/2011, con la modificación del art. 670.1 LEC, estableció que si la mejor postura fuera igual o superior al 70 % del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el Secretario Judicial responsable de la ejecución, mediante decreto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate en

favor del mejor postor. Con los mismos fines se modificó el segundo párrafo del apdo. 4 del art. 670 LEC, según el cual si el deudor no presentara en el plazo previsto en el apdo. 3 a un tercero que aportara el importe del valor del bien fijado en la subasta, el ejecutante podrá pedir, en el plazo de cinco días, la adjudicación del inmueble por el 70 % de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60 % de su valor de tasación y a la mejor postura. En la disp. adic. 6.ª de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, se modificaron dichos criterios, al establecer que si el inmueble no era la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes «*por cantidad igual o superior al cincuenta por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos*».

La Ley 6/2012, de 6 de marzo, de medidas urgentes de protección del deudor hipotecario sin recursos, sigue la línea marcada por las leyes referidas y extiende estos instrumentos de protección a las ejecuciones hipotecarias extrajudiciales.

Estos preceptos han sido modificados de nuevo en la Ley 1/2013 con una redacción que no altera los porcentajes de adjudicación, aunque amplía el plazo para consignar el precio del remate (que pasa de veinte a cuarenta días) y reúne en un solo precepto los distintos supuestos con sus correspondientes porcentajes de adjudicación, en caso de que a la subasta no hubiera concurrido ningún postor (nueva redacción de los arts. 670.1 y 671, respectivamente).

Igualmente, se modifica el art. 576 LEC en relación con la ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados. **Se prevé una quita de la deuda pendiente tras la adjudicación, siempre que se satisfaga dicha deuda en un periodo temporal inmediato tras el remate o adjudicación.**

En caso de que el importe del remate en la subasta de los bienes hipotecados fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de ejecución por la cantidad que falte, contra quien proceda y según el procedimiento de las normas ordinarias. Sin embargo, si se hubiera producido la adjudicación de la vivienda habitual del deudor y el remate no fuera suficiente para la completa satisfacción del ejecutante, el ejecutado quedará liberado



de la deuda pendiente si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 % de dicha cantidad. Si ello no fuera posible, también quedará liberado si satisface el 80 % en los diez años siguientes a contar desde el remate o adjudicación.

Se pretende con la reforma, por un lado, reducir el impacto patrimonial sobre el deudor privado de su vivienda habitual que supone la pervivencia de la deuda por lo no satisfecho, al mismo tiempo que crea un incentivo para el pago en periodos temporales cortos, lo que favorece los intereses del rematante. Por otro lado, se quieren repartir las plusvalías generadas por la enajenación del inmueble entre el rematante y el ejecutado, en caso de que el bien se revalorice en los diez años siguientes a la adjudicación.

d) **Procedimientos ejecutivos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013**

Con carácter general, **las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducidas por la Ley 1/2013 serán de aplicación a los procesos de ejecución que se inicien después de su entrada en vigor; respecto de los ya iniciados en ese momento, solo se aplicarán a las actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.**

No obstante, aunque ya hubieran transcurrido los plazos para la alegación de causas de oposición según los términos del art. 556.1 LEC, las partes dispondrán de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición para alegar el carácter abusivo de una o varias cláusulas del contrato de préstamo en los términos establecidos en el apdo. 7 del art. 557 y en el 4 del art. 695.1 LEC. El plazo de un mes se computará desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y una vez formulado por las partes el incidente de oposición según los mencionados preceptos, se suspenderá el procedimiento hasta su resolución, según los términos de los arts. 557 y ss. y 695 LEC. Si el plazo de oposición de diez días previsto en el art. 556.1 LEC se hubiera iniciado, aunque no hubiera transcurrido, las partes dispondrán del plazo preclusivo indicado de un mes, en el que podrán alegar cualquiera de las causas de oposición de los arts. 557 y 695 LEC. Estos mismos plazos adicionales serán aplicables

a los procedimientos de venta extrajudicial ante Notario.

La primera de las objeciones a las últimas reformas normativas sobre protección del deudor en los contratos de préstamo o crédito hipotecario reside en la dispersión y falta de coherencia respecto al ámbito subjetivo de protección, ajeno a la noción jurídica de consumidor

Ninguna de dichas medidas, ni la alegación de eventuales causas de oposición, será aplicable si el procedimiento ejecutivo hubiera culminado con la adjudicación del inmueble y la puesta en posesión al adquirente.

La quita de la deuda pendiente tras la adjudicación del inmueble y la consiguiente liberación según la previsión contenida en el art. 579.2 LEC serán admisibles en caso de que la adjudicación se hubiera producido antes de la entrada en vigor de la Ley. No obstante, ello solo será posible si no hubieran transcurrido los periodos temporales señalados, lo que resulta evidente por los propios términos de dicho precepto, y si no se hubiera satisfecho la totalidad de la deuda pendiente.

III. LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA PARA UNA ADECUADA PROTECCIÓN DEL DEUDOR-CONSUMIDOR HIPOTECARIO

1. Ámbito de aplicación de la normativa de protección del deudor ajena a la noción de consumidor

La primera de las objeciones a las últimas reformas normativas sobre protección del deudor en los contratos de préstamo o crédito hipotecario reside en la **dispersión y falta de coherencia respecto al ámbito subjetivo de protección, ajeno a la noción jurídica de consumidor.**

La normativa general aplicable al sector bancario anterior a la actualmente vigente definía su ámbito de aplicación con la noción omnicomprendensiva de *cliente* y, por lo tanto, el sujeto de protección se conceptuaba en sentido amplio como contraparte a la

entidad de crédito. Como complemento a esa regulación, la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1994 se aplicaba en exclusiva a los créditos hipotecarios formalizados por los particulares para la adquisición de una vivienda.

La normativa vigente, sin embargo, utiliza diversos conceptos para definir su ámbito subjetivo de protección. Así, el art. 48 LDIEC alude a *cliente* en sentido amplio, y la Orden EHA/2899/2011, con carácter general, a las *personas físicas* (art. 2); en relación con los créditos hipotecarios, se alude a las *personas físicas* siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir (art. 19). No obstante, dicha normativa de protección tiene carácter imperativo para todas las personas físicas, tanto si contratan con fines personales, familiares o domésticos como empresariales o profesionales, es decir, sean o no consumidores (art. 2.4). Así pues, la normativa de protección del deudor hipotecario de dicha Orden se aplica a cualquier contrato de crédito hipotecario entre una entidad de crédito y una persona física.

La Circular del Banco de España 6/2012, dictada en desarrollo de dicha Orden, define su objeto de protección por *personas físicas* y «*las comunidades de bienes, como es el caso de las comunidades de propietarios, comunidades de herederos, herencias yacentes y similares, siempre que estén mayoritariamente constituidas por personas físicas*».

La Ley 1/2013 incluye medidas que tienen vocación de permanencia y, por lo tanto, no tienen carácter coyuntural o no están vinculadas a la crisis económica, cuyo ámbito de aplicación tampoco coincide. Así, el art. 6, en relación con los requisitos de incorporación de la cláusula suelo o instrumentos de cobertura de riesgos de tipo de interés, menciona a las *personas físicas* cuando la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Se contradice así la STS de 9 de mayo de 2013, que alude específicamente a *consumidores*.

La nueva redacción del art. 114 LH limita los intereses de demora en los contratos destinados a la adquisición de vivienda habitual, en contra de la valoración de dichas cláusulas hecha por la STJUE de 14 de marzo



de 2013, que analiza la compatibilidad de dichas cláusulas con la normativa comunitaria de protección de consumidores y, por lo tanto, no exige que el crédito se destine a la adquisición de vivienda habitual.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil alude a la concurrencia de cláusulas abusivas como causa de oposición a la ejecución hipotecaria. En este punto, según el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la conceptualización y regulación general de cláusulas abusivas, toma en consideración como sujeto de protección a los consumidores. Además, en este contexto, la noción de *consumidor* incluye a las personas físicas y a las jurídicas. Este mismo concepto es el utilizado por la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Esta norma sigue vigente y dispensa una protección específica a los consumidores que formalicen este tipo de contratos con empresas que no tienen la consideración de entidades de crédito.

El RDL 6/2012 y el RDL 27/2012, modificado e incorporado, respectivamente, por la Ley 1/2013, protegen con medidas específicas al deudor hipotecario, personas físicas, respecto de la ejecución de su vivienda habitual, que se encuentren, en virtud de circunstancias personales, familiares o sociales, en riesgo de exclusión social.

Todo ello muestra una **absoluta descoordinación en los fines y medios legales previstos para la protección del deudor hipotecario y una clara desvinculación con la normativa española y comunitaria de protección de los consumidores**. Además, se desconocen y resultan muy difíciles de adivinar las razones de política legislativa que pudieran justificar las diferencias en el ámbito de aplicación de las normas descritas y, por lo tanto, el distinto trato a efectos de protección del deudor en aplicación de las mismas. Por ejemplo, no se entiende por qué se protege específicamente a un empresario-persona física (art. 19, en correspondencia con el art. 2.4 de la Orden EHA/2899/2011) frente a una herencia yacente que no es persona física y, por lo tanto, no será protegida por dicha Orden. Lo mismo podría decirse de los requisitos de incorporación de la cláusula suelo del art. 6 de la Ley 1/2013, que define su ámbi-

to de aplicación en los mismos términos. Tampoco se comprende que la limitación de los intereses de demora del art. 114 LH solo opere cuando la hipoteca recae sobre la vivienda habitual y no para cualquier crédito o préstamo hipotecario con fines de consumo.

En definitiva, **las sucesivas reformas sobre esta materia no han abordado una normativa sistemática, ordenada y coherente de protección del consumidor en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios**. Se ha perdido, pues, la oportunidad de dotar de eficacia dicha normativa y, a su vez, se han introducido normas confusas que en nada contribuyen a una adecuada protección del consumidor.

2. *La vigencia de normas que propician una protección divergente en función de la tipología de la empresa concedente del crédito*

En el proceso legislativo y las sucesivas reformas relativas a la protección del deudor hipotecario también se aprecia una evidente falta de coherencia normativa que provoca resultados contradictorios. En efecto, las últimas reformas se han centrado en los préstamos y créditos hipotecarios con entidades de crédito en desarrollo de los principios de protección de la clientela consagrados en el art. 48 LDIEC, cuyo desarrollo legislativo se ha descrito. Paralelamente, se mantiene la vigencia de la Ley 2/2009, que incorpora dichos fines de protección a los contratos formalizados entre un consumidor y una empresa que no tiene la condición de entidad de crédito.

La cuestión es que, cuando dicha norma se promulgó, supuso una sustancial mejora de la protección del consumidor en el ámbito de aplicación de la misma, ya que no podía acogerse a las medidas de la normativa general, que solo son aplicables a las entidades de crédito. De la relación entre la normativa general (Orden de 12 de diciembre de 1994, Circular del Banco de España 8/1990) y la Ley 2/2009 resultaba que convivían una normativa general de protección de la clientela y una específica para la protección del adquirente de vivienda, aplicables en todo caso cuando el prestamista fuera una entidad de crédito. Junto con esta normativa, se preveía otra muy semejante en sus fines y medidas de protección para los créditos hipotecarios entre un consumi-

dor y una empresa que no tenga la condición de entidad de crédito.

Los mecanismos de protección del deudor-consumidor hipotecario se desarrollan en el marco de un procedimiento judicial, pero no se prevén con carácter general instrumentos preventivos que eviten la inclusión de cláusulas abusivas en esta modalidad de contratos

Con las normas dictadas desde 2011 se ha alterado este sistema de relaciones normativas, provocando una evidente paradoja. En efecto, en virtud de la Orden EHA/2899/2011, si se tiene en cuenta su ámbito subjetivo de aplicación respecto a los créditos y préstamos hipotecarios, y considerando el refuerzo de los instrumentos de protección, se concluye que una persona física que contrate con una entidad de crédito, con independencia de que lo haga con fines empresariales o de consumo, está mejor protegida que el consumidor que contrata con una empresa que no tiene la condición de entidad de crédito, según los términos de la Ley 2/2009.

Según la normativa vigente en el ámbito de los créditos y préstamos hipotecarios, la aplicación de un sistema reforzado de protección no depende de la condición de consumidor del deudor, sino de la tipología de la empresa concedente. Además del panorama general de la normativa aplicable, se deriva que **el legislador ha protegido de una manera singular al deudor, sea empresario, profesional, consumidor o inversor en terrenos o edificios, siempre que contrate con una entidad de crédito, sin extender dicha protección a quienes contratan con fines de consumo con una empresa que no es una entidad de crédito**. El sistema de protección no se construye sobre el concepto de *consumidor*, ya que ahora pivota sobre la persona física y sobre la empresa que concede el crédito hipotecario.

3. *Ausencia de controles preventivos para una adecuada protección del consumidor del crédito hipotecario*

Como se ha descrito, las reformas recientes han intensificado la eficacia de la



normativa sobre cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria a fin de propiciar una adecuada protección del deudor-consumidor hipotecario. Por otro lado, este mantiene, como cualquier otro consumidor, la posibilidad de instar acciones judiciales para que sea declarado el carácter abusivo de una o varias cláusulas del contrato de préstamo o crédito hipotecario. Ello evidencia que **los mecanismos de protección del deudor-consumidor hipotecario se desarrollan en el marco de un procedimiento judicial (declarativo o ejecutivo), pero, como se verá, no se prevén con carácter general instrumentos preventivos que eviten la inclusión de cláusulas abusivas en esta modalidad de contratos.** Este resultado es especialmente llamativo si se atiende a que en la formalización de créditos y préstamos hipotecarios se impone la intervención de operadores jurídicos cualificados, como son los notarios y registradores. Este resultado no es, en principio, imputable al quehacer de dichos operadores jurídicos, sino a un proceso legislativo especialmente desafortunado.

Aunque sea brevemente, deben destacarse algunos hitos que conducen a este resultado. Por un lado, la Ley 41/2007 dio nueva redacción al art. 12 LH, limitando la función de calificación del Registrador de las escrituras de préstamo y crédito hipotecario. Con su nueva redacción, el Registrador debe inscribir, en los términos de la escritura, las cláusulas de vencimiento anticipado y las financieras, una vez que sean calificadas favorablemente las cláusulas de contenido real. Por otro lado, la STS de 20 de mayo de 2008 declaró la nulidad de aquellos preceptos del Reglamento Notarial, según la redacción dada por el RD 45/2007, de los que se derivaban facultades de control de legalidad por parte de los notarios sobre el contenido de los contratos, limitando en este punto los efectos y el alcance de su intervención. Por último, la SAN de 4 de marzo de 2013 declara la nulidad de los párrafos tercero y cuarto del art. 30 de la Orden EHA/2899/2011 por las mismas razones que la STS de 20 de mayo de 2008, es decir, por falta de rango normativo para la imposición de obligaciones a notarios (y registradores) que impliquen la obligación de denegar la autorización o su inscripción. Ello supone también la supresión de facultades de control de ambos operadores jurídicos sobre el contenido de las escrituras de formalización de créditos y préstamos hipotecarios.

En consecuencia, **por vía normativa y jurisprudencial, se han reducido los mecanismos de control de legalidad preventivos por parte de los operadores jurídicos intervinientes. Ello restringe indudablemente los controles preventivos en el ámbito de los contratos de créditos y préstamos hipotecarios y limita la posibilidad de protección de los consumidores frente a la incorporación de cláusulas abusivas.** Resulta lamentable que el legislador no haya propiciado una adecuada protección en este contexto, y no por falta de voluntad, evidenciada a través de las reformas legales referidas, sino por evidentes y reiterados errores de técnica legislativa.

XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
XXX XXXXXXXXXXXX XX XXXXXXX XXXXX
XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXX XXXXXXXX

Se ha perdido, pues, la oportunidad de reforzar la protección del deudor-consumidor hipotecario mediante el control previo de las cláusulas prerredactadas e impuestas por las entidades de crédito en estas modalidades de contrato y, por esa vía, incrementar la efectividad de la normativa general dictada en su protección.

Debería propiciarse dicha efectividad por la vía de una previsión normativa

que, con el rango suficiente, impusiera a notarios y registradores unas obligaciones específicas de control sobre el contenido de los contratos de préstamos y créditos hipotecarios, especialmente sobre el cumplimiento de la normativa de protección del deudor en general y, singularmente, del consumidor. Dicha normativa, sin embargo, debería ir acompañada de un desarrollo normativo que delimite supuestos concretos de cláusulas abusivas en los préstamos y créditos hipotecarios con consumidores, a fin de evitar que la divergencia en la calificación registral incremente la inseguridad jurídica en la contratación de este tipo de productos.

En definitiva, pese a la profusión de reformas legales y la intención declarada por el legislador de proteger a los deudores hipotecarios, la normativa aplicable presenta todavía deficiencias y lagunas que permiten concluir que es claramente insuficiente para una adecuada protección del consumidor en esta modalidad de contratos.

Además, en otro plano, y en atención a aspectos sociológicos, políticos y económicos, se han planteado otras medidas que no han sido contempladas por el legislador en las últimas reformas legales. Entre ellas, cabe destacar la regulación del sobreendeudamiento de los particulares, el concurso de acreedores del consumidor y la reiterada petición de regular la dación en pago, que no han sido objeto de análisis en este texto.



Barcelona, sede de la CAE, pero ¿qué es la CAE?



Ernesto Tarragón Albella

Notario de Castellón y Vicepresidente de la Unión Internacional del Notariado para Europa

Muchos notarios, incluso con cierta antigüedad, no sabrían contestar a esa pregunta. La respuesta, aunque tenga un contenido genuinamente notarial, no está en el repertorio de cuestiones que cotidianamente atendemos en nuestro quehacer profesional, y cuando explicas que **la CAE responde a las siglas de la Comisión de Asuntos Europeos** —o, dicho en francés, *Commission des Affaires Européennes*—, y continúas explicando que **se trata de una comisión continental de la Unión Internacional del Notariado**, suena como lejano, como algo poco práctico y sin la urgencia de los asuntos de despacho que requieren nuestra inmediata atención. Sin embargo, **la CAE, como parte esencial de la organización mundial del Notariado, tiene más importancia de la que a simple vista podría parecer**, y mi propósito es explicar por qué, para entender, **además, la**

importancia del hecho que esta Comisión se establezca de forma fija en Barcelona.

Empecemos explicando que **la Unión Internacional del Notariado** —advuértase que recientemente se suprimió la referencia a «Latino», aunque la conserve en su acrónimo, UINL— es una organización internacional no gubernamental que **abarca en la actualidad a ochenta y tres países, que representan dos tercios de la población mundial y el 60 % del producto interior bruto de nuestro planeta**, con cinco países del G8 y quince del G20. **Está formada por cerca de trescientos mil notarios, dos millones de colaboradores y genera aproximadamente cuatrocientos millones de escrituras cada año.** La fuerza expansiva de la Unión Internacional del Notariado no ha cesado desde su fundación, en 1948, con diecinueve países —entre ellos, notablemente,

España—, y ha pasado a ser el modelo de organización por el que han optado las economías emergentes, como la de China.

La evolución de la UINL representa la de la influencia del Derecho latino en el mundo. Recordemos que actualmente en el mundo existen dos sistemas jurídicos principales: el del Derecho latino —o continental, o romano-germánico, o de *civil law*— y el del Derecho de *common law* —o angloamericano.

Estos dos sistemas son **radicalmente diferentes**. Simplificando:

— **En sus fuentes:** uno, el Derecho latino, tiene sus fuentes en los códigos, las leyes y los textos, mientras que el otro, el Derecho de *common law*, las tiene en la jurisprudencia.



— **En la jerarquía de las pruebas:** en el Derecho latino, la prueba escrita es, normalmente, más importante que la testimonial, y el documento auténtico tiene más valor que el privado. En el Derecho de *common law*, todas las pruebas son equivalentes, de manera que una prueba testimonial puede oponerse a una escrita, ninguna prueba tiene efectos predeterminados ante el Juez, no conocen el concepto *documento público* y, por lo tanto, tampoco existen productos de documentos públicos, ni siquiera notarios, aunque equívocamente se utilice esta denominación para identificar a determinados fedatarios que no son juristas, no controlan la legalidad, ni aportan valor añadido alguno al documento, salvo certeza de fecha.

— **La organización de las profesiones:** en el sistema de Derecho latino, las profesiones están reguladas, hay una clara diferenciación de función y estatus entre notarios y abogados. En el Derecho de *common law*, en cambio, hay una única profesión, la de Abogado, que se denomina *lawyer* o *solicitor*, según el país.

Las consecuencias de estas diferencias son evidentes:

— **El Derecho latino es más formal.** Privilegia la seguridad. Impone normas previas para permitir controles antes de firmar un contrato y otorga al documento público unos efectos especiales, de prueba plena y ejecutoriedad, derivados del control de legalidad que supone la intervención del Notario.

— **El Derecho de *common law* es más liberal.** Privilegia la eficacia. Permite una libertad de acción y se remite a las relaciones contractuales entre las partes.

A simple vista, se podría creer que el Derecho de *common law* se adapta mejor a las evoluciones de una dinámica sociedad moderna. El liberalismo permite una fluida economía de mercado con un mínimo de reglamentación. Todo parece sacrificado para la eficacia, y el menor coste y la máxima rentabilidad son el objetivo primordial.

Pero tal política liberal ha mostrado sus deficiencias: el mercado no es capaz de regularse por sí mismo para evitar excesos y las secuelas pueden llegar a ser catastróficas —baste pensar en la crisis de las *subpri-*



mes en 2008 como anticipo de una crisis financiera generalizada.

Pese a ello, desde instancias como el Banco Mundial se sigue insistiendo en políticas desregularizadoras, viendo en el Notariado una traba o dificultad para la celebración de los negocios, cuando es justamente lo contrario.

La finalidad esencial del Notariado es dar seguridad. Sin seguridad, no hay confianza; sin confianza, no hay negocio; sin contratos, no hay actividad económica, y sin ella, no hay progreso social ni mantenimiento del Estado del bienestar, al que toda sociedad aspira

Y con rotundidad la UINL afirma que el Notario favorece la celebración de los negocios. La finalidad esencial del Notariado es dar seguridad. Sin seguridad, no hay confianza; sin confianza, no hay negocio; sin contratos, no hay actividad económica, y sin ella, no hay progreso social ni mantenimiento del Estado del bienestar, al que toda sociedad aspira.

Siendo una institución social, el Notariado está necesariamente cerca, al lado de los ciudadanos a los que presta su servicio, y por eso **la función notarial debe ser esencialmente sensible a los**

derechos fundamentales del hombre; más aún: debe estar comprometida con la defensa y el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, **porque la seguridad y la prevención son el fundamento necesario para que esos derechos y libertades sean disfrutados igualitariamente por todos los ciudadanos.**

Entre los derechos fundamentales de la persona, sin duda, se encuentra la **seguridad jurídica**, que no es un valor de contenido exclusivamente formal, sino un principio del ordenamiento impregnado de idealismo ético, orientado a la realización de la Justicia, y así está reconocido en la práctica totalidad de las constituciones modernas.

Desde un punto de vista objetivo, la **seguridad jurídica presupone la existencia de una Constitución, norma superior** que establece los requisitos para que una norma jurídica pueda ser reconocida como tal, y el respeto a los criterios que deben presidir la creación y la promulgación de dichas normas: la generalidad, la irretroactividad, la claridad, la coherencia, la estabilidad. Pero, sobre todo, la seguridad jurídica **presupone la posibilidad de su cumplimiento y aplicación, garantizada por los tribunales.**

Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica consiste, de una parte, en la posibilidad de todo ciudadano de conocer la ley, su significado y alcance, y



de otra, en la libertad de actuar con arreglo a aquella confiando en la eficacia de lo actuado.

En este sentido, **la seguridad jurídica es saber a qué atenerse**. Ello implica contar con un asesoramiento previo, corrector de asimetrías de información, y con un adecuado ajuste de la voluntad, es decir, del contrato a las leyes, todo lo cual genera la confianza en que lo actuado producirá los efectos previstos, es decir, que su validez y eficacia no serán contradichas porque lo actuado está dentro de la ley.

En definitiva, el Notario genera seguridad con su asesoramiento y con el control de legalidad que realiza en la función pública que el Estado le ha confiado.

Realmente, la labor de asesoramiento que presta el Notario es la de asegurar una consecuencia jurídica dentro del marco legal. Lo que el Notario proporciona a sus clientes es lo que podríamos llamar *distancia legal de seguridad*, es decir, cualquiera que sea el contenido del documento notarial, este quedará siempre dentro del límite que el ordenamiento establece para la validez de los negocios jurídicos y responderá a lo que realmente pretendían las partes, a las que el Notario advierte de las consecuencias de lo pactado, facilitando su cumplimiento y evitando conflictos judiciales. Y en caso de haber procedimiento judicial, facilitando la prueba de las relaciones jurídicas y de los hechos.

La protección de los derechos del hombre necesita de medios a todos los niveles: el Estado, los gobiernos, las distintas organizaciones de la sociedad civil, las familias y el propio individuo.

A la Unión Internacional del Notariado le corresponde promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en el mundo entero

Las organizaciones no gubernamentales contribuyen significativamente en esta materia y, especialmente, en la institución del Notariado **a través de la Unión Internacional del Notariado, a quien corresponde promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en el mundo entero.**

La UINL, desde hace más de treinta años, viene participando en diversas actividades para promover los derechos de la persona dentro de los dominios de su competencia, bien a través de una delegación permanente en la ONU y en sus organismos dependientes, como la UNESCO y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), bien desarrollando actuaciones concretas, entre las que cabe destacar, por su gran importancia y gran éxito, la organización de conferencias internacionales sobre la titulación en Burkina-Faso, en enero de 2012, y en México, en enero de 2013.

La CAE, además de los objetivos generales de la UINL, tiene como específico promover la publicación de trabajos, la comunicación y circulación de información entre los notariados europeos

Estas conferencias tuvieron por objeto examinar qué puede ofrecer el Notariado a las sociedades del Tercer Mundo y en vías de desarrollo para conseguir fortalecer sus sistemas de seguridad jurídica y servir al efectivo desarrollo de la población mundial en situación de necesidad. El planteamiento básico que en la actualidad domina en esta materia parece bastante sencillo: convertir el capital muerto que hoy detentan los pobres del mundo en un «capital vivo» reconocible como tal en el mercado y, en consecuencia, susceptible de servir de nueva fuente de riqueza. El medio para conseguirlo parece más simple todavía: la «formalización», es decir, la representación de los activos en títulos reconocibles y confiables.

La UINL está convencida de que la misión del Notario como creador continuo del Derecho lo acredita como uno de los principales agentes que tienen la responsabilidad de promover el respeto a los derechos de la persona en el ámbito del Derecho privado, y para promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en el mundo entero requiere de unos medios y una organización eficaz.

El funcionamiento de la UINL está basado en los siguientes órganos:

— El Presidente, como representante oficial y garante de su unidad.

- El Consejo de Dirección, como órgano ejecutivo de dirección y gobierno.
- La Asamblea General, formada por los ochenta y tres presidentes de los notariados miembros, como órgano legislativo y supremo.
- El Consejo General, como órgano científico, compuesto por ciento sesenta miembros y encargado de los grandes temas de actualidad relacionados con la profesión.
- El Consejo de Vigilancia Financiera, encargado de examinar y evaluar la eficacia de los controles contables internos.
- Las comisiones continentales, una por cada uno de los continentes: África, Asia, América y Europa.
- Las comisiones intercontinentales: la **Comisión de Cooperación Notarial Internacional**, que podríamos identificar como Ministerio de Asuntos Exteriores de la Unión y que se encarga de visitar los países aspirantes a formar parte de la UINL, comprobar su legislación notarial y, en general, prestar asistencia, previa su petición, a los notariados, miembros o no de la UINL, cuando en su respectivo país tenga lugar la promulgación o modificación de una ley notarial; la **Comisión Consultiva**, que tiene por misión proponer informes y recomendaciones a los órganos de la UINL sobre cualquier cuestión inherente a su actividad y sobre las modificaciones e interpretación de las normas estatutarias y reglamentarias; la **Comisión de Temas y Congresos**, que decide qué temas deben tratarse en los congresos internacionales que se celebran cada tres años; la **Comisión de Seguridad Social Notarial**, que tiene como misión examinar toda cuestión relativa a la seguridad social y al seguro de responsabilidad civil del Notario, y la **Comisión de Deontología Notarial** y la **Comisión de Derechos Humanos**, con funciones propias de tan importantes ámbitos de responsabilidad.
- Los grupos de trabajo que participan en la realización del plan de acción de la Unión, en particular, en los ámbitos de titulación, participación con las organizaciones internacionales y circulación de



las escrituras notariales gracias a una red notarial mundial.

De todos los anteriores órganos, ahora nos interesa especialmente la Comisión de Asuntos Europeos (CAE), constituida por un buró integrado por un Presidente, cuatro vicepresidentes, un Secretario y un Tesorero, además de los delegados, a razón de un titular por Notariado europeo miembro de la UINL, si bien cada Notariado tiene la facultad de designar delegados suplentes que también participan en las reuniones, hasta un máximo de tres.

La CAE, además de los objetivos generales de la UINL, tiene los siguientes **objetivos específicos**:

- Profundizar y promover el conocimiento y la armonización de la ley y del Derecho nacional de los notariados del continente europeo.
- **Promover la publicación de trabajos, la comunicación y circulación de información entre los notariados europeos**, a fin de coordinar y armonizar sus actividades, al igual que entre sí y los notariados de los demás continentes, a través de sus comisiones continentales respectivas.
- Cooperar con el Consejo de Notariados de la Unión Europea (CNUE) en el ámbito de las relaciones de esta y la UINL.
- Estudiar temas de Derecho comparado y Derecho internacional privado en los ámbitos de especial interés para el Notariado, en cooperación con las organizaciones internacionales y supranacionales que tengan su sede en su área de competencia.
- Promover la capacitación, tanto inicial como continua, de los notarios de su ra-

dio de acción, en particular, por medio de la Academia Notarial Europea.

La Academia Notarial Europea tiene como fin la difusión de los estudios y la organización de jornadas de estudio o de trabajo a realizar, en particular, en los diferentes países de Europa. En especial, debe acercar la institución del Notariado a otras instituciones sociales, especialmente universitarias, y mantener permanente contacto con la realidad y la vanguardia científica.

La CAE desarrolla su objetivo con dos reuniones de trabajo al año donde se exponen las novedades legislativas de cada país europeo, se eligen temas de estudio de interés notarial y se preparan trabajos bajo la dirección de un coordinador, que posteriormente se debaten y se publica su resultado. Algunos de estos trabajos, como el de la autotutela, han sido precursores de reformas legislativas.

Hasta la fecha, las dos reuniones anuales se celebraban en diferentes ciudades europeas, pero **ahora Barcelona se convierte**



en sede fija de una de esas dos reuniones, lo que significa dar una continuidad a los trabajos y permanencia física a la institución que seguro que redundará en una mejor consecución de sus objetivos, ya que **desde una sede permanente se ahorran muchos esfuerzos itinerantes que podrán ahora tener una mejor aplicación.**

Barcelona se convierte en sede fija de una de las dos reuniones anuales, lo que significa dar una continuidad a los trabajos y permanencia física a la institución que seguro que redundará en una mejor consecución de sus objetivos, ya que desde una sede permanente se ahorran muchos esfuerzos itinerantes que podrán ahora tener una mejor aplicación

Ninguna institución social puede mantenerse en el tiempo si no está justificada por el interés social que presta. El Notariado no es una excepción, y ello nos obliga a **revisar permanentemente nuestra función, comprobar que estamos haciendo bien las cosas y que ofrecemos a la sociedad el servicio y la utilidad que ella nos reclama.** Con ese espíritu se instala la CAE y la Academia Notarial Europea en Barcelona, y dicha iniciativa se debe —y desde aquí quiero agradecerlo— **al Notariado español, que retoma su papel de responsabilidad en el liderazgo del Notariado mundial, y al Colegio Notarial de Cataluña**, que generosamente facilita la instalación de esta sede permanente. Y para todos, estoy seguro, será una experiencia muy enriquecedora. En nuestras manos está conseguirlo.

La venta extrajudicial del bien hipotecado tras la Ley 1/2013



José Antonio García Vila
Notario de Sabadell

Según la Exposición de Motivos de la **Ley 1/2013** (modificada ya por la Ley 8/2013), esta pretende el **reforzamiento de la venta extrajudicial de los bienes hipotecarios**, dedicando a ella íntegramente el apdo. 2 del art. 129 LH.

La regulación legal, sin embargo, es bastante confusa, hasta el punto de que, como veremos, **se plantea la subsistencia del procedimiento existente hasta su entrada en vigor, plantea problemas de interpretación de carácter sustancial y no resulta suficientemente clara en sus disposiciones transitorias.**

1.–Queda claro que, **para la Ley, la venta extrajudicial del bien hipotecado es un supuesto de acción directa de la acción hipotecaria que depende, para su existencia, de su pacto en lo que se de-**

nomina sistemáticamente a lo largo de la Ley «escritura de constitución de la hipoteca». En sentido estricto, sin embargo, se trata de una escritura que contiene el pacto de constitución del derecho real de hipoteca, por cuanto este, en tanto no se modifique el Código Civil, nace (tanto *inter partes* como frente a terceros) con la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Que se trate del ejercicio directo de la acción hipotecaria supone un reiterado reconocimiento legal de que, por pacto, puede atribuirse al acreedor hipotecario el ejercicio extrajudicial del *ius vendendi*, aunque, como es lógico, el adjudicatario del bien deberá reclamar el auxilio judicial para lograr el lanzamiento del ocupante de la finca cuando este se oponga a realizarlo voluntariamente (lanzamiento que será suspendido para los deudores en situación de exclusión

durante un plazo de dos años, cuando se trate de su vivienda habitual, según el art. 1 de la Ley 1/2013).

2.–Es preciso recordar que **el todavía denominado «procedimiento ejecutivo extrajudicial» en el Reglamento Hipotecario**, y que se contenía en el **segundo párrafo del art. 129 LH 1946, fue declarado afectado de inconstitucionalidad sobrevenida por la STS de 4 de mayo de 1998**, posteriormente reiterada. La razón fundamental de la Sentencia hay que encontrarla no tanto en las carencias del sistema cuanto en que, a juicio del Tribunal Supremo, invade las funciones jurisdiccionales reservadas al Poder Judicial por la Constitución, ya que a los jueces está reservado *«juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»*. Los argumentos en contra de este criterio del Alto Tribunal han sido expuestos magistralmente por autores



como Rodríguez Adrados o Gómez-Ferrer Sapiña, y se fundamentan, sustancialmente, en que lo que la Constitución establece es que al Juez corresponde ejecutar lo juzgado por él, pero nada en la Constitución impide que las partes puedan pactar, al amparo de la Ley, un pacto privado de venta del bien para con el precio obtenido hacerse pago al acreedor, siempre que el ejercicio de este derecho esté sometido a un control de un funcionario público, vinculado (en esta materia como en otras) al cumplimiento de la Ley.

Naturalmente, siempre cabrá que o bien el Juez (al resolver sobre el lanzamiento) o bien el hipotecante plantee la inconstitucionalidad de la Ley en este punto, y, de ser admitida, se planteará la responsabilidad del Estado por los actos realizados al amparo de una ley declarada inconstitucional, aunque hoy, en sentido estricto, la responsabilidad patrimonial del Estado parezca tener un carácter más limitado.

3.—Sin embargo, este carácter de pacto y el propio desarrollo del procedimiento, donde las facultades de oposición han sido limitadas (y aún más tras el RD 290/1992), han hecho que Delgado Ramos **se plantee el carácter abusivo que podría tener en los préstamos concertados por entidades financieras**, en cuanto que esta facultad, dice, ni dimana de la Ley directamente, ni está ínsita en el derecho real de hipoteca. Para ello, realiza un análisis comparativo de la posición del hipotecante en el procedimiento judicial y en el extrajudicial, concluyendo que **la única manera de entender no abusivo el pacto es entendiendo íntegramente derogado tanto el RDL 6/2012 como los arts. 234 a 236 RH.**

En mi opinión, no puede entenderse como abusivo un pacto relativo a un procedimiento que viene establecido y regulado por la Ley

En mi opinión (y coincido en este punto, aunque no con sus calificaciones, con Fernández-Crehuet Serrano), **no puede entenderse como abusivo un pacto relativo a un procedimiento que viene establecido y regulado por la Ley.** En primer lugar, lo que la Ley prohíbe es el denominado *pacto comisorio*, pero sí que es de esencia de la hipoteca que la cosa deba

ser vendida para con su importe hacer pago al acreedor, como señala el art. 1858 CC, al que se remite como fundamento el art. 129.2 LEC. **Cómo debe producirse la venta es lo que debe determinar la Ley.** La comparación de los arts. 80 y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios pone de manifiesto que no todas las cláusulas no negociadas individualmente son, *per se*, abusivas, sino solamente las que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Es la propia Ley, llamada *de protección del deudor hipotecario*, la que vela porque no haya abusos en el procedimiento (y ello sin entrar en el problema de si el desequilibrio debe ser solamente en obligaciones y derechos o también en los modos de hacerlos valer). La propia Ley, además, se hace eco de este problema al imponer que el pacto se establezca en una cláusula separada —art. 129.2, letra b) LH. **En el procedimiento, como veremos, el Notario puede reaccionar frente a una cláusula abusiva; resultaría llamativo que pudiera considerarse abusivo el propio procedimiento.**

Llevando aquel razonamiento al extremo, el hecho de entender que una cláusula del contrato de hipoteca es abusiva porque limita las facultades de defensa del hipotecante nos llevaría a plantear el problema de si lo abusivo no sería el establecimiento del propio derecho real de hipoteca (o, mejor dicho, el viejo procedimiento judicial sumario o acción directa contra el bien hipotecado), en cuanto que en este la Ley establece un procedimiento donde, aun en vía judicial, las facultades de defensa sufren una importante limitación, al limitarse de modo sustancial las facultades de conocimiento judicial (por vía de oposición) que, ya de por sí, lleva consigo históricamente el procedimiento ejecutivo ordinario (y el monitorio), al tiempo que menoscaba enormemente las facultades dispositivas del propio hipotecante.

4.—Hechas estas precisiones, debemos estudiar, en primer lugar, los **requisitos formales del pacto.**

La Ley da rango legal a las prescripciones del art. 234.2 RH al imponer que el pacto conste en estipulación separada —art. 129.2, letra b) LH. Como insinuábamos an-

tes, este **carácter separado de la estipulación no es una mera formalidad, sino que atiende a los principios de la legislación de defensa de los consumidores.** Con esto, soy consciente de que me separo del cómodo expediente a que acudió la RDGRN de 16 de junio de 1992.

Además, **debe constar reiterado en dicha cláusula** (ya que, con carácter general, lo establece el art. 21.3 LH) **el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque**, añadiendo que se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual, si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución. Pese a la dicción legal (que parece estar pensando en el préstamo destinado a la adquisición de vivienda), dicha exigencia es aplicable a todo caso en que se hipoteque una vivienda que ya es habitual en el momento de la formalización de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. En mi opinión, lo relevante es si se trata de la vivienda habitual del hipotecante, no de los posibles arrendatarios o de otras personas, vinculadas o no al contrato, como resulta en los casos de vivienda perteneciente a una sociedad en que el bien hipotecado es la vivienda habitual de un socio o de un tercero ligado normalmente a él por vínculos familiares o afectivos (en contra, Gomá y Merino).

La Ley exige que se indique el valor (comparemos la dicción con el reformado art. 682.2.1 LEC, que habla de «precio») **en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta; este tipo de subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 % del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario.**

La expresión «*en su caso*» puede llevar a pensar que, para la Ley, la acción directa contra los bienes hipotecados es una posibilidad que tiene el acreedor, pero que cabe la exclusión voluntaria de la misma; ahondar en esta cuestión excedería con mucho los límites de este artículo, como también los problemas que se planteen en el caso de ampliaciones de préstamo en que debe existir una nueva tasación (con la posibilidad hoy de crear perjuicios a los hipotecan-



tes, dada la disminución que ha experimentado el valor de los inmuebles).

Al tiempo, la expresión «en ningún caso» nos lleva a considerar que **tanto para que sea aplicable el procedimiento judicial como para que se pueda pactar la venta extrajudicial** (que solo puede pactarse si se establece la acción directa judicial), **«en todo caso» habrá de disponerse de tasación** (que debe tener una antigüedad no superior a los seis meses), y ello tanto si se trata de préstamos concertados por entidades financieras (en este supuesto, la tasación debe acompañar a la oferta vinculante o al FIPER) como por particulares. La falta de tasación hará que se inscriba el derecho de hipoteca sin referencia al «procedimiento judicial sumario», por seguir utilizando la expresión consagrada por la reforma de 1909 de la Ley Hipotecaria, y de conformidad con la vieja Resolución de 11 de febrero de 1911. La hipoteca se reducirá, ahora sí (y utilizo esta expresión porque no comparto la visión procesalista de la hipoteca), a una especie de embargo anticipado, y digo *especie* porque, a diferencia del embargo, atribuye una preferencia para el cobro que el embargo (aun anotado) no atribuye.

El alcance de la reforma del Reglamento Hipotecario que indica el art. 129.2, letra e) nos lleva a considerar **plenamente vigente la otra exigencia del art. 234 RH** (que contiene, también, el art. 682.2.2.ª LEC, aplicable supletoriamente): **el domicilio para la práctica de notificaciones, que, también, deberá ser el mismo que el que hubiera establecido la acción directa judicial**.

El art. 129.2, letra e) indica que el Reglamento Hipotecario establecerá las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación. En tanto, queda subsistente la previsión del art. 234.1.3.ª. En los comentarios que ha provocado la Ley, se ha planteado la naturaleza de dicha designación. La posición admitida por la generalidad de la doctrina es que se trata de un mandato irrevocable, por ser el medio de ejecución específicamente pactado de un contrato, cuya efectividad no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. En todo caso, habrá que replantearse su verdadera naturaleza de mandato, toda vez que parece que vincula al ulterior adquirente de la finca hipotecada y no parece extinguirse por la muerte del hipotecante. Así, sería conveniente que estas

cuestiones, de gran trascendencia no solo teórica, sino también práctica, fueran abordadas en la reforma anunciada.

5.-Establece el art. 129.2, letra c) LH que la venta extrajudicial solo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el art. 114.

Frente al actual criterio de la DGRN, creo que la venta extrajudicial solamente cabe en los contratos de préstamo, en donde la cantidad debida es inicialmente líquida, sin necesidad de documento fehaciente que acredite que la liquidación realizada por el acreedor se corresponde con los movimientos contables

Frente al actual criterio de la DGRN (iniciado con la Resolución de 6 de octubre de 1994), **creo que la venta extrajudicial solamente cabe en los contratos de préstamo, en donde la cantidad debida es inicialmente líquida**, sin necesidad de documento fehaciente que acredite que la liquidación realizada por el acreedor se corresponde con los movimientos contables. La comparación de los párrafos siguientes del art. 129.2, letra c) LH con los dos supuestos contemplados en el art. 572 LEC y la ausencia de referencia al documento del art. 573 LEC en la reforma de la venta extrajudicial así lo indican, en mi opinión. Se incluyen (como sostenía Rodríguez Adrados) las hipotecas en garantía de títulos nominativos o al portador, porque en ellas lo indeterminado es la titularidad del crédito, pero no la cantidad debida y garantizada.

En cuanto a los intereses de demora, las limitaciones contenidas en el art. 114 LH (la extensión del artículo impide estudiar la eficacia meramente hipotecaria del límite, **la posibilidad de que el límite se aplique también en el aspecto puramente obligacional o la posibilidad de pactar unos intereses superiores condicionada a que la vivienda pierda el carácter de habitual)** hacen referencia a que no se

podrán reclamar intereses de demora por un importe superior a tres veces el interés legal del dinero, cuando se trate de préstamos para la adquisición de vivienda, sin posibilidad de capitalización, salvo un supuesto específico (extremo que habrá de controlarse en el documento fehaciente al que nos referiremos más adelante). Como ha señalado Gómez Martínez en una conferencia todavía no publicada, la Ley parece legitimar los pactos de intereses de demora para otros supuestos, planteando la posible declaración de nulidad por el Juez, por aplicación de la jurisprudencia comunitaria, y sin posibilidad de integración. Pero, cuando el deudor se encuentre en situación de exclusión, existe un límite adicional: el 2 % del capital pendiente del préstamo, según resulta de la modificación que la Ley realiza del art. 4 RDL 6/2012.

Resulta llamativa la ausencia de referencia a las costas del procedimiento extrajudicial y la posibilidad de que el importe de lo cobrado con la venta se destine a su satisfacción, sobre todo porque a las costas se refería el art. 235.1 RH y el Notario, al terminar el procedimiento, debe expedir una certificación que indique precio de remate e imputación del mismo a capital, intereses ordinarios, de demora y costas, con el orden de imputación del art. 654.3 LEC. Parece, ante esta contradicción, que las costas de la ejecución pueden reclamarse, con el límite del 5 % de la cantidad reclamable (en mi opinión, por todos los conceptos), cuando se trate de vivienda habitual (y ello con independencia de que el préstamo se haya concedido para la adquisición o no), dada la aplicación supletoria que hay que predicar del art. 575.1 bis LEC.

6.-La venta extrajudicial solamente cabe en caso de incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones principales que se derivan del préstamo: el impago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada —art. 129.1, letra b), inciso final, LH—, y precisamente debe pactarse solo para estos supuestos. Quedan fuera del control notarial y del sistema cualesquiera otros pactos de vencimiento anticipado del préstamo. En mi opinión, la venta extrajudicial cabe incluso para la reclamación de la parte vencida y no pagada del préstamo, de conformidad con lo que establece el art. 693 LEC. En todo caso, el **pacto de vencimiento anticipado exigirá**, como en el ejercicio judicial directo de la acción hipotecaria, **que se hayan impagado**



al menos tres cuotas (lo que, por otro lado, es el supuesto normal).

7.—Al requerimiento inicial deben, en ciertos casos (los más normales), acompañarse determinados documentos.

El párrafo segundo del art. 129.2, letra c) LEC se refiere al **préstamo con «reembolso progresivo» del capital**. Dejando a un lado que en el sistema de amortización con cuota constante (el más utilizado habitualmente) no hay progresividad, ni aritmética ni geométrica, en la amortización del capital, lo importante es que **se exigen dos documentos: uno en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y otro, fehaciente, que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca**. Tratándose de un préstamo, no parece preciso que el término *forma* se refiera al establecimiento de un medio específico de cálculo (normalmente reservado al acreedor), sino a que la liquidación de intereses se ha realizado de conformidad con lo pactado (año comercial, año natural, fechas de devengo, etc.). No debiera haber ningún inconveniente en que este documento sea único: el acta de determinación de saldo, basada en el documento presentado por la parte acreedora.

Cuando se hubieran pactado intereses variables, la solicitud de venta extrajudicial se deberá acompañar del documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

La razón de esta diferenciación es que cabe un préstamo con intereses variables sin «reembolso progresivo» del capital. En caso de que se den ambas circunstancias, basta con un único documento fehaciente que incorpore el documento que necesariamente ha de redactar el acreedor.

8.—La venta extrajudicial está enormemente influida por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En algunos supuestos, la Ley 1/2013 llama directamente a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en otros, permite el desarrollo reglamentario, y, finalmente —art. 129.2, letra h)—, establece el carácter supletorio de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de lo establecido en la Ley Hipotecaria y en el Reglamento Hipotecario (este carácter supletorio excluye la necesidad de la analogía).



9.—Y ahora comienza la ceremonia de la confusión.

Frente al sistema tradicional de la venta extrajudicial, **la Ley señala que «la venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado» —art. 129.2, letra d) LH**. La Ley recoge así la previsión de la disp. final 3.ª del RDL 6/2012, que señalaba que **«el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, aprobará las normas reglamentarias precisas con el fin de simplificar el procedimiento de venta extrajudicial, las cuales incorporarán, entre otras medidas, la posibilidad de subasta electrónica»**.

Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxx
 Xxxxx xxxxxxxx xx xxxx x xxxxx xx
 xxx Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxx
 Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxx xxxx
 xxxxxxxx xxxxxxxx

La cita de esta disposición es todo menos inocente, porque resulta evidente que **el Gobierno ha incumplido**, como reiteradas veces han hecho todos, este mandato legislativo.

Y digo que es todo menos inocente porque, ante la necesidad de que la venta se

haga mediante subasta electrónica, no falta (Delgado) quien defiende que la posibilidad de realizar ventas extrajudiciales queda paralizada en tanto no se desarrolle este portal, sin posibilidad de aplicar, en tanto no se establezca, la normativa del Reglamento Hipotecario sobre la forma de realizar la subasta. En mi opinión, el ejercicio de un derecho reconocido en la Ley no puede quedar supeditado a la actuación de un órgano de la Administración (que precisará de un reglamento que determine la estructura, el contenido, el procedimiento de inserción y acceso, en definitiva, un previo desarrollo de la potestad reglamentaria por el ejecutivo) cuando ya existe un sistema para el desarrollo del procedimiento y contrasta con el doble anuncio de la subasta judicial que prevé el art. 668 LEC.

Continúa señalando el artículo que *«los tipos de subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil»*. Como en el conocido chiste, no sabemos a quién se refiere el «sus». Si se trata de las condiciones de la subasta, habría que diferenciar entre los actos previos a la subasta y la subasta en sí, que se regiría íntegramente por la Ley de Enjuiciamiento Civil, y especialmente lo que el art. 669 LEC denomina *«condiciones especiales de la subasta»*, que hace referencia al depósito de los postores. Pero esta interpretación hace que quede carente de sentido casi todo el contenido del apartado siguiente del mismo art. 129 LH, ya que remite al Reglamento Hipotecario para regular el procedimiento



de subasta, las cantidades a consignar y la adjudicación. Por eso entiendo que es más coherente entender que las «condiciones» son las que deben tener, en relación con el tipo de subasta, las posturas y el desarrollo procedimental en función de las mismas, cuya regulación se contiene en los arts. 670 y 671 LEC. Como el art. 670 LEC prevé el supuesto de que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 % del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas, y atribuye en tal caso al Secretario unas facultades especiales (sometidas a revisión judicial), debemos plantearnos si el Notario tiene esta facultad. A mi juicio, y sin perjuicio de que el reglamento que debe dictarse pueda y deba desarrollar este supuesto, en principio, en la venta extrajudicial no deberían admitirse posturas que no cubran aquellos importes, dado que al Notario no deben atribuírsele esas facultades que tiene el Secretario (miembro de la oficina judicial y rector del procedimiento) por la posibilidad del recurso de revisión, de carácter jurisdiccional.

Me refería antes a la ceremonia de la confusión porque el art. 129.2, letra e) LH establece que en el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y las personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta (en todo caso, electrónica), las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los

titulares de derechos o cargas posteriores, así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación.

La forma verbal empleada («se determinará») lleva a Delgado a entender que, en tanto no se desarrolle reglamentariamente la Ley, la postura más segura es entender que la venta extrajudicial está huérfana de regulación reglamentaria.

Puede defenderse que el vigente Reglamento Hipotecario sigue vigente en todo aquello que no contradiga ni la Ley 1/2013 ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, y deberá ser interpretado conforme a los principios reguladores del procedimiento por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tendrá siempre carácter supletorio para aquello que no esté específicamente previsto

En mi opinión, esta postura no tiene en cuenta la aplicación supletoria que se predica de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del Reglamento Hipotecario, y que permite cubrir el vacío normativo que en otro caso existiría. En conclusión, **creo que puede defenderse que el vigente**

Reglamento Hipotecario sigue vigente en todo aquello que no contradiga ni la Ley 1/2013 ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, y deberá ser interpretado conforme a los principios reguladores del procedimiento por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tendrá siempre carácter supletorio para aquello que no esté específicamente previsto.

Especial importancia tiene, a mi juicio, la forma en la que se desarrollarán las notificaciones, especialmente el requerimiento de pago. La regulación actual se contiene en el art. 236, letra c) RH, que contempla, como modo subsidiario, la notificación al portero o al vecino. Debemos plantearnos si esta solución todavía es posible. La razón es que la notificación al vecino no está contemplada en el art. 202 RN. Sin embargo, **debemos inclinarnos por la solución afirmativa.** En primer lugar, por la especialidad del Reglamento Hipotecario, que excluye la aplicación de las formas generales del Reglamento Notarial (art. 206 RN); pero, además, esta forma de notificación era la recogida en el derogado art. 131.3.3 LH y ha pasado al art. 686.2 LEC, párrafo segundo, al regular el requerimiento extrajudicial de pago previo a la ejecución de bienes especialmente hipotecados o pignorados, con lo que, si este requisito de procedibilidad se encuentra cumplido de esta forma en sede judicial, y lo contempla específicamente la regulación hipotecaria en la venta extrajudicial, no parece haber razones para excluir su práctica. Este artículo nos plantea, además, otro problema, y es su **aplicación a los requerimientos notariales de pago genéricos en la vía ejecutiva.** El art. 581 LEC se limita a decir que no se practicará requerimiento judicial de pago al ejecutado cuando se haya practicado acta notarial de requerimiento de pago. El art. 686.2 LEC, párrafo primero, dice que, sin perjuicio de la notificación del despacho de ejecución, no se practicará el requerimiento de pago cuando se haya procedido a notificarle extrajudicialmente conforme al art. 581 LEC, y continúa señalando que, «a estos efectos», el requerimiento podrá entenderse con el vecino. La reciente RDGRN de 9 de mayo de 2013 se pronuncia de manera tajante sobre el hecho de que la calificación registral se extiende al modo en que se han efectuado las notificaciones, de forma que la escritura de venta ha de explicitar (sin fórmulas genéricas) el modo en que se ha llevado a cabo la notificación.





No es menos importante el tema de las **consignaciones**. Pese a la afirmación de la Exposición de Motivos de que se disminuye el aval necesario para pujar del 20 % al 5 % del valor de tasación de los bienes, a la hora de desarrollar este principio, solamente se modifica el art. 647.3 LEC, incluido dentro de la sección relativa a la subasta de bienes muebles, cuando la reforma se hace en la Ley 1/2013, en el capítulo III, relativo a las mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria, y no se modifica el art. 669 LEC, comprendido dentro de la subasta de bienes inmuebles. Ante este incomprensible error, hay que entender: o bien que el sistema no ha sido modificado (pese a la voluntad manifestada en la Exposición de Motivos), o bien que la reforma del art. 647 LEC tiene, por aplicación del capítulo de la Ley, una *vis* expansiva, solución que, aunque de dudosa técnica legislativa, parece la más aconsejable. Con ello, **el tipo del 30 % previsto en el Reglamento Hipotecario debe entenderse también modificado**. Es de esperar que la prometida reforma del Reglamento Hipotecario supla este verdadero fallo del legislador.

10.—Continúa señalando la Ley que **cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y, en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos**.

Interesa destacar la posición activa del Notario en el control de las cláusulas abusivas en el momento del ejercicio de la acción directa

Interesa destacar, en primer lugar, la **posición activa del Notario en el control de las cláusulas abusivas en el momento del ejercicio de la acción directa**, que es exactamente igual (y de modo sorprendente) a la posición que la Ley predica del Juez para el mismo supuesto. Es cierto que la disposición relativa al Juez se encuentra en las disposiciones generales, en que el art. 552.1, párrafo segundo (modificado por la Ley 8/2013), establece que cuando el Tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados

en el art. 557.1 pueda ser calificada como *abusiva*, dará audiencia por quince días a las partes; tal posibilidad no se contempla directamente en el caso del ejercicio judicial de la acción directa, en que la abusividad de una cláusula constituye motivo de oposición (art. 695.4 LEC), pero parece que hemos de entender que, estando el art. 552 dentro de las disposiciones generales a todo juicio ejecutivo, dicha disposición debe ser aplicada también al supuesto de la acción directa contra los bienes hipotecados.

Continúa señalando el artículo que, en todo caso, **el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el art. 684 LEC, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales**. La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apdo. 4 del art. 695.1 LEC. Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

La situación, por lo tanto, es la siguiente: en el supuesto de ejercicio judicial de la acción directa, si el Juez aprecia la existencia de una cláusula abusiva, debe ponerlo en conocimiento de las partes, y tras una contención limitada, resuelve; además, y con independencia de la posición del Juez, siempre cabe que la parte entienda que hay una cláusula abusiva que es el fundamento de la acción, y puede oponerse en el procedimiento judicial. Exactamente igual ocurre en la venta extrajudicial.

La solución que brinda la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil interpreta la STJUE de 14 de julio de 2012: **el Juez no puede declarar de oficio y sin audiencia la nulidad de una cláusula por abusiva** (y eso que hay cláusulas nulas por disposición legal), **sino que se debe realizar una declaración de naturaleza jurisdiccional con audiencia de las partes**.

Interesa destacar el supuesto de hecho: un Notario autorizó una escritura y un Registrador la inscribió.

Pese a ello, **al acudir al procedimiento de la venta extrajudicial, el Notario debe controlar, ahora sí, la abusividad de la cláusula en cuestión**. Desde dicho supues-

to de hecho, esto permite, en mi opinión, terminar con una **cuestión sumamente controvertida: si el Notario, al autorizar, y el Registrador, al inscribir, pueden calificar una cláusula como abusiva, y el primero eliminarla de la escritura, y el segundo no inscribirla**.

En conclusión, la calificación de abusiva de una cláusula es una cuestión sometida con carácter exclusivo a la función jurisdiccional

La exigencia de audiencia de las partes y la necesidad de decisión de un sujeto revestido de *imperium* impide tal consideración. Nótese que **el Notario es el único que tiene delante a las partes, pero ni aun en este caso puede eliminar la cláusula; deberá realizar la oportuna advertencia y advertir especialmente al deudor**. Esta exigencia, por otro lado, dará especial transparencia a la cláusula controvertida y proporcionará información suficiente al deudor, eliminando así potenciales abusividades derivadas de falta de información. **En conclusión, la calificación de abusiva de una cláusula es una cuestión sometida con carácter exclusivo a la función jurisdiccional**.

11.—Establece el art. 129.2, letra g) LEC que, una vez concluido el procedimiento, **el Notario expedirá una certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos**, con distinción entre la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, y todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el art. 654.3 LEC. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal.

12.—Para finalizar este artículo, hay que terminar con las **disposiciones transitorias de la Ley**.

A los procedimientos ya comenzados a la entrada en vigor de la Ley, les es aplicable la misma, siempre que no se hubiese ejecutado el lanzamiento (disp. trans. 1.^a). El párrafo segundo de la disp. trans. 5.^a establece que en las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley y en las que no se haya pro-



ducido la adjudicación del bien hipotecado, el Notario acordará su suspensión cuando, en el plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente, conforme a lo previsto por el art. 129 LH, el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible. En mi opinión, el mandato es claro: **se suspende el procedimiento de venta extrajudicial, de modo que no se computa ningún plazo, y, por lo tanto, en la mayoría de los casos, habría que (dada la fecha de la publicación) suspender la subasta.**

En los procedimientos en marcha, creo que el sentido de la norma nos lo brinda la disp. trans. 4.ª, relativa a los procedimientos judiciales, en que la aplicabilidad de la Ley no se produce cuando un trámite ha precluido, ya que solamente se aplica a las actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.

En cuanto a los **intereses de demora**, la disp. trans. 2.ª establece que la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual (en realidad, los préstamos para la adquisición de vivienda habitual) establecida en el nuevo art. 114 LH será **de aplicación no solo a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley (obviedad inútil), sino también a las constituidas antes, cuando estos intereses se devenguen con posterioridad, así como a los ya devengados que no hubieran sido satisfechos.** El Notario deberá dar al ejecutante un plazo de diez días para el recálculo de los mismos, pero la continuación del procedimiento, en este punto, no depende de la mera voluntad del acreedor que insta la venta, sino que el Notario debe controlar (del mismo modo que otro lo hizo al elaborar el documento fehaciente de liquidación) que la manifestación se adecua a lo pactado.

No creo que a estas alturas, y teniendo en cuenta que ya el RDL 6/2012 diferenciaba entre venta de vivienda habitual y la que no tuviera tal carácter, **se planteen problemas en las ventas extrajudiciales en marcha.**

Sí lo va a plantear, en cambio, el tipo para la subasta. Las afirmaciones que se realizan seguidamente son válidas para todas las ventas extrajudiciales, tanto las

iniciadas como las que se inicien con posterioridad, que estén apoyadas en hipotecas inscritas con anterioridad a la Ley.

¿Cuál es el tipo de subasta? Adelanto **mi opinión: que el tipo de subasta tenga que ser, como mínimo, el 75 % del valor de tasación oficial solo es aplicable a las hipotecas que se constituyan con posterioridad a la Ley.**

Sin embargo, **en los informes** (tanto del Consejo General del Notariado como del Colegio Nacional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles) y en las opiniones vertidas, **se considera este tipo ya aplicable a todas las hipotecas, diferenciando:**

- **Si consta la tasación oficial, como mínimo, el tipo de subasta, sea cual sea el pactado, a menos que el pactado sea superior.**
- **Si no consta la tasación oficial, habría que obtener una tasación oficial nueva solicitándola del acreedor y, entonces, aplicar el 75 %; si el acreedor se negase a ello, no se podría continuar con el procedimiento.**

La norma relativa a la relación entre el valor de tasación para subasta y el valor de tasación oficial no está situada en la normativa de la subasta, sino en la normativa del contenido de la escritura pública donde se pacta la constitución de hipoteca

Creo entender **las razones** que subyacen en este planteamiento, pero **no las comparto** por dos razones. La primera es que **creo que hoy supondrían un claro perjuicio en la mayoría de los casos para el deudor** (el valor de la vivienda ha disminuido casi un 50 %). Pero la segunda, y a mi juicio la fundamental, es que **se parte de una premisa que creo equivocada. La norma relativa a la relación entre el valor de tasación para subasta y el valor de tasación oficial no está situada en la normativa de la subasta, sino en la normativa del contenido de la escritura pública donde se pacta la constitución de hipoteca.** El derecho real de hipoteca ya ha nacido con la inscripción de la escritura anterior, y la acción directa se ejercita con arreglo al

título y la inscripción. De hecho, al regular la Ley 1/2013 la subasta, habla reiteradamente de «**valor por el que hubiera salido el bien a subasta**», y este valor es el pactado en la escritura e inscrito en el Registro, sin que exista ninguna norma en las disposiciones transitorias que pueda hacernos pensar lo contrario; la propia Exposición de Motivos reconoce que antes no existía límite para la fijación del tipo de subasta (olvidemos que sí existía para los préstamos hipotecarios destinados a ser titulizados), y no parece que se indique necesidad de actualización. De seguir aquella línea de razonamiento, lo que tendríamos que concluir es que **no cabe en modo alguno integrar el procedimiento** (ni siquiera con el avalúo de los bienes para el procedimiento ejecutivo ordinario sobre bienes inmuebles contenido en los arts. 666 y 667 LEC), **sino, directamente, entender inaplicable la acción directa contra los bienes hipotecados**, y ello por dos razones: a) las disposiciones del capítulo correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán «*cuando se cumplan los siguientes requisitos*»; faltando estos, al acreedor solo le quedaría el procedimiento ejecutivo ordinario, con sus causas ordinarias de oposición, provocando el embargo del bien hipotecado y haciendo constar esta circunstancia en el Registro, y b) la fijación del valor para subasta no es un elemento que quede al arbitrio del acreedor y no puede ser integrado dentro del procedimiento, judicial o extrajudicial, sino que es un elemento contractual y requiere, por lo tanto, el consentimiento de las dos partes (el carácter contractual se reconoce en la Exposición de Motivos al referirse al valor de tasación).

Y aquí parece conveniente hacer una breve digresión. La doctrina siempre se fijó en el «*podrá*» del art. 131 LH, entendiendo que era un procedimiento de ejercicio potestativo para el acreedor; no se hizo tanto hincapié en el carácter contractual del mismo o, mejor dicho, de su posibilidad, al depender de requisitos (y de pactos, por lo tanto, de la escritura, que debían tener su traslado al Registro); la Ley de Enjuiciamiento Civil se pronuncia en términos más imperativos, pero sigue subsistiendo su base contractual, que la Ley 1/2013 reitera con la expresión «*en su caso*» a la que antes me he referido.

Frente a mi posición, sin duda radical, pero basada en la naturaleza del pacto y en la eficacia del Derecho intertemporal, cabría una solución intermedia: perdida



por el Notario al acreedor una tasación, podría considerar abusivo (interpretando ya en un sentido amplísimo las facultades que la Ley le concede) el valor de tasación (ciertamente, lo es en numerosos casos de préstamos por particulares), a fin de que las partes discutan en vía judicial y sea el Juez quien resuelva sobre este extremo.

XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXX XXXXXXX XX XXX X XXXXX XX
xxx XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXX XXXXXXXX

13.–Para los procedimientos de venta extrajudicial que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley, además de las anteriores consideraciones, **habrá que tener en cuenta el art. 3 bis RDL 6/2012.** Con evidente incorrección, se establece que los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de «*exclusión*» (tras la corrección de errores, ya que inicialmente se hablaba de «*beneficio*

de exclusión»). Y digo incorrectamente porque el hipotecante no deudor no tiene beneficio de exclusión (este beneficio lo tiene solo el fiador), aunque resulta más dramático que el art. 2 RDL 6/2012 hable de «*avalistas hipotecarios*». **O bien la disposición carece de sentido práctico, o bien lo que la Ley quiere decir es que el hipotecante no deudor podrá, si hubiera notificado a la entidad acreedora su situación de exclusión, oponerse a la continuación**

del procedimiento, aunque no se regule como causa de oposición. En mi opinión, hay que dar plena virtualidad a esta disposición y, acreditado esto tras la notificación al hipotecante no deudor, suspender el procedimiento.

Quedan, evidentemente, muchos temas pendientes. La ya de por sí larga exposición impide entrar en un análisis detenido de los mismos.



La incorporación del arrendamiento al marco de seguridad jurídica



Antoni Bosch i Carrera
Notario de Barcelona

La Ley 4/2013, de 4 de junio, establece un conjunto de **reformas para la flexibilización y el fomento del mercado de alquiler de viviendas**. Con el objetivo político y social de aumentar la demanda y la oferta de alquiler, la Ley establece una serie de medidas para lograr «la necesaria dinamización del mismo» (Exposición de Motivos). Se enmarcan dentro de las reformas que el Gobierno de España y el Congreso de los Diputados están emprendiendo **con el objeto de dinamizar la situación económica del país**. Tradicionalmente, en España, el acceso a la vivienda se ha producido con la incorporación de los ciudadanos al régimen de la propiedad. A ello han contribuido singularmente **el Notariado y el Registro de la Propiedad, pues han dotado el sistema de acceso a la propiedad de fiabilidad, estabilidad a unos costes razonables y eficacia**.

Se ha garantizado el derecho constitucional de acceso a la vivienda con un sistema que asegura la protección de los adquirentes a la vez que protege el mercado de transacciones. Los acreedores están seguros de sus créditos, perfectamente documentados e inscritos, y los propietarios están plenamente protegidos de sus derechos en España. **Esto es gracias —y estamos orgullosos de decirlo— a la seguridad jurídica que el Notariado y el Registro aportan al tráfico inmobiliario**.

Hoy en día, y a las alturas de la crisis en la que nos hallamos, **el sistema judicial de ejecución de créditos garantizados con hipoteca ha planteado dudas importantes** en orden a la protección del crédito territorial, que es una de las funciones del sistema institucional español. Incluso **la declaración de cláusulas como abusivas**

por parte de los tribunales ha añadido mayor incertidumbre —si cabe— en el proceso de ejecución de préstamos y créditos. Frente a todos estos problemas sociales y económicos, que al final se concentran en problemas de seguridad jurídica, los pilares del sistema, es decir, la intervención notarial y la inscripción en el Registro, están fuera de dudas. En tiempos en que la crisis arrecia, **nuestro sistema de seguridad preventiva obtiene una nota respetable y vadea las olas con entereza**. La seguridad jurídica no solo es un principio constitucional: es un elemento básico de mercado. Recientemente, el historiador Ferguson (*La gran degeneración*, Debate, 2013) se preguntaba por qué unas sociedades progresan y otras no lo hacen o lo hacen más lentamente. Citaba los trabajos sobre el África moderna de Paul Collier; los de Hernando de Soto, el economista peruano, y el grupo de académicos



micos que capitanea Andrei Shleifer al abordar el estudio comparado de los sistemas legales desde una perspectiva económica. La conclusión es que lo importante son las instituciones, pero —y esto es importante— las que funcionan bien, no las disfuncionales (De Soto). En mi opinión, **el hecho de que los arrendamientos se incorporen al sistema de seguridad preventiva tendrá unos efectos muy positivos** para la economía nacional y para la seguridad jurídica. **El problema no es el coste, sino que nuestro sistema funcione bien y de forma ágil para dar seguridad jurídica al derecho de arrendamiento a un precio razonable. Este es el reto.**

En España, uno de los fenómenos sociales y económicos más importantes que se produce **a partir de los años sesenta del siglo XX** es el **acceso masivo de la población a viviendas en propiedad** —sobre todo en núcleos urbanos— fruto de la inmigración del campo a la ciudad provocada por la industrialización del país. Dicho acceso a la propiedad **tuvo como eje la escritura pública y la inscripción en el Registro la Propiedad**. Estos dos actos jurídicos **dotaron el derecho de acceso a la vivienda de garantía, efectividad y estabilidad**. Buena prueba de ello es que la vivienda se fue convirtiendo, a partir de la entrada en el euro, en un «objeto de deseo» del mundo inversor y financiero.

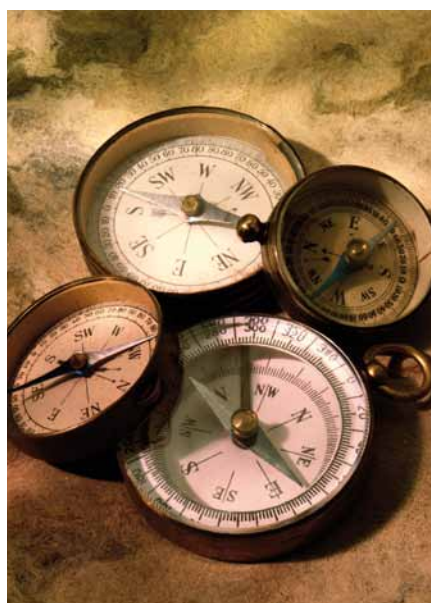
El problema no es el coste, sino que nuestro sistema funcione bien y de forma ágil para dar seguridad jurídica al derecho de arrendamiento a un precio razonable. Este es el reto

La seguridad jurídica a partir de los **años noventa** experimentó un desarrollo importante, con una **incorporación temprana del Notariado y los registros a las nuevas tecnologías** y sobre la base de la intercomunicación de notarías y registros en orden a la comunicación y traslado de los documentos a través de la red. Se trataba de incorporar la inmediatez que las tecnologías aportan para garantizar solidez a los adquirentes de fincas frente a posibles dobles ventas, hipotecas y embargos de última hora.

A partir del año 2010, se observa un cambio de tendencia en los hábitos y preferencias de los españoles en orden al acceso

a la vivienda. **Se ha pasado de un acceso muy mayoritario en propiedad a una mayor dinamización del mercado de alquiler residencial**. Resulta muy elocuente la Exposición de Motivos de la **Ley 4/2013** cuando indica que, en España, *«el porcentaje de población que habita en una vivienda en alquiler se encuentra apenas en el 17 %, frente a la media de la Unión Europea, que está muy próxima al 30 %»*. Se reforma la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 y se incorporan los mecanismos de protección y seguridad propios del mercado inmobiliario en régimen de propiedad. La Exposición de Motivos habla por sí sola: *«Es preciso normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad. La consecución de esta finalidad exige que el arrendamiento de viviendas regulado por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario [...] Todo ello sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador ni del arrendatario»*.

El legislador reconoce que el mecanismo de seguridad preventiva en el mercado de propiedad es exitoso, merece el apoyo legal, y dotar de seguridad el mercado de alquiler de viviendas solo puede ser beneficioso para propietarios y arrendatarios. La meta es muy ambiciosa, pero los obstáculos no son meno-



res: reticencias de los propietarios, crítica de ser una reforma «burocrática» siempre desacreditada, los problemas anejos a la obtención de la posesión en casos de resolución contractual, un mercado muy fragmentado con millones de operadores, una concepción de que la seguridad jurídica es «cara»... **Las ventajas de dar certidumbre y seguridad al arrendamiento van a tener un efecto dinamizador para la economía**, de la misma manera que en el siglo XIX la titulación pública y la inscripción registral dinamizaron la economía del pasado siglo. Son problemas que exigen mucha imaginación y criterio. Esta Ley puede ser el inicio del camino.

Las ventajas de dar certidumbre y seguridad al arrendamiento van a tener un efecto dinamizador para la economía. Esta Ley puede ser el inicio del camino

Antes de entrar en el comentario de los preceptos que afectan a los aspectos notariales y registrales, es preciso hacer dos acotaciones. La primera es temporal. Así, con arreglo a la DT 1.^a, **los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2013 (el 6 de junio) continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación**. La nueva regulación no tiene efectos retroactivos. La segunda acotación es doctrinal. Se ha discutido hasta la saciedad si el derecho de arrendamiento es un derecho real o personal. No voy a exponer los argumentos que sobre esta materia existen. La nueva Ley parte de la distinción entre arrendamientos inscritos y no inscritos, y se deja de disquisiciones teóricas. Podemos seguir preguntándonos sobre si el arrendamiento es un derecho real o personal. Podemos. Pero **es evidente que el arrendamiento inscrito produce una serie de efectos superiores y de mayor eficacia que el no inscrito**. Esta es la distinción relevante, a mi juicio, sobre el carácter de los arrendamientos.

1. El contrato de arrendamiento se acoge con reservas al principio civil de libertad de pactos

Los arrendamientos civiles se registrarán por la Ley de Arrendamientos Urbanos



de forma imperativa solo en las cuestiones reguladas en los títulos I y IV. Ambos títulos son parcos. El Título I se refiere al ámbito de la Ley. Así, contiene definiciones sobre qué tipo de arrendamientos regula y cuáles están excluidos de la norma. El precepto importante es el art. 4, que ha sido objeto de una reforma importante, como veremos. El Título IV es imperativo y se refiere a las fianzas y la forma del contrato.

Ha dejado de ser imperativo el Título V, referido a los procesos, por la sencilla razón de estar previsto el pacto de sumisión a mediación o arbitraje, como establece el art. 4.5. Con esta mención, se expresa la **intención del legislador de iniciar una desjudicialización de los procesos arrendaticios.** Se siguen las recomendaciones internacionales, así como de buena parte de la doctrina española, al buscar soluciones alternativas al proceso judicial.

La reforma civil más importante en cuanto al ámbito del contrato de arrendamiento de vivienda la supone la **reforma del art. 4, al eliminar parte de la fuerza imperativa a la Ley de Arrendamientos Urbanos en beneficio de los «pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes» (art. 4.2).** Solo el Título I, de disposiciones generales, y el Título IV, sobre fianza y formalización, son imperativos, como hemos visto.

El Título II, núcleo y base del arrendamiento de vivienda, sufre una pérdida de su imperatividad. El precepto antiguo decía que *«los arrendamientos de vivienda se rigen por lo dispuesto en el Título II de la presente Ley y, en su defecto, por la voluntad de las partes»*, y ahora dice que *«los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el Título II de la presente Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil»*. Hemos pasado de regirnos por el Título II —núcleo de la Ley, como hemos dicho— de forma imperativa a regir el contrato por la *«voluntad de las partes»* como Ley. Hasta aquí se observa un cambio legal con el que se puede estar o no de acuerdo, pero es el que es. **La controversia la suscita que la voluntad será rectora del contrato, pero «en el marco» del Título II.** El marco —en la acepción gramatical que ahora interesa— es *«los límites en los que se encuadra un problema, cuestión, etapa histórica, etc.»*. **El marco legal del contrato de arrendamiento de vivienda es el esta-**

blecido en el Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Dentro de estos límites han de moverse los *«pactos, cláusulas y condiciones»* que las partes libremente establezcan. **Es criticable la utilización de marcos legales para enmarcar los convenios de los particulares, pues quedan muchas zonas de penumbra, borrosas y límites poco definidos.** Los propios preceptos, como iremos viendo, definirán los límites —por ejemplo, la duración que es imperativa— y serán los tribunales quienes irán aclarando cuáles son los límites de este marco. **A demás, no se ha reformado el poderoso art. 6,** que dice: *«Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario»* las normas del Título II. **Hemos de ser críticos con la pretendida liberalización, porque como petición de principio es válida, pero como norma eficaz deja mucho que desear,** y por ello la doctrina comenta que la alusión al *«marco»* es una referencia más estética que práctica.

2. La escritura pública y la inscripción del contrato

La forma del contrato de arrendamiento está regulada en el art. 37. El criterio legal es el civil de libertad de forma, si bien las partes pueden compelerse a una forma escrita. Por supuesto, es de aplicación el art. 1280 CC, como norma de alcance general en el Derecho patrimonial español.

La reforma no modifica el art. 37 ni el principio de voluntariedad en la inscripción en el Registro de la Propiedad. La formalización e inscripción quedan reguladas por la Ley Hipotecaria y por el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero (en adelante, RD). Este RD ha tenido —como es conocido por notarios y registradores— poca o ninguna eficacia práctica en orden a inscribir en el Registro los contratos de arrendamiento. A este RD se refiere la DF 2.ª, que se refiere específicamente a la formalización e inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos. Según esta DF 2.ª, el Gobierno tiene un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley (el 6 de junio) para adaptar la regulación contenida en el RD sobre la inscripción en el Registro de los contratos de arrendamiento. **El encargo legislativo tiene como misión adaptar la regulación contenida en la Ley al RD.** Concretamente, determina dos puntos de singular atención: uno, lo concerniente a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arren-

damientos —se estudia en el punto siguiente—, y dos, la modificación de los aranceles notariales y registrales aplicables.

Se trata de flexibilizar el régimen del arrendamiento para acomodarlo a las actuales circunstancias del mercado y, por otro lado, se pretende dar una mayor seguridad jurídica a la relación arrendaticia

La intención del legislador parece clara. **Se trata de flexibilizar el régimen del arrendamiento para acomodarlo a las actuales circunstancias del mercado y, por otro lado, se pretende dar una mayor seguridad jurídica a la relación arrendaticia.** Y en esta materia, la de la seguridad jurídica, el propio texto normativo reconoce que nuestro sistema de protección de los derechos de propiedad y del derecho constitucional de acceso a una vivienda tienen mucho que ver con las funciones notarial y registral. Esta intervención conjunta dotará el contrato de arrendamiento y las relaciones entre propietario y arrendatario de un marco estable a la vez que flexible, y este parece ser el motivo o fundamento de la delegación legislativa.

El mandato de la DF 2.ª supone una llamada a que este proceso se formalice con un coste económico aceptable para arrendador y arrendatario, pero sin mengua de la garantía y la seguridad que el sistema de seguridad preventiva español proporciona.

Los requisitos para inscribir los contratos de arrendamiento con sus prórrogas o modificaciones son los siguientes:

- a) **Escritura pública o de elevación a público del contrato privado** de arrendamiento (art. 2 RD). El Notario habrá de identificar y enjuiciar la capacidad de los otorgantes y valorar la suficiencia de la representación de las personas jurídicas intervinientes.
- b) La **descripción de la finca** con los datos que exige el art. 3 RD.
- c) La **constancia de la duración, renta inicial del contrato y demás cláusulas** que las partes hubieran libremente estipulado (art. 4 RD).
- d) La **liquidación del contrato de los impuestos** que correspondan (art. 254 LH).



3. La cancelación del contrato de arrendamiento y la nueva resolución por impago de la renta

Sin perjuicio de que este es uno de los puntos que serán objeto de modificación, según la DF 2.^a, creo que puede ser muy útil recordar el régimen vigente.

Me centro en los **supuestos más habituales** de extinción del contrato, es decir, el **vencimiento del plazo, así como la resolución del contrato por impago de la renta** y el consiguiente lanzamiento.

En los supuestos de **vencimiento** por transcurso del plazo pactado o del plazo legal, el RD exige al Registrador, para cancelar de oficio la inscripción del arrendamiento, el paso de un plazo de ocho años desde el vencimiento del contrato o de sus prórrogas. Con anterioridad, la inscripción del contrato puede ser cancelada si se aporta copia del acta notarial acreditativa de la notificación del arrendador o del arrendatario indicando la voluntad de dar por concluido el contrato (art. 7 RD).

En los casos de **resolución del contrato** de arrendamiento por impago, la cuestión es más compleja. El RD no dice nada sobre la cancelación por resolución judicial por impago de la renta. Se exige, en este caso, la inscripción de la sentencia judicial que decreta la resolución del contrato y la inscripción de la misma con el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad. No hay duda de que este sistema es seguro, pero farragoso e incluso largo. Además, queda aún pendiente el lanzamiento del inquilino o desahucio. Sin embargo, el RD no se ocupa de este tema.

La reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos intenta salir al paso del problema que las resoluciones judiciales de los contratos plantean con un nuevo procedimiento. Al art. 27 LAU, rubricado «*incumplimiento de obligaciones*», se le ha añadido un punto 4 que establece un sistema nuevo para lograr la cancelación registral por impago de los arrendamientos inscritos. La reforma del art. 27 LAU supone un esfuerzo del legislador por dotar de eficacia la resolución del arrendamiento en caso de impago de la renta contractual. Otra cosa es que la reforma haya logrado resolver el grave problema de obtener una eficaz y rápida resolución de los contratos de arrendamiento ante el impago del arrendatario.

El nuevo apdo. 4 del art. 27 LAU se refiere a la **resolución del contrato de arrendamiento inscrito por impago de renta** y establece un proceso de resolución aparentemente ágil. El supuesto exige los siguientes **requisitos**:

- i) Estar el arrendamiento **inscrito en el Registro de la Propiedad**.
- ii) Constar en el **contrato estipulación o cláusula expresa de que el arrendamiento podrá quedar resuelto por falta de pago de la renta** e indicación del proceso a seguir para obtener esta resolución.
- iii) **Requerimiento judicial o notarial al arrendatario**, en el domicilio designado en la inscripción, **instándole al pago** o cumplimiento.
- iv) **Falta de contestación al requerimiento en el plazo de los diez días hábiles siguientes**, o bien que el arrendatario conteste aceptando la resolución por el mismo medio judicial o notarial.

El proceso —que recuerda la notificación de resolución del contrato de compraventa prevista en el art. 1504 CC— **no contempla qué ocurre si el inquilino se opone**. La Ley no va más allá. Hubiera sido lógico —y esta omisión puede condenar esta reforma a la ineficacia— que el inquilino pudiera oponerse con el pago o la consignación. La Ley nada dice sobre este tema. Por ello, hay que entender que si el arrendatario se opone alegando cualquier causa, como el pago, la novación o la compensación, no será posible la resolución del contrato. En este caso, nos encontraremos ante un supuesto parecido al de la reinscripción a favor del vendedor de las compras resueltas por impago del comprador. En estos casos, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del deudor pueden condenar el procedimiento del art. 27.4 LAU a la ineficacia. Esta ha sido la condena de las condiciones resolutorias explícitas e implícitas hoy prácticamente en desuso por efecto de las jurisprudencias antes mencionadas.

Bastará para paralizar la cancelación del arrendamiento en el Registro que el arrendatario alegue que ya pagó, que llegó a una transacción o nuevo acuerdo con el arrendador o cualquier otra excusa jurídica

razonable para que no se cancele el arrendamiento.

En caso de que el arrendatario no se oponga —o haya aceptado—, y además se cumplan los requisitos establecidos, el efecto del art. 27.4 LAU es la **resolución del contrato de arrendamiento y la cancelación de la inscripción del arrendamiento**, para lo cual se exigen los siguientes **requisitos**:

- i) Aportar el título o documento inscrito en el Registro de la Propiedad.
- ii) **Aportar la copia del acta de requerimiento o el testimonio del auto judicial de requerimiento**, así como **diligencia de que el arrendatario no se ha opuesto a la resolución** o ha aceptado la resolución de pleno derecho.

Cumplidos estos requisitos, se practicará la cancelación de la inscripción del arrendamiento en el Registro.

El nuevo proceso de resolución por impago va a estrellarse contra la dura realidad del arrendatario que no paga y se opone por cualquier causa jurídica razonable una vez que esté debidamente asesorado

La Ley llega adonde puede llegar, pero, sin duda, la realidad civil y procesal es más compleja que la registral. Como hemos apuntado, **el nuevo proceso de resolución por impago va a estrellarse contra la dura realidad del arrendatario que no paga y se opone por cualquier causa jurídica razonable una vez que esté debidamente asesorado**. Con estas perspectivas, los arrendadores individuales difícilmente pondrán en marcha este procedimiento. En cambio, puede ser de utilidad cuando se compren, por parte de sociedades o fondos de inversión, grandes cantidades de pisos —cuestión que hoy no parece infrecuente. Si existen fincas teóricamente ocupadas por arrendatarios pero vacías en la práctica, el requerimiento notarial puede servir para ejercitar el proceso de resolución contractual, pues la propiedad no tendrá oposición. El arrendatario estará desaparecido.

La cuestión a resolver por parte de los notarios es cómo hacer la notificación en



estos casos de pisos vacíos. El supuesto es: requerimiento de pago y amenaza de resolución contractual en una finca inscrita donde el inquilino está desaparecido y el piso, cerrado. El problema es: ¿cuándo el requerimiento se entiende efectuado? El art. 7 RD exige que el Notario haga la notificación personalmente, y se remite al art. 202 RN en cuanto a los detalles. En caso de que la finca esté deshabitada, el Notario solo puede hacer la notificación al portero, según la última reforma del art. 202 RN. Si la finca no tiene portero, ha de remitir la cédula por correo certificado con acuse de recibo y estar a lo que señala el RD 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios Postales.

La reforma debe dar al Notario la autoridad y los medios para que las notificaciones puedan realizarse de forma eficaz

Particularmente, echo en falta la notificación «*al vecino con casa abierta*», que solventaba muchos problemas de notificación. Pienso que la reforma del RD puede ser una magnífica ocasión para dotar de eficacia la notificación notarial en los casos en que parezca notorio que la finca está deshabitada y el Notario llegue al convencimiento de ello. El fondo de la cuestión, a mi entender, es bien simple. **La protección de la libertad contractual y los derechos constitucionales no pueden ser interpretados de forma tal que los procesos de cobro del crédito se entorpezcan con facilidad y esto conlleve graves perjuicios a la seguridad efectiva y, por ende, a la economía nacional.** Pienso que **la reforma debe dar al Notario la autoridad y los medios para que las notificaciones puedan realizarse de forma eficaz.** En caso contrario, la reforma, que ya tiene sus debilidades, está tocada de muerte. Y esta vez la muerte llegará por la picaresca nacional. La reforma podría incorporar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 1262 —cruce de oferta y aceptación (por todas STS, Sala 1.ª, 10 de septiembre de 2010)— sobre la denominada *teoría de la recepción*. Así, la notificación quedaría válidamente efectuada si esta llega al círculo de interés del oferente. Otro aspecto a profundizar será la posibilidad de que el Notario notifique a la dirección electrónica que figure en el contrato mediante la plataforma de firma electrónica avanzada notarial.

Una vez resuelto el contrato y cancelado el derecho inscrito, el propietario deberá instar un proceso judicial para recuperar la posesión de la vivienda o bien llegar a un acuerdo con el poseedor. Hay que recordar que, resuelto el contrato de arrendamiento, ya no existe obligación de pagar la renta y el arrendador pasa a ser un mero detentador de la posesión de la finca inscrita. El propietario podrá instar un proceso de precario por medio de un juicio declarativo verbal y otros procesos, incluso el del art. 41 LH.

4. Duración y desistimiento del contrato

La duración del contrato será la pactada por las partes, si bien hay una duración mínima, sujeta a prórroga mínima de tres años obligatoria para el propietario. La Ley reduce la duración mínima para el propietario de cinco a tres años, en la línea de flexibilizar el contrato y ajustarlo al mercado para hacer más atractivas las viviendas en alquiler. Transcurridos los tres años, el arrendatario tiene derecho legal a otra prórroga. El término *prórroga tácita* pasa de tres años a un año, con la nueva regulación. Pero la reforma no da respuesta a un problema planteado cuando finaliza la prórroga tácita sin expresa resolución del contrato. Puede sostenerse que entraríamos en la figura de una *tácita reconducción* (1576), o bien operaría una nueva prórroga legal (*ex art. 10*), según la llamada *teoría de la prórroga tácita sucesiva o teoría de la prórroga tácita única*. [Nota: en este caso, estamos ante un nuevo contrato (jurisprudencia del Tribunal Supremo), con las consecuencias en materia de fianza y garantías que ello comporta.]

Con esta reforma, el contrato de inquilinato sigue la línea emprendida ya con el Real Decreto Ley Boyer, en aquel lejano 1985, y la más próxima Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, al hacer más apetecible y versátil un elemento tan importante del contrato como es el tiempo.

Sigue vigente la regla de que **los contratos en los que no se haya estipulado plazo o este quede indeterminado se entienden celebrados por el plazo de un año.** En este concreto supuesto, el arrendatario sigue teniendo el derecho de prórroga hasta los tres años y la prórroga tácita de un año.

El desistimiento del contrato sufre una ligera reforma. **El plazo a partir del cual es legal el desistimiento pasa de un año**

a seis meses (art. 11). **La comunicación al arrendador pasa de tener una anterioridad de dos meses a treinta días.** Se mantiene la posibilidad de pactar una indemnización. A mi juicio, y dada la libertad general de pacto, el tope legal —una mensualidad de renta por año— es dispositivo.

5. La Ley introduce coherencia con los principios registrales

La Ley acoge los dos pilares de seguridad jurídica privada: **la protección registral y la documentación auténtica** (DF 2.ª en relación con el RD). En primer lugar, se introducen los mecanismos derivados de la propia dinámica del Registro de la Propiedad y, en segundo lugar, las formas de acceso al Registro de los títulos o contratos de arrendamiento.

Dice la Exposición de Motivos: «*Que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho, y [...] que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito*».

La nueva redacción ha de calificarse de acertada al consagrar el principio registral de inoponibilidad frente a tercero de los derechos no inscritos que establece el art. 32 LH, así como la protección registral del tercero que reúna los requisitos del art. 34 LH

La reforma dedica a la protección registral dos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos: los arts. 7.2 y 14.1. «*En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad*». El art. 14.1 incorpora el art. 34 LH a la dinámica de los arrendamientos, y así el adquirente de una finca inscrita en el Registro, si reúne los requisitos de dicho art. 34, solo quedará afectado por los derechos y obligaciones del transmitente si el arrendamiento está inscrito.

Con la ley anterior, los principios registrales quedaban vulnerados al concederse a los arrendamientos no inscritos efectos in-



cluso frente a terceros registrales (Delgado Ramos). **La nueva redacción ha de calificarse de acertada al consagrar el principio registral de inoponibilidad frente a tercero de los derechos no inscritos que establece el art. 32 LH, así como la protección registral del tercero que reúna los requisitos del art. 34 LH.**

a) Oponibilidad y protección del arrendamiento inscrito

El régimen de los arrendamientos **diferencia** después de esta importante reforma **entre los arrendamientos inscritos y los no inscritos en el Registro de la Propiedad.**

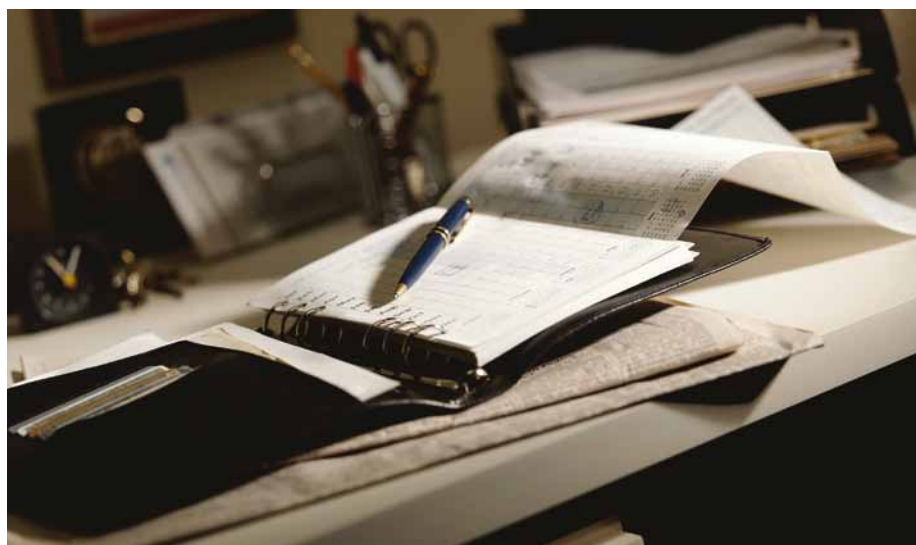
Una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga legal y la prórroga anual *«se impondrán en relación con terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la LH»* (art. 10.2 LAU). El arrendamiento inscrito es oponible a terceros, como cualquier derecho inscrito, y goza de la protección que el Registro establece con arreglo a los principios hipotecarios —en este caso, el que garantiza el derecho y la duración frente a aquellos que ataquen el arrendamiento inscrito. Si el derecho del propietario es resuelto, el arrendamiento inscrito no quedará afectado por tal resolución.

Entiendo que el comprador con derecho inscrito tiene derecho a que termine el contrato de arrendamiento de una finca no inscrita con la única excepción de los tres años de duración legal y necesaria, y siempre que el inquilino sea de buena fe.

Los arrendamientos inscritos surten los efectos propios de los derechos registrados. En lo que nos atañe, son publicados y, por lo tanto, oponibles a terceros. Esta garantía y protección que el Registro aporta se explicita en el art. 13.1 de la reformada LAU.

b) Enajenación de la vivienda arrendada

La Ley distingue entre fincas inscritas y no inscritas. El adquirente de una finca inscrita arrendada como vivienda que reúna los requisitos exigidos por el art. 34 LH solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito con anterioridad (art. 14.1). El adquirente de vivienda queda plenamente protegido frente al arrendatario cuyo derecho no consta inscrito. **El punto**



más complejo a dilucidar es el referente a la buena fe. Puede pensarse que la referencia al art. 34 LH exige la buena fe. Sin embargo, el art. 14.1 se remite a los arts. 7 y 10 de la Ley reformada. En consecuencia, entiendo que lo inscrito —es decir, la adquisición del tercero protegido— prevalece *«en todo caso»* (art. 7.1) sobre lo no inscrito, y aquí no juega ningún papel la buena fe. Sin embargo, hay que reconocer que la exigencia de buena fe puede ser discutida. En juego de los arts. 32 y 34 LH, se plantea en nuestro caso una legítima duda. Un importante sector doctrinal (Díez Picazo) exige la buena fe y consideraría al comprador como un tercer hipotecario, afectándolo, por lo tanto, la posesión del arrendatario y su protección civil de cara a exigir la buena fe.

XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
XXX XXXXXXXXXXXX XX XXXXXXX XXXXX
XXXXXXXXXXXX XX XXXXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXXXX XX XXXXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXXXX XX XXXXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXX XXXXXXXXX

Si la finca no se halla inscrita, el régimen es el del art. 1571 CC (*«venta quita renta»*). Si el adquirente usa su derecho de resolver el arrendamiento, el arrendatario puede exigir un plazo de gracia de tres meses a contar desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito (art. 14.2).

c) Resolución del derecho del arrendador

La Ley de Arrendamientos Urbanos contempla la **resolución o pérdida del derecho del arrendador por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o una sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra.** En estos casos, ¿qué efecto tiene la resolución del derecho —generalmente, de propiedad— sobre el contrato de arrendamiento? Se produce la resolución del arrendamiento en todos los casos, a diferencia de la norma reformada, que permitía la duración del contrato durante el plazo mínimo legal —de cinco años, antes de la reforma—, con la condición de que la finca conste inscrita. La ejecución hipotecaria de una finca permitirá al rematante de la misma la resolución del contrato. ¿Siempre? Solo existen dos excepciones: la primera, aquellos supuestos en que el contrato de arrendamiento conste inscrito en el Registro. En este caso, se aplicarán los principios registrales de *prior tempore*. Si el arrendamiento está inscrito antes de la hipoteca, no se resolverá; en caso contrario, sí. La segunda excepción se encuentra en las fincas no inscritas. El arrendamiento permanecerá durante el plazo mínimo legal de tres años, si el arrendatario actuó de buena fe y concertó el arrendamiento con quien aparecía como dueño (art. 9.4). En este caso, la buena fe se entiende de forma subjetiva, al exigirse que el contrato se efectúe con *«la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea im-*



putable al verdadero propietario» (art. 9.4 en relación con el art. 13.1).

La importancia de esta norma de cara al futuro —recordemos que no tiene efecto retroactivo— es indudable. **Los arrendamientos de cierta duración serán considerados como unas auténticas cargas por y para los propietarios.** Las entidades financieras y los acreedores, cuando consulten el Registro y constaten que existen arrendamientos inscritos, exigirán su cancelación. **La norma puede significar una gran protección para los arrendatarios de larga duración en detrimento del propietario.**

6. Reformas de la renta contractual

Merece aprobación la pequeña reforma en materia de renta contractual (art. 17). **Con la reforma, puede reemplazarse total o parcialmente la renta por el compromiso del arrendatario de reformar o rehabilitar el inmueble en los términos y condiciones pactados.**

En materia de renta contractual, **otra reforma es la referente a la indexación de las rentas al índice de precios al consumo.** A partir de la reforma, la renta se actualizará anualmente en los términos pactados por las partes. **Esta materia queda absolutamente liberalizada y el sistema de aumento queda a la libertad de las partes.**

7. El derecho del retracto

Todo tiene su final. Esta Ley pasará a la historia por ser la que **elimina de hecho el retracto legal a favor del inquilino.** El apdo. 8 del art. 25 LAU se reforma con un lacónico: *«No obstante lo establecido en los apartados anteriores, las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente».* Finaliza por la vía del pacto casi un siglo de retracto legal arrendaticio que hoy no era más que una traba al libre comercio. Pero la muerte del retracto será lenta, pues **se obliga al arrendador —«deberá», dice la Ley— a comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa.**

Parece que la intención es darle una última oportunidad al arrendatario para que inscriba el contrato, pues *«venta quita renta».* Su utilidad práctica será más que discutible.

8. Notificaciones y comunicaciones

La Ley de Arrendamientos Urbanos **distingue entre comunicaciones, notificaciones escritas y notificaciones fehacientes.** Con la reforma, el art. 4.6 LAU permite a propietario y arrendatario señalar una dirección electrónica a los efectos de que puedan realizarse en ella las notificaciones que la Ley prevé. Esta dirección electrónica debe tener una serie de condiciones que se cumplen con la firma electrónica avanzada, pues se exige que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido. También es necesario que quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras y del momento en que se hicieron.

En los supuestos en que propietario y arrendatario tengan un sistema de firma electrónica avanzado, podrán efectuar todas las notificaciones a las que hace alusión la Ley

En los supuestos en que propietario y arrendatario tengan un sistema de firma electrónica avanzado, podrán efectuar todas las notificaciones a las que hace alusión la Ley.

En aquellos supuestos en que esto no sea así, hay que estar a cada supuesto para conocer cuál es el nivel de comunicación/notificación que se requiere. La Ley no es exacta y precisa en la utilización de los términos. Un ejemplo lo encontramos en el art. 9.3 reformado. Según este precepto, se exige del propietario comunicar al arrendatario *«que tiene necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares».* Aunque la Ley no exige ningún tipo de fehaciencia a esta comunicación, de hecho va a ser necesario conocer la fecha exacta de la notificación, pues la comunicación ha de hacerse en un plazo de dos meses antes de la fecha en que se va a necesitar la vivienda. Además, la trascendencia del acto impone una fehaciencia. Entiendo que no estamos ante una mera comunicación, sino ante una notificación que ha de ser fehaciente, al menos, en cuanto a la fecha.

El mismo problema —meras comunicaciones de las que dependen fechas para ejercitar derechos— lo encontramos en el art. 11 con relación al desistimiento

contractual del arrendatario o la comunicación del cónyuge de seguir ocupando la vivienda en los casos de divorcio, nulidad o separación del cónyuge titular del derecho arrendaticio.

En cambio, en otros preceptos no vinculados a fechas de las que dependa la eficacia en el ejercicio de los derechos, la mera comunicación no tiene que ser fehaciente. Este es el caso del art. 21.3, que permite al arrendatario hacer obras de reparación urgentes en la vivienda y exigir el importe al arrendador.

Por su trascendencia en el quehacer de los notarios, **destaca la comunicación al arrendatario en aquellos supuestos de renuncia pactada al derecho de adquisición preferente.** En estos supuestos, el art. 25.8 obliga al arrendador *«a comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa».* No estamos ante una mera comunicación, sino ante una **notificación de una voluntad no recepticia que parece que tiene el objeto de alertar al arrendatario para que inscriba su derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad y pueda obtener la garantía** de que tal inscripción dará a su derecho de arrendamiento frente al comprador de la vivienda.

La Ley —sin que veamos justificación en ello— exige, en otros supuestos, la notificación. Unas veces, la mera notificación (arts. 10.1 y 15.2); otras, la notificación escrita (arts. 12.3, 16.3, 18.2, 19.3, 22.2 y 24.1), y, finalmente, la notificación fehaciente (arts. 14.2, 25.2 y 27.4; en este caso, se trata de un requerimiento judicial o notarial). Hasta aquí puede afirmarse que **la utilización de las palabras comunicación y notificación en el texto no resulta clara.** En algunos casos, es equivalente (art. 15.2). No obstante, cuando dicha comunicación o notificación es el punto de partida de un plazo o fija una fecha para ejercitar determinado derecho, la comunicación o notificación ha de dejar un rastro, una prueba. En caso contrario, el perjudicado puede fácilmente argüir que no ha sido notificado dentro de plazo. En última instancia, es un problema de prueba que valorarán los tribunales con arreglo a las reglas de la sana crítica. La prudencia obliga a que estas comunicaciones sean realizadas de forma y manera fehacientes.



Tribuna

--	--





Tribuna

--	--

A portrait of Roser Bach Fabregó, a woman with long brown hair, wearing a white top and a necklace with a cross pendant. She is sitting in front of a bookshelf filled with books and papers.

«La función notarial es indispensable y esencial en nuestra sociedad»

Roser Bach Fabregó

Directora de la Escuela Judicial

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Roser Bach Fabregó (Barcelona, 1964) se licenció en Derecho por la Universidad de Barcelona en 1987 e ingresó en la carrera judicial en 1989. Sus primeros destinos fueron los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Gavà y Sant Feliu de Llobregat. Ascendió a magistrada en 1992 y desarrolló funciones en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Lleida y l'Hospitalet de Llobregat. Actualmente es magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Ha ejercido la función docente en numerosos cursos y conferencias y es asimismo autora de varias publicaciones. En 2005 inició su tarea como coordinadora del programa para la preparación de opositores a juez, fiscal y secretario judicial en el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, del que en 2009 fue nombrada directora. Desde junio de 2011, es directora de la Escuela Judicial.



Entrevista

P: Se cumplen dos años desde que dirige la Escuela Judicial. ¿Cuáles han sido los principales objetivos alcanzados?

R: La idea de estos dos años ha sido, fundamentalmente, mantener e incrementar la calidad de la formación con dos promociones especialmente numerosas, de 234 y 204 jueces en prácticas, lo que ha supuesto un esfuerzo muy importante para todas las personas que formamos la Escuela Judicial. Creo que en este momento estamos finalizando un proceso de innovación en la formación judicial que se inició con la puesta en marcha de la Escuela y que supuso la definición de un nuevo modelo formativo.

P: En este momento hablamos de la decimosexta promoción. ¿Esto significa que la Escuela Judicial está plenamente consolidada y que se abren nuevos retos?

R: Creo que, efectivamente, la Escuela Judicial ya está plenamente consolidada como institución. Hay que pensar que, en este momento, más de la mitad de la carrera judicial ha realizado la formación inicial en la Escuela Judicial de Barcelona. Pero lo más importante es que nuestro modelo formativo también está plenamente consolidado, y podemos decir que es un referente tanto en el ámbito europeo como en el iberoamericano. Es un modelo de alta calidad que se encuentra en los estándares del modelo europeo de formación judicial.

Tenemos una ratio de jueces muy por debajo de la media en Europa

P: ¿Cuáles son los retos de futuro?

R: Los retos de futuro pasan necesariamente por mantener este modelo formativo y por reforzar la idea de que una formación excelente es garantía de una mejor Justicia y, por lo tanto, de la prestación de un mejor servicio público. La exigencia de formación no es una necesidad de carácter corporativo, sino que es un derecho de la sociedad: el derecho a tener jueces y magistrados con una formación excelente y con capacidad de dar respuesta a los conflictos que les son planteados.

P: ¿Cuáles son las características fundamentales e imprescindibles para ser un buen juez?

R: Desde el punto de vista de la formación, pensamos que el juez tiene que tener una gran preparación jurídica, tanto substantiva como procesal. Sin embargo, también está claro que esta preparación no es suficiente. En la Escuela Judicial, durante los últimos años, hemos hecho el esfuerzo de orientarnos, precisamente, a determinar cuáles son las competencias necesarias para un adecuado ejercicio de la función jurisdiccional. Así, junto con el conocimiento del Derecho, hemos determinado otras competencias que son igualmente relevantes, como las competencias analíticas y argumentativas, las relacionales, las funcionales y, especialmente, las personales o éticas, que hacen referencia a los valores que el juez necesariamente tiene que interiorizar, que tienen que guiar su actuación, y que, en definitiva, se corresponden con los principios que incorpora la Constitución.

P: ¿Cómo valora el nivel de la Judicatura en nuestro país en relación con otros países de nuestro alrededor? ¿Y en el marco formativo?

R: El nivel de la Judicatura en nuestro país es muy alto, tanto si lo medimos en términos absolutos como en relación con los países de nuestro alrededor. Creo que tenemos jueces y magistrados excelentemente formados no únicamente en la vertiente de la formación inicial, sino también en la de la formación continua, es decir, la formación del juez a lo largo de su carrera profesional. La formación continua es imprescindible para la actualización, la profundización en determinadas materias y la especialización. En nuestro modelo, esta formación no tiene carácter obligatorio, pero la gran mayoría de la carrera judicial participa de ello, y este compromiso de los jueces con la formación es la garantía de un alto nivel de profesionalidad.

P: Existe el eterno debate abierto sobre hasta qué punto hay objetividad e independencia. ¿Son posibles en el ámbito judicial?

R: La independencia no solamente es posible, sino que es un valor esencial para un estado democrático y de derecho como el nuestro, y es un valor consustan-

cial al poder judicial. Pero asimismo hay que dejar claro que no es un privilegio corporativo de los jueces, sino que es un valor constitucional que se justifica por las finalidades que persigue: la exclusividad de la función judicial en un marco de garantía de separación de poderes y el ejercicio de esta función de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

La reforma del Consejo General del Poder Judicial es preocupante en cuanto que supone una limitación importante del propio Consejo

P: Actualmente, la Escuela Judicial depende del Consejo General del Poder Judicial, un hecho que a la vez garantiza su propia independencia. ¿Cómo valora el recientemente aprobado proyecto de reforma del Consejo General del Poder Judicial?

R: Efectivamente, el hecho que la Escuela Judicial sea un órgano del Consejo General del Poder Judicial garantiza su propia independencia. Y este punto no se ve afectado por el proyecto de reforma del Consejo General. Aun así, creo que esta reforma es preocupante en cuanto que supone una limitación importante del propio Consejo. Esta limitación viene determinada por la nueva configuración que se otorga a este órgano constitucional, por las modificaciones que opera en la designación de los vocales, por las nuevas fórmulas de funcionamiento y por una evidente merma en sus competencias. Y todo ello, en definitiva, puede poner en tela de juicio de forma notable la función esencial que tiene asignada por el texto constitucional, que es velar por la independencia del poder judicial.

P: Unos años atrás, la Escuela introdujo el método del caso, que supuso un cambio importante en la formación de los futuros jueces. ¿Cree que actualmente la formación práctica y la teórica tienen cada una el peso que les corresponde para garantizar la mejor formación? ¿Tenemos el modelo de formación —y el modelo de juez— que necesitamos?

R: Creo que sí, que efectivamente disponemos del tiempo y de las he-



ramientas necesarias para garantizar una muy buena formación. El curso de formación inicial que impartimos en la Escuela Judicial a los jueces en prácticas, que se incorporan una vez superado el proceso selectivo de oposición, se estructura en dos fases diferenciadas. La primera, de estancia en la Escuela, la llamamos *teoricopráctica*, y se imparte docencia teórica, pero siempre enfocada a la práctica jurisdiccional. Efectivamente, el método del caso es la pieza angular sobre la que pivota la docencia, puesto que se trata de una metodología formativa absolutamente contrastada y facilita enormemente el aprendizaje de la aplicación práctica del Derecho. La segunda fase consiste en la realización de funciones judiciales como juez adjunto bajo la supervisión de un magistrado tutor, y ello ya supone la plena inmersión en la práctica jurisdiccional. En este momento, la primera fase tiene una duración de nueve meses y la segunda de seis, y realmente creo que el tiempo es suficiente para llevar a cabo una adecuada formación que combine la parte teórica con la práctica.

P: ¿Cómo se ha adaptado la formación de los jueces a un mundo cada vez más globalizado, más tecnificado y con nuevas problemáticas sociales?

R: La función judicial en la sociedad actual se realiza en un contexto de una enorme complejidad. Esta complejidad viene determinada por varios factores: por el efecto de la globalización y los enormes cambios sociales y económicos que ha provocado y la transcendencia que los mismos han tenido en el mundo del Derecho y la Justicia; por la grave crisis económica que estamos sufriendo, que ha puesto de manifiesto problemas desconocidos hasta el día de hoy, y también por la creciente importancia del papel asignado a los jueces. Esta dificultad en la función jurisdiccional lleva al primer plano la formación de los jueces, en la medida que sobre el juez del presente y del futuro pesan más requerimientos formativos, dado que deberá enfrentarse a nuevas problemáticas y a unos escenarios más complejos. En la Escuela Judicial somos plenamente conscientes de estas necesidades y la adaptación a las nuevas circunstancias es constante, de manera que incorporamos nuevas temáticas de conocimiento y también nuevas metodologías que ayuden a hacer posible este cambio.

P: ¿Qué aporta la formación judicial internacional, concretamente, los programas de intercambio que se realizan desde la Escuela?

R: En la actualidad, la formación internacional es esencial, y nuestra formación tiene una evidente proyección internacional. Y cuando hablamos de *proyección internacional* no nos referimos solamente al hecho de que nuestros planes formativos incluyen el estudio del Derecho internacional y el conocimiento de los instrumentos y mecanismos de cooperación judicial internacional. Cuando hablamos de *proyección internacional* nos referimos a una formación que tenga en cuenta que actualmente el juez realiza su función en un entorno globalizado. Por lo tanto, en este momento, la función jurisdiccional tiene un evidente carácter transnacional. Así, el juez español, en este momento, es también juez comunitario, porque aplica cotidianamente el Derecho de la Unión Europea, tanto el original como el derivado. Por otra parte, las relaciones comerciales transnacionales y la circulación global de las personas en el ámbito mundial determinan que la función judicial haya dejado de ser local.

P: ¿Cuál es el peso de la Escuela en el marco de las redes europeas de formación? ¿Y en el ámbito virtual o iberoamericano?

R: La Escuela Judicial es miembro activo de la Red Europea de Forma-

ción Judicial, que comprende los institutos de formación encargados de formar a los jueces y fiscales en los países de la Unión Europea. Asimismo, somos miembros de la Red de Lisboa del Consejo de Europa, de la Red Euro-árabe de Formación Judicial y de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales. Pertenecer a estas redes nos permite diseñar y realizar programas conjuntos con formadores y participantes plurinacionales, investigar y desarrollar actividades de formación para formadores y, en definitiva, nos enriquece a la hora de elaborar el plan anual e incorporar nuevas metodologías.

En cuanto a la formación inicial, querría destacar el programa de intercambio de alumnos de escuelas judiciales que se lleva a cabo todos los años y que está financiado por la Comisión Europea. Un grupo de nuestros alumnos acude durante una semana a compartir docencia a otra escuela europea —Francia, Polonia, Italia, Portugal, etc.—, y nosotros acogemos, durante otra semana, alumnos de distintos países. Asimismo, realizamos intercambios de jueces y magistrados ya en ejercicio profesional con otros países durante dos semanas. Los intercambios judiciales son una actividad que aumenta la confianza mutua entre autoridades judiciales, lo cual redundará en beneficio de una mejor cooperación civil y penal en el ámbito internacional.

Finalmente, quisiera remarcar que la Escuela Judicial es pionera en la formación virtual sobre Derecho europeo: abrimos nuevos programas en varios idiomas a la participación de jueces europeos y, afortunadamente, estos programas han obtenido una muy buena valoración por parte de la Comisión Europea, lo cual nos ha permitido obtener financiación. En el ámbito iberoamericano, la Escuela también contribuye a la elaboración de programas de formación tanto para formadores como para jueces iberoamericanos.

P: La promoción actual cuenta con bastantes alumnos menos que las anteriores. ¿Cómo valora este hecho?

R: La valoración es necesariamente negativa. Aunque todos somos conscientes de las dificultades económicas que vivimos en este momento, que, lógicamente, comportan importantes restricciones en todos los sectores de la Administración públi-





Entrevista

ca, pienso que en el ámbito de la Justicia sería necesario hacer un esfuerzo, dado que las insuficiencias son importantes. En concreto, respecto al número de jueces, tenemos una ratio muy por debajo de la media europea, que se sitúa alrededor de los 24,5 jueces por cada 100.000 habitantes, mientras que en el Estado español no llega a 10. Por lo tanto, la convocatoria de 50 plazas, de las que 35 son de la carrera judicial y 15, de la carrera fiscal, es claramente insuficiente. Esperemos que la próxima convocatoria sea más amplia y que dé respuesta a las necesidades actuales.

P: Las nuevas promociones cada vez cuentan con una mayor presencia de mujeres. ¿A qué cree que se debe este proceso de feminización de la Justicia?

R: Es cierto que en las últimas promociones la proporción de mujeres se encuentra alrededor del 65 %. Creo que en vez de hablar de un proceso de feminización de la Justicia, tenemos que hablar de un proceso de normalización de la posición de la mujer en la sociedad que se concreta en muchos ámbitos. Es un proceso lógico en el camino hacia la igualdad entre hombres y mujeres, y se ha producido en las últimas décadas —hay que tener en cuenta que cuarenta años atrás las mujeres no podían acceder a la carrera judicial— con una proporción superior de mujeres en las promociones de los últimos años, lo que ha conducido al hecho de que, en la actualidad, en la carrera judicial ya exista un mayor número de mujeres.

Las dificultades suponen nuevamente el aplazamiento de una reforma en profundidad para llevar a cabo una auténtica modernización en el ámbito de la Justicia

P: ¿Cómo cree que está afectando la crisis en el mundo de la Justicia? ¿Y, más concretamente, a la Escuela Judicial?

R: El mundo de la justicia, lógicamente, no queda al margen de la grave crisis económica que sufre nuestro país desde hace unos años, y ha visto un impacto muy directo: un incremento significativo de la litigiosidad, especialmente en los ámbitos más relacionados con las dificultades de



carácter económico: ejecuciones hipotecarias, desahucios, despidos, etc. Pero este incremento no se ha visto acompañado de nuevas dotaciones personales y materiales. Por lo tanto, sí hay una afectación muy directa en la Justicia, y todavía tiene unos efectos más negativos que en otros ámbitos de la Administración pública, dado que la Administración de Justicia parte de unos déficits estructurales que, des hace años, quedan pendientes de abordar y resolver. Estas dificultades suponen nuevamente el aplazamiento de una reforma en profundidad para llevar a cabo una auténtica modernización en el ámbito de la Justicia.

La Escuela Judicial, como institución dependiente del Consejo General del Poder Judicial, ha sido sensible a las necesidades de ajustes presupuestarios y ha hecho un esfuerzo importante para mantener la misma actividad y los mismos servicios.

P: En nuestro país, actualmente, cada juez dicta cerca de 350 sentencias por año, prácticamente una al día. ¿La cantidad va en perjuicio de la calidad?

R: Ciertamente, el índice de resolución de nuestros jueces es altísimo. Aun así, gracias al enorme esfuerzo que están realizando, no creo que se pueda decir que estos altos índices vayan en perjuicio de la calidad de las resoluciones. Este esfuerzo comporta que las condiciones de trabajo sean más complicadas y que el ejercicio de la función judicial se realice bajo mucha presión, por la necesidad de dar respuestas adecuadas y en un tiempo razonable a la gran cantidad de asuntos que los jueces tienen diariamente encima de la mesa. Pero

pienso que nuestros jueces y magistrados tienen el fuerte compromiso con la ciudadanía de hacer efectivo el derecho constitucional a la tutela judicial. Además, creo que hay que afirmar que en la actualidad este derecho fundamental está garantizado, a pesar de las difíciles condiciones en que trabajan no únicamente los jueces, sino todos los operadores jurídicos.

El índice de resolución de nuestros jueces es altísimo, pero ello no va en perjuicio de la calidad de las resoluciones

P: A menudo, desde el ámbito judicial, se ha criticado el hecho de tener que asumir determinadas tareas o procedimiento que no necesariamente requieren la intervención de un juez. En este sentido, tanto desde el Ministerio como desde la Consejería de Justicia, se apuesta muy claramente por la jurisdicción voluntaria con el objetivo de descolapsar la vía judicial. ¿Cómo valora esta apuesta?

R: Pues la valoro de forma muy positiva. De hecho, hace unos años, desde el Centro de Estudios Jurídicos del Departamento de Justicia, participé en una comisión que tenía como objetivo el estudio de la desjudicialización en el ámbito civil y que partía de la base de que hay que diferenciar las actuaciones en que necesariamente tiene que intervenir un juez, es decir las que tienen naturaleza jurisdiccional, del resto que tradicionalmente realizan los juzgados y tribunales, pero que son ajenas a la función decisoria, que es estrictamente jurisdiccional, de forma que tienen que ser asumidas por otros operadores jurídicos. En este sentido, en el documento final de la comisión se apostaba por desjudicializar competencias como la de publicitación, asesoramiento, fijación jurídica o la de avenencia. Creo que este es el camino que hay que seguir no solamente para descongestionar la Administración de Justicia, sino también porque es importante devolver a los ciudadanos y a la sociedad civil la competencia para la resolución de conflictos.

P: ¿Qué papel cree que tienen que desarrollar los métodos alternati-



vos de resolución de conflictos, como el arbitraje o la mediación?

R: Creo que estos métodos alternativos tienen que desarrollar un papel importantísimo en el futuro, y lo cierto es que cada vez tienen más relevancia. Es necesario hacer una Justicia preventiva y desjudicializar algunos conflictos que tendrían que tener solución por vías como el arbitraje o la mediación. Dentro de los diferentes tipos de conflictos jurídicos, podemos distinguir los que por su naturaleza se adaptan mejor a una respuesta dada a través del arbitraje o la mediación, que son sistemas dotados de una mayor flexibilidad, de más celeridad y que permiten un mayor diálogo en comparación con el proceso formal judicial. Entre estos sistemas alternativos, personalmente destacaría la mediación como medio muy eficaz para encontrar una solución favorable a las dos partes y posibilitar la conservación de las relaciones en el futuro.

Es necesaria una Justicia preventiva, la que ejerce el notario, y desjudicializar conflictos por vías como el arbitraje o la mediación

P: Más concretamente, ¿qué papel cree que pueden asumir los notarios en este contexto?

R: La publicación de la Ley de Mediación Civil y Mercantil ha impulsado el uso de la mediación como sistema alternativo y complementario al modelo judicial clásico en la resolución de conflictos: si bien hasta ahora la mediación se realizaba fundamentalmente con relación a asuntos de Derecho de Familia, ahora se ha ampliado a otros ámbitos, como el Derecho Sucesorio o el Derecho Empresarial.

Los notarios son profesionales que conocen conflictos de índole diversa; no solamente en materias societarias, empresariales o patrimoniales, sino también conflictos personales, como crisis matrimoniales, herencias o asuntos relacionados con la incapacidad. En todos estos temas, el notario puede llevar a cabo una función preventiva del proceso judicial, dado que, como conocedor del conflicto, puede evitar que termine judicializándose y puede derivar las partes a mediación, si estima que es la mejor opción para su resolución. Por otra parte, los notarios, en su actuación profesional, realizan tareas que se pueden considerar «de mediación» en un sentido amplio. Además, la citada Ley permite que puedan asumir el papel de mediadores.

P: En un sentido más amplio, ¿cómo valora la función notarial? ¿Qué cree que se aportan mutuamente el notariado y la judicatura?

R: La función notarial es indispensable y esencial en nuestra sociedad porque, en términos generales, podríamos decir que es la garantía del control de legalidad y de respeto de los derechos en las relaciones entre particulares. En este sentido, creo que las relaciones entre el Notariado y la Judicatura son más intensas que nunca. A día de hoy, todos somos conscientes de que la Justicia ya no solo es cosa de jueces, sino que es necesaria una interacción entre todos los operadores jurídicos y, en este sentido, es importante propiciar espacios de debate y reflexión sobre cuestiones jurídicas que nos afectan, dado que se produce un intercambio muy enriquecedor.

P: ¿Qué se puede hacer y qué se debe hacer para mejorar la imagen de la Justicia?

R: Creo que, en este momento, la Justicia comparte las deficiencias de cre-

dibilidad que sufren muchas instituciones. No podemos decir que sea un fenómeno aislado o que solamente afecte a la Justicia. Existe cierta desafección generalizada hacia muchos poderes públicos y, evidentemente, el poder judicial no es ajeno a esta situación de crisis institucional.

Las relaciones entre el notariado y la judicatura son más intensas que nunca

No obstante, creo que hay que reivindicar el trabajo cotidiano de jueces y magistrados, muchas veces en condiciones difíciles a causa de la sobrecarga de muchos órganos judiciales. Por tanto, tenemos que hacer un esfuerzo para transmitir este trabajo riguroso, porque lo que legitima el poder judicial es la confianza de los ciudadanos en su actuación.





«La CAE es el puente entre la Europa política y la geográfica»

Mario Miccoli

Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Nacido en San Gimignano (Toscana, Italia) en 1944, se licenció en Derecho por la Universidad de Siena en 1966. Tras una primera etapa profesional en Procter & Gamble Italia, opositó al título de Notario y se le asignó plaza en el distrito de Catania, donde permaneció entre 1974 y 1976. Desde 1977, ejerce en Livorno. En el ámbito académico, ha sido Profesor Adjunto de Derecho digital en la Universidad Federico II de Nápoles y miembro del Consejo de Administración de la Escuela de Posgrado de las Profesiones Jurídicas en la Universidad de Pisa. Ha publicado numerosos artículos en revistas jurídicas nacionales e internacionales. Desde 1999 hasta 2005, fue Juez Honorario en el Consejo Superior de la Magistratura en el Tribunal de Livorno. Además, presidió el Comité Provincial de la Cruz Roja Italiana de Livorno, y actualmente preside la Junta Directiva del Banco di Lucca e del Tirreno, perteneciente al Gruppo Bancario Cassa di Risparmio di Ravenna. En el ámbito institucional, fue durante siete años Secretario del Consejo Nacional del Notariado en Italia, Secretario de la Conferencia del Notariado en la Unión Europea y Secretario General de la Unión Internacional del Notariado (UINL), entre otros. Actualmente, y por segundo trienio, preside la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la UINL.



P: En julio tuvo lugar la primera reunión del buró de la CAE en Barcelona tras su designación como sede de la Comisión. ¿Cuáles fueron los objetivos?

R: El objetivo era precisamente constatar las posibilidades del Colegio Notarial de Cataluña como sede permanente o semipermanente de la reunión de la CAE de la Unión Internacional del Notariado. Y lo que nos encontramos superó todas las expectativas. Es un lugar perfecto, un sello de la contribución del Notariado de España y de Cataluña a la política y a las finalidades de la Unión Internacional. La designación de Barcelona como sede es un complemento a todo el trabajo realizado anteriormente por los distintos presidentes de la CAE, entre ellos, varios españoles: Ramon Fraguas, Jesús Led Capaz, José Luis Perales y José Manuel García Collantes. En la reunión también aprobamos la fecha de la primera reunión plenaria, a la que acudirán más de ciento cincuenta miembros de cuarenta países distintos, que tendrá lugar el 22 y 23 de noviembre.

La designación de Barcelona como sede de la CAE supone un enriquecimiento para la profesión y contribuirá a reforzar la Comisión

P: ¿Cuáles serán los principales temas a tratar en esta primera reunión plenaria de la Comisión?

R: Los temas principales serán, sobre todo, científicos, aunque siempre con un cariz también «político», entendido como política de la profesión, ya que muchos de los temas que trataremos influencian en la forma de ejercer la profesión. Por ejemplo, presentaremos varios estudios sobre deontología, sistema disciplinario y sistema de inspección, porque creemos que, en este momento histórico de crisis no solo económica, sino de valores morales, la necesidad de mantener bajo control la profesión notarial es básica, y hay una necesidad de conocer cuáles son los sistemas de los distintos países para aprender los unos de los otros. Otro estudio importante trata sobre la autenticación de los protocolos, un proyecto en el que estamos trabajando, primero, la base lingüística, ya que incluso traduciendo entre idiomas latinos, como del francés al español o al italiano, vivimos

en una Torre de Babel, y la traducción de una palabra aparentemente sencilla —como, por ejemplo, *autenticación*— tiene distintos significados. Por eso, antes de nada, tenemos que estudiar el significado exacto de los términos que utilizamos para saber verdaderamente cuáles son las diferencias en la profesión notarial en los distintos países. Pedimos la colaboración de profesores de distintas universidades, y fue curioso constatar que inicialmente pensaban que esto no era un problema, para luego darse cuenta de que detrás de estas diferencias existen diferencias de Derecho civil sustanciales. Por ejemplo, entre dos notariados muy cercanos, como el de Italia y el de España, los dos más ortodoxos de la profesión, hay una gran diferencia en el término *acta*. Las actas, en el Notariado italiano, están prohibidas formalmente para los notarios: no pueden hacerlas porque pertenecen al ámbito jurisdiccional. En este sentido, es muy interesante un artículo publicado en la revista notarial italiana, magistralmente escrito por Rafael Gómez-Ferrer y terminado por Ernesto Tarragón.

P: ¿Cómo valora la reciente designación de Barcelona como sede de la Comisión?

R: Todo empezó con la idea de ahorrar. Son tiempos de vacas flacas y no podemos permitirnos combinaciones complicadas de vuelos en toda Europa, pagar hoteles y salones de reuniones, etc. Valorando opciones, pensamos en Múnich y en Barcelona, y, gracias a la generosidad del Notariado de España y de Cataluña, elegimos Barcelona. Tras visitar el Colegio



Notarial de Cataluña, ver su magnificencia, su eficacia y el calor y la amistad de la Junta Directiva, nos dimos cuenta de que esto es mucho más que una medida de ahorro: es un enriquecimiento para la profesión. Aquí nos sentiremos en nuestra casa notarial —estoy seguro— gracias a la hospitalidad de todos. Y todo ello contribuirá enormemente a reforzar la Comisión, y espero que también suponga un intercambio aún más fructífero con el Notariado de España. Quiero enviar un agradecimiento al Notariado español, de cuya amistad nunca he tenido dudas, pero que cada vez nos demuestra un calor y un cariño inolvidables.

La Academia Notarial Europea tiene como objetivo divulgar la ciencia notarial a los países menos desarrollados con la colaboración de las universidades

P: El Colegio también será la sede de la Academia Notarial Europea. ¿Qué objetivos tiene?

R: La Academia tiene como tarea fundamental divulgar la ciencia notarial a los países menos desarrollados, y hacerlo buscando la ayuda y la colaboración de las universidades. En España hay universidades muy prestigiosas, como las de Barcelona, Madrid y Valencia, y tendremos la oportunidad de hacer crecer la Comisión y establecer un intercambio fructífero —que es vital— entre el mundo de la Academia y la Universidad y el mundo de nuestra profesión.

Nuestro principal reto es trasladar a los países geográficamente europeos pero políticamente fuera de la Unión Europea todo el desarrollo jurisprudencial y legislativo que se hace en la Unión

P: ¿Cuáles son los principales retos de la Comisión a corto, medio y largo plazo?

R: La Comisión tiene como principal reto trasladar a los países geográficamente



Entrevista



ficamente europeos pero políticamente fuera de la Unión Europea todo el desarrollo jurisprudencial y legislativo que se hace en la Unión. Y me refiero a países europeos que no son de la Unión pero que no son secundarios, como Rusia o Turquía, grandes países e importantes geográfica y políticamente, que están muy atentos a lo que pasa en la Unión Europea y al posible desarrollo futuro en este ámbito. Sobre todo en estos países hay mucha atención a lo que hace Europa en materia disciplinaria y deontológica. La CAE es el pasaje, el puente, entre la Europa política y la geográfica. Y, por otro lado, también vemos, al revés, que hay muchas cosas que se pueden aprender de los países en vías de desarrollo. Por ejemplo, hemos visitado Macedonia, Albania o Serbia, donde las autoridades políticas tienen al Notariado en gran consideración, porque ven que es una vía magnífica de garantizar el paso de la dictadura o del comunismo a la libertad. Así pues, ven que el Notariado es irrenunciable e indispensable para garantizar la seguridad jurídica, que en estos países a menudo está en peligro. En cambio, en países de mayores dimensiones, con una historia de mil años de Notariado, las autoridades políticas no se dan cuenta del servicio que este presta a la sociedad y hablan de *liberalizar* sin darse cuenta de los servicios insustituibles que ofrece el Notariado, como el Archivo de Protocolos que vimos en el Colegio. Es cuando menos curioso ver que en países donde no tienen Notariado lo aprecian incluso más que en aquellos otros donde ya se da por supuesta la figura del Notario. Ofrecer esta palestra, este foro de

debate entre distintos países, es uno de los retos más importantes de la CAE.

Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxx
Xxxxx xxxxxxxx xx xxxx x xxxxx xx
xxx Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxx
Xxxxx Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxx
xxxx xxxxxxxx xx xxxxxx xxxxx xxxx
xxxxxxxx xxxxxxxx

Y otra función que querría destacar es que la CAE constituye el primer ingreso a la vida internacional, sobre todo de los jóvenes notarios. Todos los que hoy tenemos cargos importantes en la Unión hemos empezado como miembros correspondientes, haciendo estudios, aprendiendo idiomas, etc. La CAE supone el ingreso y el lugar donde se aprende el funcionamiento, el sistema, la educación, el respeto, la amistad o las afinidades espirituales de un organismo internacional, cosas todas ellas que son fundamentales.

P: Concretando la labor de la CAE en distintos ámbitos, ¿qué medidas y en qué dirección se trabaja para favorecer la libre circulación de documentos?

R: Esta es más una tarea de la Unión. Antes de llegar a soluciones futuras como la circulación de los protocolos, se está desarrollando un proyecto, muy largo y todavía en fase experimental, de modifica-

ción de la Convención de La Haya para hacer una apostilla electrónica. Se trata de un sello de seguridad en papel, inspirado en el sello de seguridad español —la pegatina—, que introduce unas mejoras técnicas, puesto que es de dos caras y se pega por las dos caras de la hoja. Hay diez países del mundo, y en cada uno de ellos diez notarios, que participan en la prueba piloto en que se están probando las dificultades prácticas de este sello, que lo que pretende es dar seguridad, autenticidad, a los documentos que vayan a circular internacionalmente. De momento, sin sustituir la apostilla, que garantiza que el sello es el del Notario, pero sí partiendo de la base que el sello garantiza que todo aquello no es falso. Además, tiene un sistema técnico muy novedoso, porque incorpora un código QR que permitirá identificar el sello que viene puesto sobre el documento con el Notario al que dicho sello ha sido remitido. Así que, al ver un sello que viene, por ejemplo, de Costa Rica, se sabe efectivamente si el Notario que ahí aparece es el Notario a quien en su día la Unión le mandó el sello. En el próximo congreso de la Unión, en Lima, en octubre, ya se decidirá trasladarlo a escala mundial y los términos de utilización. Hay que remarcar que este proyecto nació del debate en el seno de la CAE, que es donde los notarios europeos debaten y discuten, y donde se armonizan y lanzan proyectos.

P: ¿Qué papel debe jugar la jurisdicción voluntaria en el ámbito europeo? ¿Cómo valora su actual nivel de desarrollo en el marco europeo?

R: A nivel europeo, en todos los países tenemos mucho interés notarial sobre todo en la mediación, ya que el arbitraje a menudo es un terreno jurisdiccional y de abogados. La mediación es lo que sentimos más cercano a la naturaleza del Notario, porque es Justicia preventiva. Hemos estado trabajando muchísimo en varios países y tenemos mecanismos de mediación notarial, típicamente notariales. En jurisdicción voluntaria, lamentablemente, aunque sea un ámbito en el que el Notario puede hacer una gran contribución, tenemos a menudo la oposición de abogados y jueces. Por ejemplo, en Francia, cuando el Presidente Sarkozy propuso dar a los notarios la competencia de los divorcios, se desencadenó una campaña contra los notarios alegando que si ellos hacían los divorcios, otros juristas querían



hacer las escrituras públicas. Personalmente, me parece absurdo que un cura de pueblo pueda casar a dos personas y, en cambio, para disolver un matrimonio se necesiten jueces o abogados. Creo que el Notario sería más indicado no solamente porque tiene delegación de autoridad pública, de fe pública, y por ello puede certificar que el matrimonio está irremediablemente disuelto, sino porque además tiene la aptitud y la capacidad de pacificación, de poner de acuerdo, que es una característica absolutamente necesaria entre dos personas que se están divorciando. De vez en cuando, en algún país de Europa la propuesta avanza, pero los intereses económicos de las otras profesiones jurídicas lo hacen complicado.

El Notariado es la profesión jurídica que más ha desarrollado sus capacidades tecnológicas

P: ¿Cuáles son los principales retos en el ámbito de las nuevas tecnologías?

R: En nuevas tecnologías, los notarios de Europa han sido los primeros en descubrir la utilización y la naturaleza jurídica de la firma electrónica. Yo mismo he escrito el primer libro jurídico sobre la firma digital en Europa, después de que la Unión me enviara a hablar con la American Bar Association, que quería ver cómo se podía notarizar el titular de la firma. Los notarios fueron los primeros en hacerlo, y creo que es la profesión jurídica que más ha desarrollado sus capacidades tecnológicas. Todos tenemos intranets, transmisión de las escrituras directamente del despacho del Notario a los archivos del Estado, etc. Estamos verdaderamente a la vanguardia.

P: ¿Cuál es el enfoque de la CAE en materia de prevención del blanqueo?

R: La prevención del blanqueo es un tema conducido por la Unión Europea, y seguimos su estela. Una vez más, aprendemos mucho trabajando juntos, estudiando las soluciones de un país o la propia Directiva europea, que en unos países ha sido más efectiva que en otros. Desde la CAE, intentamos que otros países tomen

condición plena de las soluciones útiles que aporta el Notariado. Los delincuentes, hoy en día, se mueven mucho más que en el pasado, hacen escrituras en distintos sitios, y para trazar el dibujo delincencial se deben ir poniendo juntas todas estas piezas. En este sentido, el sistema español, con el Índice Único Informatizado y la detección de operaciones sospechosas centralizada en el Consejo General del Notariado, demuestra ser muy eficaz. Desde la CAE estamos haciendo un estudio para ofrecer una solución a todos.

P: ¿Cómo valora el nivel de seguridad jurídica en España y en Europa?

R: Esta crisis que estamos viviendo, lamentablemente, ha puesto de manifiesto más que nunca qué países tienen una mayor seguridad jurídica y cuáles menos. El origen de la crisis fue precisamente originado por la total ausencia de seguridad jurídica de que goza Estados Unidos. Para vender una vivienda, en ese país tiene que tener un Abogado la parte vendedora, otro la parte compradora, y hay que estar siempre atento, porque el vendedor puede vender lo que quiera y es labor del comprador comprobarlo. Además, dada la ausencia de registros públicos, hay que tener un seguro sobre la escritura. Y si la compra va asociada a un préstamo, necesitas al Abogado del banco y otro seguro del banco. Y a todo ello hay que añadir que todos estos seguros de títulos y títulos de propiedad se



ponen en un fondo que luego se vende a chinos o a europeos. Cuando se descubrió que detrás de todo, a menudo, no existía ni comprador ni inmueble, la confianza en el crédito mundial desapareció. Gracias a nuestra seguridad jurídica, todo ello no habría pasado en Europa.

En China estudiaron durante quince años los sistemas notariales... y escogieron el latino

P: ¿El origen de la crisis evidencia, pues, que el modelo de Notariado latino debe prevalecer sobre el anglosajón?

R: La demostración práctica es que los chinos, que son un pueblo de un pragmatismo increíble y no hacen nada hasta evaluar las últimas consecuencias, estudiaron durante más de quince años entre elegir el sistema americano o el del Notariado latino... y eligieron basarse en la prueba escrita y el Notario, que son hoy los fundamentos del Derecho chino. Quien estudia a fondo ambos sistemas, elige el latino.

A nivel europeo, tenemos mucho interés en la mediación

P: ¿Qué mensaje lanzaría al Notariado europeo en estos momentos?

R: Aunque vivamos momentos difíciles, hay que tener fe en el futuro del Notariado. Nuestro futuro a largo plazo es un gran futuro, porque el Notario responde a las necesidades de la sociedad moderna, que cuanto más se globaliza, más seguridad jurídica necesita. Ahora puede parecer que los temas económicos han tomado la prevalencia sobre los jurídicos, pero yo creo que las necesidades de fondo de la sociedad volverán a poner su atención en la función notarial. Eso sí, todo ello implica una dedicación del Notario a la profesión con enorme rigor y legitimidad moral y ética, porque, como decía Juan Vallet de Goytisolo, «un Notario sin cultura jurídica puede hacer un poco de daño, pero un Notario sin cualidades morales no puede existir».

Constitución y seguridad jurídica. Valor de la función notarial ante los retos del siglo XXI



Joan Carles Ollé Favaró

Notario de Barcelona y Decano del Colegio Notarial de Cataluña

Vicepresidente del Consejo General del Notariado

Director de la Comisión de  función de Cataluña

SUMARIO

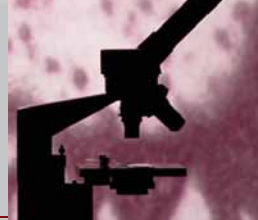
- I. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD JURÍDICA
- II. VALOR DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA
- III. EL PROCESO EN MARCHA DE MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA Y DE COLABORACIÓN INTENSA CON LA ADMINISTRACIÓN
- IV. LA GLOBALIZACIÓN Y EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, JUSTICIA Y SEGURIDAD
- V. EL PAPEL NOTARIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS
- VI. EL NOTARIO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR
- VII. EPÍLOGO



del Senado, Vicepresidente del Congreso, Presidente del Consejo de Estado, Presidente del Consejo General del Notariado, Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, autoridades, compañeros decanos, señoras y señores: es un honor para mí y para el Consejo General del Notariado, al que represento, el haber sido invitados por

el Senado a dar esta conferencia con ocasión de la celebración del 151.º Aniversario de la Ley de Notariado, que alumbró el nacimiento del Notariado moderno y ha regido los destinos de la profesión en todas estas décadas. Quiero, además, personificar este agradecimiento en el Vicepresidente del Senado, don Juan José Lucas, por su deferen-

Muy buenos días. Molt bon dia a tothom. Els agraeixo molt sincerament la seva presència. Excelentísimos Vicepresidente



cia e interés, que han sido determinantes para que se celebre este acto.

I. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD JURÍDICA

Todas las constituciones modernas, a partir de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada en 1789 por la Asamblea Nacional francesa, han atribuido a la seguridad y, como una manifestación de la misma, a la seguridad jurídica el carácter de un derecho natural e imprescriptible del hombre. El artículo 8 de la citada Declaración definía la seguridad como «la protección atribuida por la sociedad a cada uno de sus miembros para la protección de su persona, de sus derechos y de sus propiedades».

Se abría una nueva era en que el sometimiento y la protección por igual de todos ante la ley iban a convertirse en la clave de bóveda del moderno Estado de Derecho.

Estas formulaciones fueron magistralmente expresadas en el célebre discurso de Benjamin Constant pronunciado en 1819, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, en que contraponía la «libertad de los antiguos» —griegos y romanos—, que consistía en ejercer directa y colectivamente las funciones de soberanía de la ciudad y el gobierno colectivo de los asuntos, con la «libertad de los modernos», que consistía en «no estar sometido más que a las leyes», pues «solo las leyes nos protegen de la arbitrariedad, deslindan lo que es lícito de lo que es sancionable y permiten en ese ámbito de lo lícito desplegar la libertad, apoyada en la predictibilidad firme sobre los límites en que la actividad pública puede incidir sobre la vida de cada uno». Aquí hallamos ya la moderna configuración de la seguridad jurídica como un postulado de la conducta libre del ciudadano dentro de la legalidad.

Nuestra Constitución de 1978 garantiza la seguridad jurídica. Así lo dice su artículo 9.3, en que la seguridad jurídica se convierte en una de sus finalidades intrínsecas. De modo que puede afirmarse que la una sin la otra no existe, pues la inseguridad jurídica es contraria a la existencia de un orden constitucional, en la medida que impide la realización de los principios y valores fundamentales que la Constitución propugna.

FICHA TÉCNICA

Resumen: erencia de Joan Carles Ollé, Vicepresidente del Consejo General del Notariado y Decano del Colegio Notarial de Cataluña, pronunciada en el Senado, el 28 de mayo de 2013, con motivo del 151.º Aniversario de la Ley del Notariado.

Palabras clave: Notariado, Ley del Notariado, seguridad jurídica preventiva.

Abstract: Conference by Joan Carles Ollé, Deputy Chairman of the General Council of Notaries and Dean of the Catalonia College of Notaries, given in the Senate on 28 May 2013 to mark the 151st anniversary of the Notarial Procedure Act

Keywords: Notarial Profession, Notarial Procedure Act, preventive legal certainty.

Se ha dicho que la seguridad jurídica es la dimensión formal de la Justicia. En este sentido, puede decirse que la seguridad jurídica es un principio funcional o de carácter instrumental, pues sirve a la realización de todos aquellos otros principios que se contienen en el texto constitucional.

La seguridad jurídica es la dimensión formal de la Justicia y también principio funcional o de carácter instrumental que sirve a la realización de todos aquellos otros principios que se contienen en el texto constitucional

Nuestro principio constitucional, por otra parte, no hace más que reforzar el respeto a la ley —constitucional, orgánica u ordinaria—, pues de su cumplimiento por todos —poderes del Estado, administraciones públicas y ciudadanos— deriva la seguridad que se persigue como clave de una convivencia armónica, que es el fin último del Derecho.

En consecuencia, hablar de *seguridad jurídica* implica hablar no solo de un valor abstracto e idea, de un desiderátum de modelo de convivencia perseguido, sino, sobre todo, de las técnicas que la ciencia jurídica ha desarrollado a fin de conseguirla materialmente, así como de las instituciones que han sido creadas a tal efecto a lo largo de la historia.

Así, si por *seguridad jurídica* entendemos la confianza en que la Constitución y las leyes que la desarrollan pueden ser co-

nocidas por todos y se cumplirán por todos, para que esa confianza se alcance y se desencadene la conducta según la cual todos cumplen la norma porque todos la siguen, es preciso articular un conjunto de mecanismos e instituciones a tal fin.

En este sentido, el Consejo de Estado dijo, en su Memoria de 1992, que «la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 CE significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo cual supone, por un lado, un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un Estado de Derecho».

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias, ha ido perfilando el concepto de *seguridad jurídica*. Así, en la STC 38/1997, de 27 de febrero, afirmó que «existe un umbral de confianza en el que la estabilidad del orden jurídico y de las situaciones del mercado se justifican en razones de interés público».

La seguridad jurídica debe ponerse en relación con el concepto de *justicia*, que está en un plano incluso superior. Cuando la norma es o se convierte en injusta, los poderes públicos han de paliar su aplicación y promover su modificación. Es lo que ha sucedido en nuestro país recientemente con la reforma de la normativa hipotecaria, impulsada por un conjunto de disfunciones y situaciones injustas para los deudores. Por ello, la STC de 20 de julio de 1981 definió la *seguridad jurídica* como «suma de certeza y legalidad, manteniendo un equilibrio que permita promover, en el orden público, la justicia y la igualdad, en libertad».



No obstante, la seguridad jurídica no cabe predicarla solo como un principio de carácter objetivo, tal y como se ha expuesto hasta ahora, que requiere la existencia de leyes claras y suficientes, sin lagunas, y su aplicación efectiva por los tribunales. También ha de ser apreciada desde su vertiente subjetiva.

Desde esta vertiente, la seguridad jurídica para el ciudadano, implica que pueda conocer el Derecho y, en concreto, el ámbito en el que su actuación es conforme al mismo. Ámbito que se identifica con el de la autonomía de los particulares y que exige que estos tengan certidumbre respecto de cómo han de adaptar su conducta para que sea conforme a la ley.

XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXX
XXXX XXXXXXX XX XXX X XXXX XX
XXX XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXX XXX
XXXXXXXXXX XXXXXXX

Así pues, desde esta perspectiva, la seguridad jurídica se convierte en principio determinante —y *prius*— del ejercicio por el ciudadano de su libertad, pues, para su adecuado ejercicio, el ciudadano ha de poder conocer la ley anticipadamente a su actuar, así como las consecuencias que la ley previene para los actos conforme a ella, pero también para los contrarios a la misma, de forma que se comportará según la ley —adecuará su conducta a ella— a fin de asegurarse de que sus actos, por estar

realizados *secundum legem*, serán eficaces jurídicamente y, en consecuencia, recibirán su tutela.

II. VALOR DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

Para la realización de la seguridad jurídica desde esta vertiente, el ordenamiento debe establecer instituciones, sistemas y mecanismos eficaces que garanticen a los ciudadanos no solo el conocimiento de la ley, sino también su comprensión y aplicación. Mecanismos que, materialmente, permitan que la voluntad del particular se adecue a la ley.

Estos mecanismos, para que sean plenamente eficaces, han de desarrollarse durante la fase de formación de la voluntad, y, por lo tanto, en un momento previo a la realización del acto, en el que el asesoramiento, la información técnica, neutral y objetiva sobre la palabra y el sentido de la ley son determinantes de la eficacia de la manifestación del querer.

De la eficacia de las instituciones o los mecanismos que faciliten la adecuación de la voluntad de los particulares a la ley dependerá tanto el éxito de esta como de la realización de la libertad fundamental del individuo en la sociedad a la que pertenece.

Así, cabe señalar cómo el papel de tales instituciones es coadyuvante de la realización de cualquiera de las manifestaciones de la libertad, tanto las referidas expresa-

mente en la propia Norma Fundamental —por ejemplo, la libertad de empresa, en el ámbito de la economía de mercado—, como aquellas que, sin estar directamente referidas en la Constitución, son reflejo de esta —por ejemplo, la libertad de contratación.

En consecuencia, a través de estas instituciones, entre las que el Notariado ocupa una posición central, se realiza la seguridad jurídica, que, a su vez, es presupuesto esencial para la realización del tráfico económico, puesto que  depende de la confianza de los agentes en el mercado en que sus actos, que provocan la circulación de la riqueza, serán eficaces, en tanto que sean conformes a la ley.

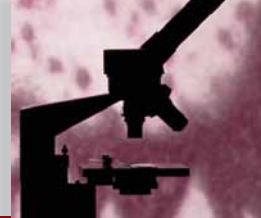
Uno de los postulados de la seguridad jurídica es que el Derecho pueda realizarse a consecuencia de su conocimiento por los ciudadanos. No obstante, ello no implica que haya que abandonar su cumplimiento a la conducta espontánea del sujeto, lo que, sin embargo, sería una posición acorde con la ideología liberal que inspiró los códigos civil y de comercio del siglo XIX.

A través de determinadas instituciones, entre las que se encuentra el Notariado ocupando una posición central, se realiza la seguridad jurídica, que es presupuesto esencial para la realización del tráfico económico

No obstante lo anterior, puede observarse cómo en la actualidad la seguridad jurídica se desarrolla en otro plano de no menor trascendencia.

En la actualidad, la realización del Derecho —y, por tanto, la seguridad jurídica— exige también una conducta proactiva, al tiempo que preventiva de su incumplimiento, que permita reducir al mínimo las llamadas *zonas de sombra*, ámbitos en los que la aplicación de la ley pueda acabar indebidamente cediendo, o en los que pueda quedar excepcionada la materialización de aquellos valores y principios que se encuentran en la propia estructura del ordenamiento y que conforman el denominado *orden público* y se contienen en el denominado *Derecho imperativo*.





Es por ello que, paulatinamente, en pro de una mayor seguridad jurídica, deben ir reduciéndose esos ámbitos de las relaciones jurídicas que actualmente están fuera del control de la seguridad jurídica preventiva. A raíz de la nueva Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler, se privilegia la documentación en escritura pública de estos contratos, lo que ayudará a combatir el fraude fiscal y a promover el alquiler en nuestro país.

Pero hay otros campos en los que la presencia de un fedatario público sería beneficiosa para el interés general, como en la fase de tratos preliminares de la compraventa o, incluso, en el campo del Derecho urbanístico o administrativo, donde esa intervención de un funcionario y profesional independiente, que ya se había dado en el pasado, podría ayudar a eliminar todo margen de discrecionalidad en la aplicación de la norma imperativa.

Esta función preventiva del cumplimiento se presenta *a priori* como de muy difícil materialización en el ámbito de lo privado. Ámbito que se identifica con la realización de la autonomía privada, que presupone su ejercicio por los particulares conforme a la ley, en que la regla creada por su voluntad tiene, entre ellos, la fuerza de la ley, y cuyo control de adecuación se realiza *ex post*, es decir, una vez el acto ya es eficaz.

La concepción decimonónica de la *autonomía privada* como ámbito de libertad preordenado a la satisfacción exclusiva del interés subjetivo del particular —ajeno, por lo tanto, a la realización de intereses generales— se encuentra superada totalmente desde nuestra Constitución de 1978.

Desde la concepción del Estado como Estado social, todo poder subjetivo está sobrepasado por intereses generales concurrentes y preordenado a la realización de su función social, de forma y manera que toda posición subjetiva de poder se justifica por la preexistencia de intereses generales antecedentes, se define como resultante de la satisfacción de intereses individuales y, subjetivamente, se legitima por la previa realización de los intereses generales subyacentes, pues es en esta tarea donde el particular obtiene legitimación para la satisfacción de su propio interés.

La presencia de intereses generales en toda situación subjetiva de poder o relación jurídica entre particulares demanda la

presencia de un representante de la Administración, a fin de que vele por su respeto y realización. A este objeto, el control preventivo del cumplimiento de la legalidad se convierte en su más eficaz defensa, pues permite su realización efectiva, e impide su trasgresión, pues actúa *ex ante*, con carácter previo a que pueda producirse.

La revisión posterior de los actos o negocios jurídicos, en los supuestos y con los efectos previstos en la ley, no deja de comportar cierta frustración en los resultados, no responde plenamente ya a ese ideal de justicia preventiva, que consiste precisamente en que el acto se amolde estrictamente al imperio de la ley y, por lo tanto, nazca válido, lícito y eficaz desde el momento mismo en que se han dado las manifestaciones concurrentes de voluntad y las contraprestaciones de las partes, algo que por definición solo puede conseguir el Jurista representante de la Administración que ha participado en la generación y posterior nacimiento del acto.

Desde este punto de vista, la principal crítica que puede hacerse al *non nato* Anteproyecto de Reforma Integral de los Registros Públicos consiste, precisamente, en que implicaba una ruptura de los equilibrios y un drástico desplazamiento del centro de gravedad del sistema de seguridad jurídica preventiva a la calificación posterior que realiza el Registro, sin parangón alguno en Europa, en donde este tiene unas funciones básicamente de registración de títulos y de publicidad.

Tal criterio dominante en Europa responde precisamente a esa idea clave de que la seguridad jurídica que debe garantizar el Estado a los ciudadanos, para ser plenamente eficaz, exige que la intervención de las instituciones que ofrezcan las máximas garantías de adecuación de las relaciones jurídicas al imperio de la ley se produzca con carácter previo y simultáneo al acto o negocio jurídico, precisamente para poder garantizar que la contravención de la norma, con carácter práctica y absolutamente general, no se producirá.

Lo que se persigue es garantizar la normalidad de las relaciones jurídicas generando confianza y seguridad en el tráfico jurídico, de manera que aquellas solo muy excepcionalmente puedan ser discutidas.

El legislador está descubriendo en los últimos tiempos, de forma progresiva, la poderosa eficacia de este tipo de controles

para la realización de los intereses que tutela, por lo que está procediendo a su potenciación.

Así, por un lado, en el ámbito de la contratación —antiguo reino de la autonomía—, el legislador procede a regular la conducta de los contratantes mediante la imposición al oferente de deberes, en concreto, precontractuales de información, mediante cuyo cumplimiento se asegura la realización de los intereses generales concurrentes. Pero, por otro lado, implica a órganos de la Administración a fin de que velen por su cumplimiento y, en su caso, actúen en ejercicio de la potestad sancionadora que se les reconoce.

El Notariado, como institución especializada en el ámbito de la seguridad preventiva y por su posición singular en el tráfico, está especialmente dotado para el cumplimiento de tal finalidad. Y ello porque su intervención permite supeditar a los particulares al cumplimiento de la ley a cambio de la autorización del acto

No obstante, en tercer lugar, el legislador es consciente de que, ante determinadas situaciones que pueden comprometer gravemente la realización de intereses superiores, ha de establecer «barreras de entrada» e institucionalizar el control de estas barreras, atribuyéndoselo a «guardianes» o *gatekeepers*, a instituciones o funcionarios especializados que velen por la tutela preventiva de tales intereses y a los que han de atribuirse facultades específicas para tal finalidad.

De este modo se está produciendo el progresivo fortalecimiento de la seguridad jurídica preventiva y, en particular, del Notariado, como institución especializada en este ámbito de la realización del Derecho, que, por su posición singular en el tráfico, está especialmente dotada para el cumplimiento de tal finalidad. Y ello porque su intervención permite supeditar a los particulares al cumplimiento de la ley a cambio de la autorización del acto.

Así, cabe observar cómo paulatinamente, y en un mayor número de casos, la ley im-



pone al Notario que deniegue su ministerio o deje advertencia expresa de que el acto en cuestión vulnera la ley imperativa, como ocurre ante actos irrespetuosos con la legalidad urbanística o con la tutela de los consumidores, bien ante la inclusión de cláusulas declaradas judicialmente nulas por abusivas o por la lesión de sus intereses en la contratación de préstamos o créditos hipotecarios otorgados por entidades no financieras, o también ante actos en los que concurren varios indicadores de riesgo de blanqueo de capitales o «indicios manifiesto(s) de simulación o fraude de ley».

Ahora bien, las propias exigencias que derivan de la preservación de la observancia general de la norma imperativa conducen a la necesidad de un reconocimiento legal, con carácter general, del control de legalidad notarial en su vertiente positiva y negativa, es decir, comprensivo tanto del examen jurídico del acto o negocio como del derecho de abstención o negativa a autorizarlo.

Sin embargo, se ha sostenido con fundamento que esa plasmación legal ya existe en el artículo 18.2 de la Ley 2/2009, cuando habla del «control de legalidad genérico que ejercen los notarios» derivado de su condición de funcionarios públicos, que les obliga a denegar su ministerio cuando el negocio pretendido contravenga una norma legal y, en especial, la normativa específica de esta norma. Es decir, según este sólido criterio —que comparto—, el legislador habría atendido el criterio del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, que, en la STS de 20 de mayo de 2008, anuló el artículo 145 RN en virtud del principio de reserva de ley, incorporándolo a la Ley 2/2009.

Sin embargo, vemos en los últimos tiempos algunas propuestas puntuales que se apartan ostensiblemente de esta dirección y pretenden posibilitar el acceso del documento privado al Registro, con la consiguiente laminación de dichos controles preventivos. Desde sectores economicistas y neoliberales, se ha argüido que el Notario no puede tener el monopolio de acceso al Registro. Pero, tal y como ha explicado Gómez Oliveros, el Notario ejerce una función pública y, «por lo tanto, su función es un monopolio como cualquier otro bien del Estado, como el jurisdiccional o el Ejército». Sorprende en estos momentos este tipo de iniciativas que tratan de importar un sistema, el anglosajón, que ha fallado estrepitosamente y que está en proceso de profunda reforma.

Es necesario abortar este tipo de propuestas legislativas, que, sin duda, abrirían grietas que pondrían en peligro la viabilidad del sistema.

Hace muy pocos días, el Gobierno ha aprobado el Anteproyecto de Ley de Emprendedores, que tiene el loable objetivo de facilitar y fomentar la creación de empresas en nuestro país. Los notarios autorizamos hoy la constitución de una sociedad y realizamos todos los trámites telemáticamente y en menos de veinticuatro horas. Miles y miles de sociedades limitadas, de pequeñas pymes, ya se constituyen hoy en España telemáticamente en las notarías: más del 65 % del total.

Si el legislador quiere seguir avanzando en la reducción de plazos, deberá remover otros trámites y buscar el problema en las múltiples licencias y permisos administrativos necesarios para poner en marcha una empresa en España, así como en los trámites posteriores a la autorización de la escritura, como la inscripción en el Registro Mercantil, donde la calificación de los Estatutos —y singularmente algunos apartados de los mismos, como el objeto— retardan en gran medida la constitución de la sociedad.

Además, de manera especial, la intervención notarial, unida a la valiosa y abundante información que suministran a la Administración los notarios, es un instrumento muy eficaz para la lucha contra el blanqueo de capitales y el fraude fiscal y laboral, pues no podemos olvidar que la mayoría de delitos en este ámbito se dan en el campo societario, utilizando paraísos fiscales, sociedades tapadera, operaciones de ingeniería jurídica, etc.

El documento privado, tanto electrónico como no electrónico, por la ausencia de intervención de un funcionario público, multiplica el peligro de la aparición de estas patologías. Pero es que, además, la superioridad del documento público sobre el privado en todos los ámbitos del Derecho, también el mercantil, es algo sobre lo que no debería ser necesario insistir demasiado por obvio: el asesoramiento, el consentimiento informado, el control de legalidad, la identificación de los comparecientes, el juicio de capacidad y de suficiencia de poderes y representación son aspectos de la intervención notarial sobradamente conocidos, de los que el documento privado, electrónico o no, carece en absoluto.

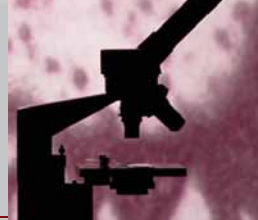
Hecho este paréntesis, vemos cómo está construyéndose esta nueva dimensión de la seguridad jurídica en el siglo XXI, en la que la posición del Notario se distingue como garante de los intereses generales en el ámbito de las relaciones entre particulares y, a su vez, garante de los derechos de los ciudadanos cuando contratan con los grandes operadores y con la propia Administración. Esta doble dimensión —en el fondo, una actualización de la tradicional doble condición de funcionario público y profesional del Derecho— sitúa al Notario en una posición clave en nuestro moderno Estado social y de Derecho de cara a las próximas décadas. El Notario, en definitiva, se reposiciona como un funcionario público que, en nombre del Estado, vigila y controla el cumplimiento de las leyes en las relaciones jurídicas privadas, en garantía del interés general de la sociedad y de ciudadanos y consumidores.

La globalización y el proceso de unificación europeo, las nuevas tecnologías, el Derecho de los consumidores e instituciones como la jurisdicción voluntaria, el arbitraje y la mediación son manifestaciones o retos de la modernidad a los que el Notariado está dando y dará respuesta a corto y medio plazo

Fenómenos como la globalización y el proceso de unificación europeo, el avance imparable de las nuevas tecnologías, la importancia creciente del Derecho de los consumidores o el proceso de modernización de la Justicia en España, con figuras como la jurisdicción voluntaria, el arbitraje y la mediación, son manifestaciones o retos de la modernidad a los que el Notariado está dando y crecientemente **va** dando respuesta a corto y medio plazo. **Si me permiten**, voy a centrarme, con algún detenimiento y separadamente, en el examen de esos grandes ejes o retos.

III. EL PROCESO EN MARCHA DE MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA Y DE COLABORACIÓN INTENSA CON LA ADMINISTRACIÓN

El avance de las nuevas tecnologías es imparable, y ejerce una influencia decisiva en todos los ámbitos —también, muy espe-



cialmente, en el campo del Derecho privado. Está en marcha la tercera revolución del conocimiento, que está cambiando nuestras vidas, nuestra forma de trabajar y nuestras profesiones, obligándonos a todos a realizar cambios y adaptaciones constantes.

Las nuevas tecnologías y su uso generalizado son un factor de progreso y de crecimiento económico, pues permiten  **ganar** a ciudadanos y a empresas en rapidez, simplificación de trámites y procedimientos, transparencia e información, entre otras ventajas. El Notariado ha sido pionero en el uso de las nuevas tecnologías y tiene la voluntad decidida de seguir en la vanguardia tecnológica, con una implementación continua de nuevos proyectos y sistemas.

El gran reto del legislador es evitar que un uso generalizado de las nuevas tecnologías, y su progresivo acceso a nuevos campos de las relaciones privadas y de la contratación, pudiese implicar la pérdida de seguridad jurídica. Ello comportaría un grave fracaso —cuando menos, temporal— de la revolución tecnológica en su salto a los estadios más cualificados y relevantes de los negocios y las transacciones. La seguridad jurídica, como venimos repitiendo, es uno de los pilares del Estado de Derecho, y de ninguna manera puede ser puesto en peligro.

En este sentido, hay que recordar que las nuevas tecnologías son un medio, no un fin en sí mismas, o lo que es lo mismo: lo importante es el contenido, no el continente, por rápido y eficaz que sea. Desde el punto de vista de su valor jurídico, el soporte utilizado, electrónico o en papel, es neutro e irrelevante y nada añade a la forma pública o privada en que se haya documentado el acto jurídico.

Por ello, se puede afirmar rotundamente que el documento electrónico en el que no ha intervenido un funcionario público es un simple documento privado y de ninguna manera ofrece las garantías ni puede equipararse al documento público. Cualquier decisión legislativa que pretendiese alterar esta naturaleza de las cosas produciría un muy grave quebranto de nuestro sistema jurídico.

El documento público electrónico notarial, cuando se implemente, al igual que el no electrónico, exigirá la inmediatidad y la presencia física de las partes ante el Notario, única manera de que este pueda cumplir



todos los requisitos esenciales que exige su intervención y que añaden el plus que contiene la escritura, es decir, entre otros, el juicio de capacidad y de facultades representativas, el asesoramiento reequilibrador y el control de legalidad, que garantizan el consentimiento informado. Por lo tanto, el futuro documento público notarial electrónico ofrecerá las mismas garantías jurídicas que el no electrónico.

Podría afirmarse que en el campo tecnológico, actualmente, en nuestro país, por una parte, hace falta más libertad para poder alcanzar, por ejemplo, los niveles de desarrollo de Estados Unidos, removiendo las leyes sustantivas que en muchas ocasiones limitan la libertad individual y la autonomía privada y, por otra parte, al mismo tiempo, hacen falta más garantías jurídicas para que las redes y las comunicaciones telemáticas puedan generar más confianza y seguridad en el mercado que en la actualidad.

El Notario tiene un papel creciente e importante a jugar en el campo de las nuevas tecnologías, pues cada vez será más necesaria la intervención de un tercero de confianza —o mejor dicho, de un Jurista, de un funcionario de confianza— que garantice la autenticidad de los actos jurídicos telemáticos.

Su condición de fedatario público le hace idóneo para dar fe y controlar la legalidad de aquellos actos jurídicos que se desarrollan en la red y que el legislador con-

sidere que requieren una especial vigilancia y protección.

A su vez, el proceso de modernización y de transformación tecnológica de la profesión ofrece al Notariado nuevas potencialidades de colaboración con la Administración que se están revelando muy positivas para el interés general. Desde hace más de una década, el Notariado tiene una red electrónica que ha llevado a cabo la plena integración de las tres mil notarías repartidas por todo el territorio, lo que permite a los notarios hacer anualmente millones de trámites telemáticos ante las distintas administraciones, registros y oficinas liquidadoras.

Este sistema integrado ha permitido al Notariado, mediante la creación del Índice Único Informatizado y el Órgano Centralizado de Protección (OCP), convertirse en un colaborador de primerísimo orden de la Administración en la lucha contra el blanqueo de capitales y el fraude fiscal y laboral, facilitando un caudal extraordinario de información a las autoridades judiciales y policiales, además de denunciar miles de operaciones sospechosas. Este es un sistema altamente eficaz y está sirviendo de modelo a otros países de nuestro entorno.

Esa actuación en el ámbito de la colaboración del Notario con la Administración pública ha sufrido un cambio radical en muy pocos años a consecuencia de tres factores: a) la apreciación por la Administración de que el Notario, para sus fines,



estaba infrautilizado; b) la creciente complejidad de la sociedad, cuyo reflejo son las relaciones jurídicas, en donde es más difícil para la Administración establecer controles *ex ante* eficaces, si bien no paralizadores de la realidad social, jurídica y económica, y c) el hecho de que los notarios son, junto con la Agencia Tributaria, posiblemente, la parte más y mejor tecnificada de la función pública. Un solo dato: los notarios confeccionamos índices de nuestras escrituras, pólizas y actas donde volcamos parametrizadamente la totalidad de la información obrante en los instrumentos públicos que autorizamos; esos índices se agregan y se integran en un índice único informatizado que, a día de hoy, es la segunda mayor base de datos de España, tras la de la Agencia Tributaria.

Ese cambio radical, desde la perspectiva normativa, se ha dejado sentir con particular intensidad en la prevención del fraude fiscal y el blanqueo. En el primer ámbito, porque, tras la modificación de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal, se modificaron diversos preceptos de la Ley del Notariado —17, 23 y 24— cuyo objeto era trasladar al ámbito de lo jurídico-público, con la misma intensidad, lo que el Notario ya hacía en la esfera jurídico-privada; en el segundo ámbito, porque de todos es conocido el cambio de régimen del Notario de sujeto colaborador a sujeto obligado en prevención del blanqueo de capitales, creando por primera vez en España —y a nivel mundial con carácter pionero— una oficina centralizada de prevención del blanqueo de capitales —el conocido OCP—, que ha elevado sobremanera el grado de colaboración del Notario en este particular ámbito hasta el extremo de que el mismo SEPBLAC ha reconocido en sus Memorias el grado de intensidad en tal colaboración y su extrema eficacia.

El Notariado, en la última década, ha llevado a cabo un gran proceso de transformación tecnológica en el que seguiremos avanzando en los próximos años. En un horizonte cercano, los notarios daremos pasos efectivos y seguros en el documento público electrónico notarial y en el protocolo electrónico notarial. A su vez, el enorme caudal de información que generan los protocolos y la base de datos corporativa, desde la potencialidad que genera la progresiva integración de la misma, permitirá profundizar en la colaboración con la Ad-

ministración, con nuevos datos, índices y registros, en beneficio de los intereses generales.

En definitiva, las nuevas tecnologías, en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, bajo el control estricto de un fedatario público y con las garantías que ofrece el sistema de seguridad jurídica preventiva, están llamadas cada vez más a su extensión generalizada en el ámbito jurídico y a ser un factor de progreso económico.

IV. LA GLOBALIZACIÓN Y EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, JUSTICIA Y SEGURIDAD

El fenómeno de la globalización, la mundialización de los mercados y la internacionalización de las relaciones jurídicas hacen crecientemente complejos los mecanismos de control por los Estados  el mundo de los negocios y las relaciones jurídico-privadas que se realizan en su territorio. El proceso de unificación europeo y la creación progresiva de un Derecho europeo y de un orden público europeo suponen una manifestación específica del mismo fenómeno, inexcusable ya para los juristas de los distintos países de Europa.

Estos fenómenos —cuando menos, en su intensidad actual— implican la superación de las legislaciones nacionales y que constantemente entren en juego los ordenamientos jurídicos de diversos países, y, por lo tanto, la materia del Derecho internacional privado. También aquí el papel del Notario resulta crucial para garantizar la seguridad jurídica en los actos y contratos y la aplicación conforme a Derecho de las distintas normativas, acomodando la voluntad de las partes al imperio de la ley aplicable a cada caso.

Hoy en día, en las notarías de las ciudades españolas, al igual que en las del resto de Europa, constantemente deben autorizarse escrituras de esas características.

Por ejemplo, un testamento o una herencia de un ciudadano alemán, conforme a su ley nacional; la compra de una vivienda por una sociedad italiana, que se rige también por su ley nacional, o una compra o hipoteca hecha por un matrimonio francés —o chino—, que se rige, en cuanto a los actos dispositivos, por el régimen económico matrimonial de su ley nacional. Todo ello manejando la documentación pública, con

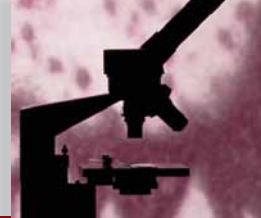
las formalidades exigidas por la ley, de los respectivos países de origen.

La creación de un espacio de «libertad, justicia y seguridad» se encuentra en los fundamentos de la Unión. El último hito en el proceso de unificación formal es la creación del certificado sucesorio en virtud del Reglamento de Sucesiones europeo 650/2012

La creación de un espacio de «libertad, justicia y seguridad» se encuentra en los fundamentos de la Unión, además de ser una de sus finalidades fundamentales. La expresión del principio de confianza mutua entre los Estados Miembros implica, en el ámbito jurídico, un camino hacia la superación de la idea de *soberanía nacional* que se traduce en la progresiva libre circulación y, por lo tanto, la necesaria desaparición de todas aquellas barreras y trabas que se alzaban frente al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones de tribunales extranjeros, así como de documentos públicos extranjeros, en países de la Unión distintos del de origen. El último hito en este proceso de unificación formal es la creación del certificado sucesorio en virtud del Reglamento de Sucesiones europeo 650/2012.

En el ámbito del Espacio Jurídico Europeo, la función notarial, dirigida y orientada por el control de legalidad que el ordenamiento impone como garantía de seguridad jurídica, encontrará en el establecimiento de canales de colaboración y asistencia entre notarios de diversos países la fórmula más adecuada para dar cumplida satisfacción a todos los intereses en juego, tanto de las partes como de terceros y del interés público general.

Con esta finalidad, los notariados de los distintos países europeos han impulsado recientemente un importante proyecto llamado Eufides, gracias al cual, utilizando los sistemas telemáticos seguros de que están dotados dichos notariados, será posible, con la intervención conectada de dos o más notarios de países de la Unión, la adquisición de inmuebles en cualquiera de esos países con los más altos niveles de seguridad, ya que los notarios que intervengan en la operación podrán ejercer, en el ámbito de



sus respectivas competencias y con perfecto conocimiento de la legislación aplicable, el control de legalidad que es consustancial al Notariado latino.

En definitiva, no hay duda que para un Estado el hecho de contar con un buen sistema de seguridad jurídica preventiva, en colaboración con los de otros países europeos, en la vanguardia de la creación de un espacio de libertad, justicia y seguridad que dé seguridad y confianza a ciudadanos y a empresas de otros países, además de a los suyos propios, constituye un importante factor de atracción de inversiones y de reactivación económica.

V. EL PAPEL NOTARIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

La modernización de la Justicia en España tiene como uno de sus objetivos primordiales la agilización de los procedimientos en beneficio de los ciudadanos. Una Justicia más rápida es también más justa. Los notarios, como funcionarios públicos que somos —además de profesionales del Derecho—, debidamente seleccionados por el Estado en un sistema de oposición rigurosa, podemos hacer una aportación significativa en el campo de la solución alternativa de conflictos en beneficio del interés general. La independencia, la imparcialidad, la preparación técnica y el ejercicio de una función pública son características notariales que la sociedad y la comunidad jurídica quizás podrán valorar. Además, podemos ofrecer un buen servicio, ágil y cercano, a la sociedad, en estos nuevos ámbitos.

En tal sentido, supuso una novedad importante el artículo 5 de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, que modificó el artículo 15.1 de esta última, al permitir que «un Jurista» —no solo un Abogado en ejercicio, como en el primitivo texto—, y, por lo tanto, entre ellos, también el Notario, pueda ejercer de árbitro de Derecho. Particularmente en ámbitos como el Derecho de familia, sucesiones o mercantil, entre otros, el papel del Notario como árbitro puede ser —de hecho, ya está siendo— relevante.

Más recientemente, el Real Decreto Ley 5/2012, de 2 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sitúa al Notario en una posición reforzada, al establecer

en su artículo 23 que si las partes quieren que el acuerdo de mediación sea título ejecutivo, deberá elevarse a escritura pública, y en los artículos 25 y 28 determina que el Notario deberá velar porque el acuerdo de mediación no sea contrario a Derecho, no pudiendo ejecutarse en otro caso. Es decir, se trata del ejercicio del control de legalidad notarial al que antes nos referíamos.

Además, por supuesto, el Notario también puede ser mediador. Y con toda seguridad será un buen mediador, pues mediar, prevenir el conflicto, es lo que los notarios hemos hecho desde siempre. En la reciente reunión de la Unión Internacional del Notariado, celebrada en San Petersburgo este mismo mes de mayo, se apostó decididamente por impulsar la mediación notarial.

De todas formas, la apuesta más importante del Notariado en España en atribución de nuevas competencias es la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria que el Gobierno actual y el Ministro de Justicia han anunciado como una de las prioridades de su mandato. Por todas las razones antes expuestas, entre otras, el Notario puede suplir con eficacia al Juez en aquellos asuntos en los que no exista propiamente controversia y se considere oportuno extraer del ámbito judicial.

Se ha hablado principalmente de materias de gran impacto social, pero son muchas las materias en que, en el ámbito del Derecho de familia, obligaciones, sucesiones o mercantil, el Notario puede contribuir para hacer una Justicia más ágil y moderna.

En un día como hoy, en que conmemoramos el Aniversario de la Ley del Notariado, podemos observar que nuevos contextos y planteamientos van a posibilitar que el Notario recupere muchas funciones, no estrictamente contenciosas, que había ejercido desde tiempo inmemorial

En definitiva, en un día como hoy, en que conmemoramos el Aniversario de la Ley del Notariado, que significó la escisión de la fe pública judicial y extrajudicial, podemos observar que nuevos contextos y planteamientos van a posibilitar que el Notario recupere muchas funciones, no

estrictamente contenciosas, que había ejercido desde tiempo inmemorial hasta el siglo XIX.

VI. EL NOTARIO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

La aguda crisis económica  había puesto de relieve las disfunciones de nuestro sistema hipotecario, que provocaban a menudo situaciones injustas y abusivas para el deudor. Las diversas reformas que se habían aprobado estos últimos años eran claramente insuficientes, y así se había advertido reiteradamente desde diversos sectores de nuestra comunidad jurídica —también, por cierto, desde el Notariado. No es la situación ideal que una reforma más completa sobre la materia tuviese que ser promovida desde fuera de nuestras fronteras, pero así ha sido.

La reciente STJUE del pasado 14 de marzo ha tenido la virtud de operar como catalizador a fin de poner de manifiesto las deficiencias de nuestra regulación y de hacer evidente la necesidad que nuestro legislador haya de reforzar los mecanismos de tutela preventiva de los intereses de los consumidores. Además, dicha Sentencia tiene otro aspecto relevante, ya que viene a situar la normativa sobre consumo en un plano de jerarquía legal muy elevado, considerándola prácticamente una normativa de orden público europeo.

La nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha supuesto un avance en aspectos importantes, como los intereses de demora, tasaciones, ampliación de supuestos de suspensión temporal de los desahucios o la posibilidad de quita parcial de la deuda no extinguida con la ejecución sobre la vivienda habitual hipotecada. Sin embargo, se queda corta en algunos aspectos, y muy probablemente más adelante habrá que complementar su regulación.

La nueva normativa, de acuerdo con la citada Sentencia europea, mejora la posición del consumidor en lo que respecta a la posibilidad de alegación e incluso apreciación de oficio por el Juez y el Notario de las cláusulas abusivas de contrato de préstamo hipotecario, tanto en el procedimiento de ejecución judicial como en el extrajudicial notarial.



Hay que recordar que desde el Consejo General del Notariado, inmediatamente después de publicada la Sentencia, se adoptó un acuerdo de protección del consumidor que permitía paralizar los procedimientos de ejecución extrajudicial por la existencia de cláusulas abusivas.

Sin embargo, no se ha mejorado la deficiente normativa sobre el control preventivo de las cláusulas abusivas, que no ha resultado afectada. El actual sistema de fiscalización de las cláusulas abusivas, basado en la existencia de una sentencia firme y la posterior inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ha fallado estrepitosamente. Debería bastar la sentencia firme publicada desde el Consejo General del Poder Judicial para su obligatoria apreciación por los notarios en el momento de redactar la escritura de hipoteca. Con esta modificación, se mejoraría en alguna medida dicha regulación.

La solución más definitiva sobre la materia de cláusulas abusivas, según mi parecer, pasa por atribuir a los notarios, que intervenimos en el momento decisivo en que se celebra el contrato, un control de legalidad efectivo sobre las cláusulas abusivas, a la manera del que se nos ha atribuido en el procedimiento extrajudicial.

Como es bien sabido, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de

marzo de 2013 ha anulado, por una cuestión de reserva de ley, el artículo 30.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia financiera, que nos atribuía un limitado control de legalidad en este campo, con lo que nos hemos visto privados de uno de los pocos instrumentos legales a nuestro alcance en este campo.

Los notarios nos encontramos aquí entre la espada y la pared, para decirlo gráficamente, pues la sociedad nos pide, con toda lógica, un papel proactivo en el rechazo de las cláusulas abusivas de los contratos, pero la realidad es que la legislación vigente nos deja atados de pies y manos. Mientras no se mejore la legislación en este punto, no tenemos competencia para rechazar las cláusulas financieras que, a nuestro juicio, sean abusivas. Desde luego, este aspecto de la cuestión resulta capital, pues, en la medida en que desaparezcan las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario, desaparecerá toda la problemática que las mismas plantean en los procedimientos de ejecución. El objetivo prioritario para el legislador tiene que ser que no haya cláusulas abusivas en la hipoteca.

En este punto, **se permitirán que les manifieste** mi desconcierto —y el de la gran mayoría de notarios— por razón del consentimiento manuscrito que, según el artículo 6 de la nueva Ley, y para determinadas cláusulas, el deudor debe suscribir ante el Notario autorizando de la escritura de préstamo hipotecario.

Desde luego, si no es una desconfianza del Estado hacia un funcionario suyo, lo parece. Lo más lógico sería la corrección del precepto.

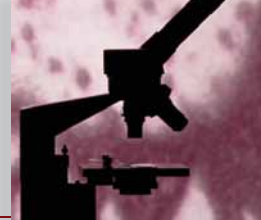
En consecuencia, un aspecto esencial de la función del Notario, dada su independencia, imparcialidad y carácter de funcionario público, es la garantía de los derechos de los ciudadanos —del ciudadano medio— cuando contrata con los grandes operadores económicos, que normalmente cuentan ya con sus bufetes y asesorías jurídicas. El control de legalidad que realiza, el consentimiento informado y el asesoramiento equilibrador que garantiza a favor de la parte más débil, neutralizando las asimetrías informativas, le convierten en un garante de primer orden de los derechos del consumidor. El impulso y la potenciación de la dimensión social de la función notarial son una de las grandes prioridades de la corporación notarial para el futuro inmediato.

VII. EPÍLOGO

Finalmente, **para ir acabando**, conviene reiterar una vez más que la seguridad jurídica es uno de los pilares del Estado de Derecho y, como tal, uno de los principios inspiradores de nuestra Constitución y, en general, de todas las constituciones de los países avanzados. Tiene un valor poliédrico y transversal que sostiene el conjunto del entramado constitucional. Un país sin seguridad jurídica no puede garantizar a sus ciudadanos ni a sus empresas el progreso económico ni, al final, tampoco una convivencia justa y democrática.

Es el Notario, con su presencia física en el momento en que se perfecciona el negocio jurídico, quien primordialmente puede y debe garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos y el hecho que el acto jurídico se constituya, desde el momento mismo de su origen, válido, lícito y eficaz

Hay muchas otras vertientes del Notariado en las que me podría extender, pero con las ya expuestas no ha sido otra mi intención que reflexionar acerca de los elementos que constituyen la razón de ser de



la seguridad jurídica preventiva, de la función notarial en la actualidad y de los principales retos que nos plantea este siglo XXI.

Una función pública que en el contexto actual —en una sociedad globalizada, en el marco del proceso de construcción europeo, en continuo cambio ante el avance imparable de la tecnología, con el consumidor como eje prioritario, a lo que cabe añadir el profundo proceso de modernización de la Justicia en nuestro país y la creciente complejidad técnica derivada de la internacionalización de las relaciones jurídicas y de la propia evolución de la sociedad— sitúa la figura del Notario en una nueva centralidad jurídica.

La Administración y la sociedad demandan cada vez más la existencia de un representante del Estado con la misión de garantizar el control preventivo del cumplimiento de la legalidad en el ámbito de las relaciones privadas. Es el Notario, con su presencia física en el momento en que se perfecciona el negocio jurídico, quien primordialmente puede y debe garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos y el hecho que el acto jurídico se constituya, desde el momento mismo de su origen, válido, lícito y eficaz.

En la moderna concepción del Estado como un Estado social, que implica que en toda relación jurídico-privada, sin excepción, hay intereses generales por garantizar que deben prevalecer sobre los intereses particulares de los individuos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, es imprescindible la presencia de un funcionario del Estado que en el preciso momento de la configuración del acto o negocio imponga el imperio de la ley y, muy en especial, de las normas imperativas y de orden público.

Vivimos en una sociedad en permanente cambio, con cambios sociales y económicos de enorme relevancia. Y somos conscientes de ello —diría incluso que especialmente sen-

sibles a ello— porque lo vemos día tras día en nuestros despachos, que son un termómetro de la realidad social y de la actividad socioeconómica.

También sufrimos las consecuencias a nivel profesional, pues vivimos tiempos difíciles, como tantos otros ciudadanos. Pero creemos que ahora más que nunca debemos trabajar en la construcción de una sociedad que se mantenga bien estructurada jurídicamente y que sienta unas bases sólidas que nos permitan salir reforzados de cara al futuro.

Nos hemos adaptado, y lo continuaremos haciendo, a las nuevas realidades económicas, políticas y sociales, como lo hemos ido haciendo a lo largo de estos ciento cincuenta y un años de historia desde la entrada en la etapa del Notariado moderno, iniciada con la aprobación de la Ley del Notariado que hoy conmemoramos.

Ley del Notariado de 1862 que, por cierto, marca el origen de la configuración contemporánea del Notariado como una función pública —como una función cada vez más esencialmente pública.

En este tiempo hemos evolucionado a la par que lo ha hecho la sociedad, hemos ido encarnando los retos que han ido surgiendo y hemos superado obstáculos. Hoy también la función notarial tiene y va a tener una dimensión cada vez más claramente social.

Y todo ello manteniéndonos fieles a los principios esenciales de la función notarial. Nuestros valores de imparcialidad e independencia o nuestro marcado carácter ético y moral son valores que tenemos acreditados. Y me honra poder asegurar que desde el Notariado ofrecemos, como siempre, un elemento de solidez, certeza y compromiso institucional.

En definitiva, la figura del Notario nació en nuestro país en el siglo XIII y creció por

la demanda de la sociedad para dar respuesta a sus necesidades, que en lo fundamental no han cambiado. Son los propios ciudadanos, más allá de la ley, quienes nos han otorgado y otorgan la vigencia de la función, en la medida en que sigue siendo sustancialmente útil y beneficiosa para la sociedad.

Los colegios notariales, que son la base, el origen y buena parte del vigor de nuestra profesión, están adaptados exactamente a la estructura autonómica que establece la Constitución, con una importante función de integración y aplicación de los derechos vigentes y las lenguas oficiales de las distintas comunidades autónomas

Para finalizar, aprovechando este acto en la Cámara de representación territorial del Estado, quiero poner de manifiesto que los colegios notariales, que son la base, el origen y buena parte del vigor de nuestra profesión, hoy se adaptan exactamente a la estructura autonómica que establece la Constitución, lo que, como cuerpo de la Administración del Estado, nos permite ejercer, en la práctica diaria de nuestros despachos, una importante función de integración y aplicación de los derechos vigentes y las lenguas oficiales de las distintas comunidades autónomas. *Com a degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, a més de com a Vicepresident del Consell General del Notariat, em plau i satisfà especialment que sigui així.*

Nada más. Reitero mi agradecimiento, el del Consejo General del Notariado y el del conjunto de los notarios por haber sido invitados a celebrar en el Senado este acto conmemorativo de la Ley del Notariado. **Y a todos ustedes, por su presencia, muchas gracias.**

La falsa permuta de solar por obra futura

Jose Luis del Moral Barilari
Abogado

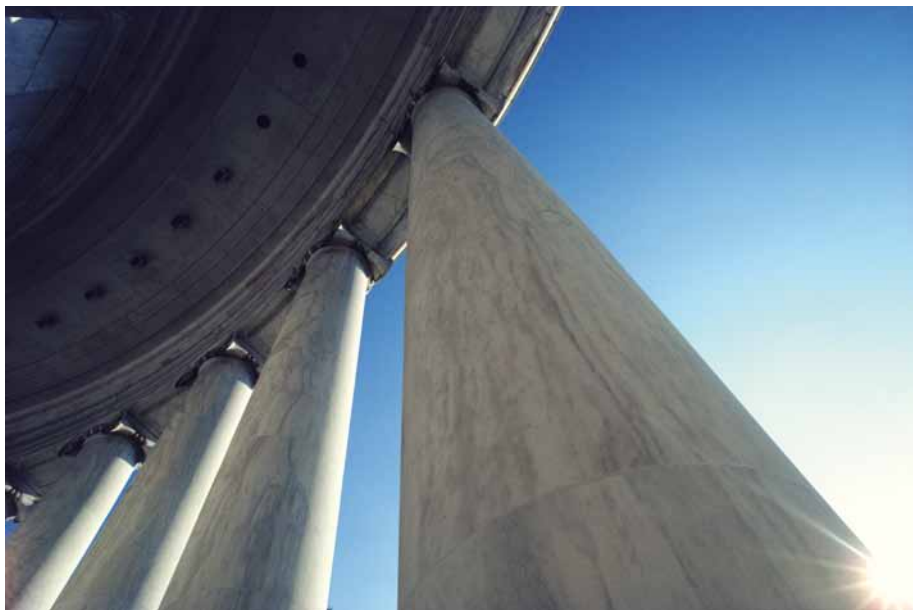
SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. HISTORIA
- III. DIFERENCIAS CON LA COM-
PRAVENTA
- IV. LA PERMUTA DE SOLAR PRE-
SENTE POR OBRA FUTURA.
POSICIONES DOCTRINALES Y
JURISPRUDENCIALES
- V. SOLUCIÓN PROPUESTA
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho ha sido y será siempre la referencia constante de los hombres en las sociedades civilizadas.

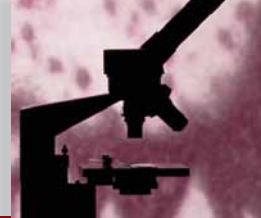
Esa referencia, si no inmutable, debería ser, por lo menos, lo más estable posible⁽¹⁾. Solo así se asienta una doctrina clara y uniforme entre todos los agentes de la ciencia del Derecho, se tiene un verdadero e inexcusable conocimiento de nuestro cuerpo normativo (art. 6.1 CC) y se aspira a conseguir uno de los objetivos fundamentales de toda norma: la seguridad jurídica. Sin embargo, cada vez es más extendida la opinión de quienes defienden que las leyes más «modernas» y merecedoras de alaban-



za son las que más se ajustan a la realidad, al avance de los tiempos y a la voluntad circunstancial de sus ciudadanos. Son constantes los mensajes que se dan hoy en día, desde prácticamente todos los ámbitos, afirmando que las normas (como si de seres humanos se tratase) envejecen, pierden su fuerza vital o sufren un desajuste inevitable por el mero transcurso del tiempo.

Este artículo sobre la permuta de solar por obra futura pretende demostrar el mal

camino por el que nos ha podido conducir esta nueva corriente de pensamiento jurídico, que ha conseguido forzar las hechas naturales de una de las instituciones más antiguas en las relaciones jurídicas de los seres humanos: la permuta entre bienes. Las nuevas técnicas de gestión empresarial, aplicadas al mundo de la promoción y la construcción, y el encarecimiento durante un determinado período de nuestra historia económica del suelo sobre el que desarrollar tales actividades han ido ejer-



ciendo una presión sobre el legislador frente a la que nunca debería haberse cedido, lo cual ha ocurrido desgraciadamente no solo en relación con esta «figura» jurídica, sino también con otras muchas de todos conocidos.

II. HISTORIA

Es innegable que la permuta ha surgido en el tiempo mucho antes que la compraventa, puesto que, para el nacimiento de esta última, es necesario un paso adicional: la creación de una unidad de cuenta que haga de equivalente del bien a entregar como contraprestación.

La permuta nace, como todo acuerdo conmutativo, desde la necesidad que posee todo hombre de conseguir algo que tiene otro, a cambio de algo que también desea, algo propio.

Es en el momento preciso en el que la civilización alcanza un punto en el cual existe ya una unidad de cuenta como medio común de cambio cuando esta figura viene a dar paso, con el devenir de los tiempos, a un nuevo tipo de acuerdo que se convierte en el eje central de todo el tráfico jurídico-económico: la compraventa⁽²⁾.

A lo largo de toda la historia se ha hablado de forma casi paralela de permuta y compraventa, pero es Paulo, fundamentalmente en el *Digesto*⁽³⁾, quien establece una distinción entre ambas instituciones de forma clara y nítida:

Así como una cosa es vender y otra comprar, y uno el vendedor y otro el comprador, así una cosa es el precio y otra lo que se vende; mas en la permuta no puede discernirse cuál sea el comprador, cuál el vendedor, y difieren mucho las prestaciones. Porque el comprador, si no hubiere hecho de que lo recibe en dinero, se obliga por la acción de venta, y al vendedor le basta obligarse por razón de evicción a entregar la posesión y a justificarse de dolo malo, y así, si la cosa no hubiera sido reivindicada, nada debe. Pero en la permuta, si por ambas partes hay precio, la cosa debe hacerse de una y de otra, y si mercancía, de ninguna de las dos; pero debiendo haber así cosa como precio, no puede conocerse cuál precio, ni consiente la razón que una y la misma cosa sea vendida y sea precio de la compra.

FICHA TÉCNICA

Resumen: Este artículo sobre la permuta de solar por obra futura pretende demostrar el mal camino por el que nos ha podido conducir esta nueva corriente de pensamiento jurídico, que ha conseguido forzar las hechas naturales de una de las instituciones más antiguas en las relaciones jurídicas de los seres humanos: la permuta entre bienes. Las nuevas técnicas de gestión empresarial, aplicadas al mundo de la promoción y la construcción, y el encarecimiento durante un determinado periodo de nuestra historia económica del suelo sobre el que desarrollar tales actividades han ido ejerciendo una presión sobre el legislador frente a la que nunca debería haberse cedido, lo cual ha ocurrido desgraciadamente no solo en relación con esta «figura» jurídica, sino también con otras muchas de todos conocidos.

Palabras clave: Contrato de permuta de bienes, solar, obra futura, urbanismo.

Abstract: The aim of this article on the exchange of undeveloped land for a future interest in the development to be performed there seeks to show the unfortunate path down which this new trend in legal reasoning has led us, in so far as it has managed to stretch the natural boundaries of one of the most ancient institutions in legal relations between human beings: the exchange of goods. New business-management techniques, when applied to the world of property development and construction, and the appreciation of the land on which the said activities are to take place during a particular period of our economic history, have resulted in the legislature yielding to pressure which it ought to have resisted, and unfortunately this has occurred not just in relation to this legal institution, but also many others with which we are all familiar

Keywords: Agreement for the exchange of goods, undeveloped land, future interest, urban planning.

En el Derecho romano, por lo tanto, el contrato de permuta era el acuerdo por el cual una parte transfería la propiedad de una cosa a otra parte para que esta, a su vez, le transfiriera la propiedad de otra cosa.

Por entonces se distinguían entre los juristas dos posturas en relación con esta figura: los sabinianos y los proculyanos.

Los sabinianos consideraban que el precio en la compraventa no tenía que ser necesariamente en dinero, sino que podía consistir en otras cosas, razón por la cual la permuta no tenía por qué ser algo diferenciado de la compraventa.

Sin embargo, los proculyanos consideraban que el precio en la compraventa debía ser necesariamente en dinero y, por lo tanto, se diferenciaba claramente de la permuta, la cual consistía en un cambio de cosa por cosa⁽⁴⁾.

III. DIFERENCIAS CON LA COMPRAVENTA

La permuta y la compraventa, pese a tener sustanciales semejanzas (pues ambas son acuerdos traslativos del dominio y tienen naturaleza consensual), presentan singulares diferencias, sobre todo por la diferente intensidad de su nexo acordaticio.

En la permuta, si una vez recibida la cosa permutada, esta resulta ser ajena a quien la entregó, se produce la disolución y cumple el que recibió el bien con devolverlo de quien se lo dio con base en el art. 1.539 CC.

La permuta y la compraventa, pese a tener sustanciales semejanzas (pues ambas son acuerdos traslativos del dominio y tienen naturaleza consensual), presentan singulares diferencias, sobre todo por la diferente intensidad de su nexo acordaticio

Sin embargo, en la compraventa la solución es diferente: si el comprador recibe la cosa y teme que sea ajena y todavía no ha entregado el precio, se procede a la suspensión con base en el art. 1.502 CC, y en último término podría llegar a producirse la disolución.

Si, por el contrario, es el vendedor el que ya ha vendido y entregado la cosa y teme el impago, podrá disolver conforme a lo establecido en el art. 1.503 CC.

Por lo que se refiere a la evicción (art. 1.540 CC), en la permuta existe una opción



por devolución de la misma cosa entregada, en caso de no estar en manos de un *alienus* (ajeno a la relación jurídica de permuta), o daños y perjuicios.

En la compraventa, sin embargo, solo se tiene derecho al precio o a daños y perjuicios, tal y como ocurriría también con la permuta.

Por último, y en lo que respecta al incumplimiento, ambas figuras acogen la posibilidad de dar lugar a la disolución del nexo acordaticio. La única diferencia, en este sentido, estriba en que en la permuta esa ha sido la solución *ab initio* desde el Derecho romano, mientras que en la compraventa es así desde la Edad Media, por mediación del Derecho canónico.

Dos son los tipos especiales de permuta más utilizados en la práctica actual:

- Por un lado, la permuta financiera o *swap*, la cual no es, a nuestro juicio, una permuta en sentido estricto, pues la permuta no puede ser de dinero (pues no es un bien, sino un valor y, además, fungible) ni tiene carácter aleatorio. Por ello, consideramos que es un mero acuerdo de seguro mutuo (cuyo objeto pueden ser los tipos de interés, divisas, etc.) que puede servir o no de cobertura de préstamo hipotecario.
- La segunda, atendiendo ya al objeto del presente artículo, es la permuta de solar por obra futura, de la que pasaremos inmediatamente a hablar, si bien con anterioridad haremos una breve referencia a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales más actuales que hay sobre la misma.

IV. LA PERMUTA DE SOLAR PRESENTE POR OBRA FUTURA. POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

La doctrina que se ha ido elaborando a lo largo de los años ha originado que se hayan adoptado multitud de posiciones diferentes con respecto a este tema. Ello ha estimulado que la permuta de solar presente por obra futura, en muchas ocasiones, se haya visto y, por consiguiente, haya sido abordada como si de otra figura diferente se tratase. Posiciones que vamos a criticar, todas ellas, desde una posición única y firme que expondremos con más detalle en el

siguiente capítulo: no hay permuta donde no hay entrega simultánea de prestaciones.

En cualquier caso, las posiciones al respecto son extraordinariamente variadas. Así, un sector de la doctrina y jurisprudencia la consideran como una permuta simple. A modo de ejemplo, cabe mencionar, entre otras, la Sentencia de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3944)⁽⁵⁾.

En la actualidad se habla de contrato de permuta de cosa futura, lo cual, bajo nuestro punto de vista, no puede ser posible, pues la permuta exige simultaneidad: dar una cosa por otra al mismo tiempo

Como veremos de inmediato, entendemos que esta clase de acuerdo no merece la condición propiamente de permuta, pues no habría simultaneidad de consumaciones.

En otras ocasiones, esta figura ha sido confundida con la compraventa de cosa futura. El solar, sin embargo, es presente y se vende, por lo que no se da tampoco simultaneidad.

En nuestro ordenamiento, el negocio sobre edificio futuro está permitido, pero, por la multitud de caracteres y figuras que presenta, en ocasiones es complicado dife-

renciar los tipos de contratos que se pueden dar, como por ejemplo el de compraventa futura, de otras figuras, como el de arrendamiento de obra.

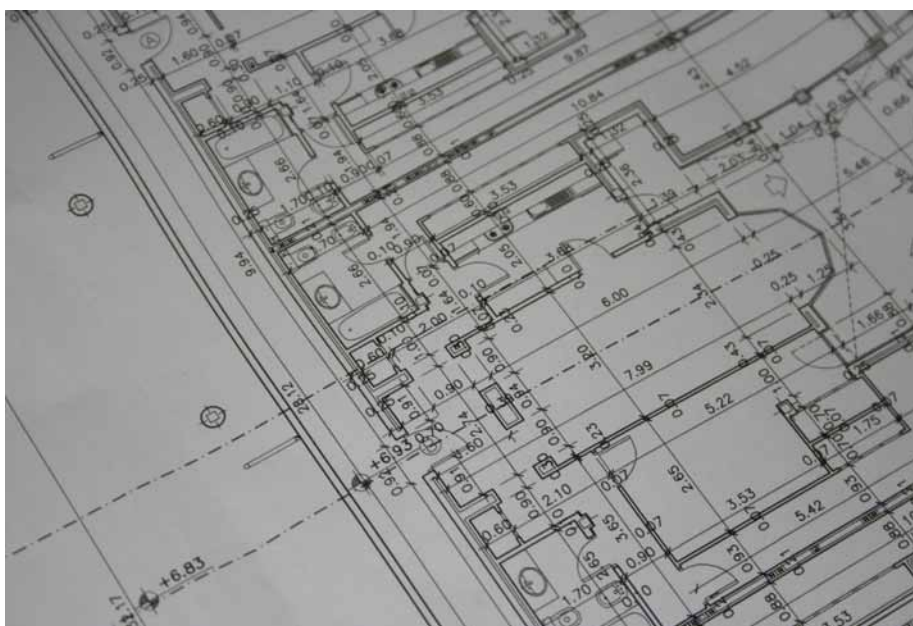
Sin embargo, en la actualidad se habla de *contrato de permuta de cosa futura*, lo cual, bajo nuestro punto de vista, repetimos, no puede ser posible, pues la permuta exige simultaneidad: dar una cosa por otra al mismo tiempo.

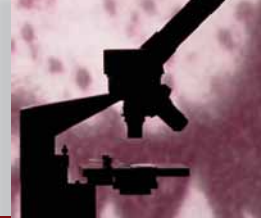
Un ejemplo en el cual se ha producido esta confusión es la Sentencia de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2154), en que se habla de *compraventa de cosa futura* en relación con unos locales comerciales de un edificio en construcción⁽⁶⁾.

A pesar de que también ha sido visto en ocasiones como un contrato de obra o arrendamiento de servicios para una obra, consideramos que tampoco puede merecer dicha calificación, pues el solar es lo que se entrega.

Por esta razón, la Sentencia de 3 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3400) no califica de forma correcta el acuerdo al hablar de *arrendamiento de obras*. Todo ello sin perjuicio de que también han existido sentencias que han diferenciado de forma específica entre el arrendamiento de obra y la compraventa de cosa futura⁽⁷⁾.

En otras ocasiones, la figura de la permuta de solar por obra futura ha sido con-





fundida con la comunidad de propietarios. Puede existir comunidad, como es lógico, en el supuesto en que la propiedad del solar la ostenten varias personas al mismo tiempo, o incluso en el caso en que varios dueños del solar formen entre sí y con otras personas, como constructores o promotores, una comunidad para construir un bien inmueble y, una vez construido, repartirse los distintos pisos, locales, etc.

Es otra figura común hoy en día, que se utiliza para ahorrar gastos, sustituyendo al promotor profesional por otras personas que verdaderamente están más interesadas. En definitiva, es cierto que hay comunidad, pues varias personas particulares aúnan esfuerzos para la adquisición de ese piso, local o garaje final.

A modo de ejemplo, cabe destacar, en este sentido, la Sentencia de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3723), en la cual se habla de *comunidad de bienes de promotores para construir un edificio*, estableciendo, además, una distinción con la propiedad horizontal.

Sin embargo, según nuestra consideración, esta interpretación no es tampoco la correcta, pues, al igual que sucedía con la visión referente al arrendamiento de obras, el solar es lo que se entrega, obligando, por lo tanto, a la entrega del bien⁽⁸⁾.

Relacionado con esto último se halla también la respuesta a la confusión con el contrato de sociedad. En este supuesto se produce, de igual modo que con los anteriores, la entrega, y ello conjuntamente unido a que no hay persona jurídica.

En ocasiones resulta complicado diferenciarlo del anterior, ya que ambos supuestos, tanto comunidad como sociedad, son utilizados para lograr un mismo fin: la edificación futura. A pesar de ello, la razón por la cual el contrato de cambio de solar por edificación futura se presenta en modalidad de sociedad o de comunidad es la misma. Por un lado, no hay persona jurídica y, por otro, la entrega ya se ha producido, tal y como se ha argumentado en el párrafo anterior.

En referencia a este último ejemplo, también son varios los supuestos en los que entendemos que los pronunciamientos por parte de nuestra doctrina no han sido los más acertados. Véanse, para ello, la Sentencia de 31 de diciembre de 1994 (RJ

1994, 10490) o la Sentencia de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7026)⁽⁹⁾.

Como podemos observar, son muchas las interpretaciones que se han hecho en todo lo referente a la naturaleza jurídica de esta figura, pero, por increíble que resulte, estas no son las únicas.

También se ha llegado confundir con las cuentas en participación, como lo hace, a nuestro juicio, la Sentencia de 28 de enero de 1994 (RJ 1994, 575)⁽¹⁰⁾, pues lo construido no es beneficio, sino que constituye parte de la contraprestación. Hay una variedad de aportaciones por las que un dueño pone a disposición de un promotor o constructor su solar y, como contraprestación, recibe una parte de las ganancias que se puedan obtener con la venta del edificio.

En la Sentencia de 13 de marzo de 1987, se habla de *negocio o contrato parciario*, pero posiblemente a lo que quiera referirse es a la forma que va a adoptar la contraprestación que acuerden las partes, como una de las posibles formas de pago que podrían existir en un acuerdo de cambio de solar por edificación de obra futura⁽¹¹⁾.

De nuevo observamos que no se produce esa simultaneidad de la que llevamos haciendo hincapié a lo largo de todo el artículo, puesto que la contraprestación depende de un hecho futuro.

Se ha llegado a hablar incluso de *dación en pago*. No debemos olvidar que la dación en pago actúa como extinción de la obligación pactada, si así lo desean y acuerdan las partes.

Tampoco merece, a nuestro juicio, respaldo dicha posición, pues no debemos dejar de lado que lo construido es la contraprestación. Lo que ocurre es que si llegado el momento en que se debe pagar el precio se acordara, por vía de dación en pago, transmitirle la propiedad de alguno de los locales que se hubiesen construido, ello llevaría a caer en confusión en lo referente a este aspecto. Nada más aconsejable, en este sentido, que estudiar la Resolución de 13 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1103)⁽¹²⁾, en la que se produce precisamente dicha equivocación.

Y lo mismo se puede decir respecto de su comparación con un derecho de superficie o de accesión, porque en ambos casos el dueño del suelo ya es el promotor y/o constructor.

Es una compraventa de un solar presente que se une a una promesa de edificación. La permuta de solar por obra futura está exigiendo una simultaneidad de contraprestaciones que se tiene que producir de forma paralela.

El solar es lo que se vende y se entrega, y entre las partes no se crea ni se confunde nada.

Un solar presente no puede ser objeto de permuta con una obra o construcción futura, pues, bajo nuestra consideración, es necesario que se produzca esa simultaneidad a la que venimos aludiendo

Esto se traduce en que un solar presente, por lo tanto, no puede ser objeto de permuta con una obra o construcción futura, pues, bajo nuestra consideración, es necesario que se produzca esa simultaneidad de la que hemos venido hablando.

Tampoco debería mezclarse el concepto *permuta de solar de obra futura* con el de *derecho de vuelo*. Existen casos, generalmente en edificios antiguos, que son susceptibles de elevación. La construcción de las nuevas plantas podrá hacerse, lógicamente, de modo directo, esto es, realizando el propietario del edificio él mismo la construcción, o de modo indirecto, que consiste en ceder a un tercero el derecho de elevar las nuevas plantas.

Es en este último caso donde algunos entienden que surge la confusión, pero opinamos que ello no debe dar lugar a ningún conflicto, puesto que para que sea considerado permuta de obra futura, no tiene por qué haber nada construido previamente. En sentido contrario, puede verse la Resolución de 24 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2101)⁽¹³⁾, en la cual de nuevo se vuelve a dar la que quizá no sea la solución más acertada.

V. SOLUCIÓN PROPUESTA

Dedicamos la parte final de este artículo a poner de manifiesto cómo podría quedar mejor articulada esta moderna figura de la permuta de solar por obra futura en relación con el estado legislativo (art. 13 RH) y el doctrinal y jurisprudencial hoy existentes.



Como punto de partida, una permuta siempre es de bien (*res* o derecho) por bien, o de valor de bien (*v. gr.* dinero) por valor de bien (o valor minoritario y bien mayoritario, *ex art.* 1.446 CC).

Pero es que, además, es imprescindible que sea de bien presente a cambio de bien presente (con independencia, por supuesto, de que su entrega y consumación sean futuras) o, si se articula como un intercambio de promesas, de permuta de bien futuro por otro bien futuro. Pero no las combinaciones cruzadas entre las mismas: presente a cambio de futuro.

La permuta, tal y como se concibió en épocas pretéritas, exige entregas y consumaciones consiguientes y simultáneas. La mutación no se produce entre los patrimonios de los permutantes, sino en el patrimonio individual de cada uno de ellos. Patrimonios que, al igual que ocurre con la piel de las serpientes (el Derecho siempre tiene una explicación en la naturaleza, al menos para los que nos consideramos *iusnaturalistas*), mutan completamente (es decir, «per-mutan») dentro de sí mismos, pasando a ser sustituido uno de sus bienes por otro distinto⁽¹⁴⁾, que ocupa su lugar, sin solución de continuidad y dando con ello perfecta explicación a la nueva situación patrimonial provocada como consecuencia de ese intercambio.

Esa es la razón por la que el sinalagma se refuerza más en la permuta que en la compraventa (véanse los arts. 1.539 vs. 1.502 y 1.540 vs. 1.478), porque desprenderse de la propiedad de un bien no es lo mismo que hacerlo del poder de disposición de un valor, razón por la cual resulta difícil entender la concepción traslativa del préstamo en dinero del art. 1.753.

Por todo ello, lo que debería hacerse es lo siguiente:

- Pactar, en un primer estadio, una venta de solar sujeta a la condición suspensiva derivada de una reserva de dominio, con mera entrega física, sin tradición de la parcela a favor del promotor/constructor. La contraprestación sería la promesa de venta del piso o pisos futuros.
- Después, cuando dichos pisos estén definitivamente construidos, pactar una permuta sobre bienes ya existentes, en que el vendedor se limite a transmitir el modo (con mera cancelación de la reser-

va de dominio en el Registro de la Propiedad, si se ha inscrito) y el promotor/constructor entregue también el modo de los pisos construidos.

- Así, el primer acuerdo sería de entrega recíproca de títulos (título + título para obtener un título) y el segundo, de entrega recíproca y simultánea de modos (modo + modo).

Esto es lo que realmente se ajusta a la voluntad de las partes cuando pactan este tipo de acuerdo:

- Por un lado, el vendedor quiere mantener garantías sobre el solar que vende, y qué mejor garantía que mantener la propiedad de lo vendido y obtener un título real e inscribible sobre la futura construcción.
- Por otro, el vendedor también quiere que las garantías sobre su solar no dependan de la advertencia, suya o de sus asesores, a la hora de pactar garantías personales de devolución: seguro, aval a primer requerimiento, condición resolutoria, etc. De esta forma, sin embargo, no las necesita, toda vez que el Notario advertirá que solo puede instrumentarse la operación mediante el reconocimiento de dicho título a favor del que cede el solar.

La jurisprudencia ha hecho multitud de interpretaciones, recogándose hasta quince corrientes de opinión en torno a la naturaleza jurídica de esta figura: permuta, compraventa de cosa futura, contrato de obra, contrato atípico, comunidad de propietarios, sociedad, etc.

Por todo ello, el vendedor puede temer que acontecimientos posteriores, como la aparición de ajenos de buena fe o la entrada de la promotora en concurso, le puedan perjudicar. Estas situaciones, de esta forma, también quedarían salvadas: en el primer caso, porque el título del vendedor no puede inscribirse sin la inscripción simultánea del título del comprador, y en el segundo, porque hasta que el promotor no termine la construcción, el solar sigue siendo propiedad de su titular originario.

Por todos estos motivos, consideramos que la jurisprudencia ha hecho multitud de interpretaciones sobre esta materia sin unificar la posición sobre la misma, recogándose en sus sentencias hasta quince corrientes de opinión en torno a su naturaleza jurídica: permuta, compraventa de cosa futura, contrato de obra, contrato atípico, comunidad de propietarios, sociedad, etc.

Todo ello ha terminado por dar lugar a la antigua redacción del art. 13 RH y a la posterior y conocida STS de 31 de enero de 2001, así como a la dantesca situación en la que se encuentra actualmente la redacción del citado precepto.

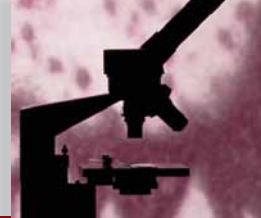
En definitiva, una clara demostración de: a) falta de consenso jurídico sobre lo que es esta figura; b) inseguridad jurídica, y c) falta de un criterio claro sobre lo que son todas aquellas otras figuras jurídicas con las que se compara: sociedad, negocio fiduciario o indirecto, cuentas en participación, superficie, vuelo, accesión y otras denominaciones.

Huelga decir que, como en toda venta de inmuebles, a la permuta de solar por obra se le aplicarían los arts. 1.469 a 1.471, el art. 1.591 y la LOE, el art. 1.124 y los arts. 1.474 y ss. CC.

En el interín, si se produce un procedimiento expropiatorio, se expropiaría al dueño del suelo y la financiación por parte del promotor debería hacerse, en contra de lo que ocurre hoy en día (en que el promotor se financia sobre una titularidad que realmente no le corresponde), sobre otro bien de su titularidad o sobre el propio solar de su titular, que actuaría como hipotecante no deudor (art. 1.857.II CC).

Desde el punto de vista fiscal (véanse la Consulta V1217-10 DGT, de 1 de junio de 2010, y la Contestación del TJCE V1976-08, de 30 de octubre de 2008, sobre el criterio de tributación con arreglo al establecido por nuestro Tribunal Supremo), las consecuencias serían las siguientes:

- a) Actualmente, esta falsa permuta tributa ya en el momento de la «entrega» del solar (si es un empresario o profesional). Con arreglo a nuestros postulados, el primer acuerdo sería una mera transmisión de títulos.
- b) El IVA de las transmisiones, sin embargo, se devengaría en el segundo acuerdo, porque hasta entonces no se ha produci-



do una *traditio* susceptible de producir el efecto traslativo de un patrimonio a otro.

De la otra forma, salvo mejor opinión de los lectores, no. En nuestro país se ha entendido siempre que la mejor forma de fomentar el mercado del alquiler es mediante paquetes legislativos favoreciendo la figura del arrendatario. Probablemente esta sea una de las razones por las que dicho mercado se encuentra en la actualidad en un estado tan lamentable.

Pensemos esta vez si la forma más correcta de fomentar la construcción sobre suelo ajeno propiedad de un pobre agricultor con una parcela con expectativas urbanísticas es la que hoy se le da. Si se considera que sí, lo lamentaremos profundamente. Si es que no y estas breves reflexiones han servido de algo, bienvenida sea nuestra contribución. Creemos que el debate sobre estas figuras jurídicas siempre será beneficioso y contribuirá al desarrollo del pensamiento y al progreso de nuestra sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel, *Manual de Administración local*, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 992.

BORDA, Guillermo, *Manual de los contratos*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 158 y ss.

JIMÉNEZ LINARES, M.^a Jesús, *Resolución por incumplimientos de los contratos de solar por fin de obra*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 1-10.

MATHEU DELGADO, José Arturo, *Derecho de vuelo y subsuelo*, Ed. Dykinson, Madrid, pág. 440.



ROSA DÍAZ, Pelayo de la, *La permuta*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 25 y ss.

SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia, *La jurisprudencia en el contrato de cambio de solar por edificación futura*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 31 y ss.

SORIANO BEL, José Miguel, *Fiscalidad inmobiliaria. Promotores, constructores y arrendadores de inmuebles*, Ed. CISS, Valencia, 2006, págs. 135 y ss.

1 Véase CICERÓN, Marco Tulio, *De legibus*, II, V, 13.

2 ROSA DÍAZ, Pelayo de la, *La permuta*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 25 y ss.

3 PAULO, *Digesto*, lib. 19, tít. 4.

4 BORDA, Guillermo, *Manual de los contratos*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 158 y ss.

5 SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia, *La jurisprudencia en el contrato de cambio de solar por edificación futura*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 70.

6 SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, n. 2, pág. 115.

7 SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, n. 2, págs. 124-125.

8 SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, n. 2, págs. 180-182.

9 SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, n. 2, pág. 186.

10 SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, n. 2, pág. 204.

11 SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, n. 2, págs. 206-210.

12 SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, n. 2, págs. 224-228.

13 SERRANO CHAMORRO, *op. cit.*, n. 2, pág. 248.

14 Por aplicación del principio de subrogación real (véase, a título de simple ejemplo, el art. 1.346.3.º CC).

Ideas generales y reforma del sistema de impugnación español de los acuerdos sociales

Jesús Quijano González

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid

Vocal permanente de la Comisión General de Codificación

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO: EL SISTEMA DE IMPUGNACIÓN VIGENTE EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL (CARACTERÍSTICAS Y DEFICIENCIAS)
- II. ORIENTACIÓN GENERAL DE UNA POSIBLE REFORMA: CRITERIOS BÁSICOS
- III. LOS ASPECTOS CONCRETOS OBJETO DE REVISIÓN
- IV. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS EN LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

I. PLANTEAMIENTO: EL SISTEMA DE IMPUGNACIÓN VIGENTE EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL (CARACTERÍSTICAS Y DEFICIENCIAS)

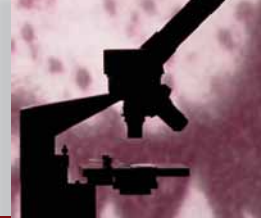
Es un hecho notorio que el sistema vigente de impugnación de acuerdos sociales, recogido en los artículos 204 a 208 de la Ley de Sociedades de Capital, es en lo sustancial el mismo que diseñó hace más de sesenta años la Ley de So-



ciedades Anónimas de 1951. Los aspectos sustanciales, en efecto, entendiendo por tales las causas de impugnación, la legitimación, los plazos y los efectos de la sentencia, estaban regulados con la misma orientación en los artículos 67 a 70 de aquella Ley, que estuvo vigente hasta la refundición de 1989, cuando, con ocasión de la adecuación al acervo comunitario, se produjo una primera «modernización

global» de nuestro Derecho societario básico.

Tal modernización no alcanzó en lo fundamental al sistema de impugnación, como es evidente. Los cambios que entonces se produjeron en los artículos 115 a 122 del Texto Refundido de 1989 estaban más dirigidos a introducir algunas precisiones en el sistema que a modificar-



lo o a cambiarlo. Ocurría que, en el largo periodo de vigencia de la Ley de 1951, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían ido asentando algunas distinciones en los acuerdos impugnables por razón de la sanción jurídica (nulidad de los acuerdos ilegales, anulabilidad de los antiestatutarios y lesivos), y habían vinculado con más nitidez la legitimación y los plazos de impugnación a esa distinción. El texto de 1989 acogió estos extremos, aunque también es justo reconocer que incorporó alguna novedad de alcance: de un lado, el reconocimiento expreso de la posibilidad de detener la información dejando sin efecto el acuerdo impugnado o sustituyéndolo válidamente por otro; de otro lado, la referencia al «*impacto registral*» de la sentencia estimatoria firme, apoyado en su propia inscripción y en la cancelación del acuerdo anulado y de los asientos posteriores que fueran contradictorios con la sentencia, a la vez que desaparecía la mención a sus efectos para todos los socios, impugnantes o no, y al principio de conservación, o no afectación, de los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado, que el texto de 1951 acogía en el artículo 67.

Puede afirmarse que el sistema vigente de impugnación de acuerdos presenta tres deficiencias serias: su deficiente técnica jurídica; el no estar acorde con lo que podemos considerar el panorama societario actual, ni en la perspectiva tipológica, ni en la dimensión funcional, y su desactualización comparada

En el tiempo de vigencia del texto de 1989, el cambio más significativo se produjo, como es sabido, en el ámbito procesal: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 suprimió el procedimiento especial de impugnación que venía configurado en detalle en el artículo 70 de 1951, y que había pasado, con alguna simplificación, a los artículos 118 a 121 del nuevo texto; de este modo, dichos artículos quedaron derogados, limitándose ahora el 118 a remitir al juicio ordinario de la ley procesal.

FICHA TÉCNICA



Resumen: El autor parte de considerar la conveniencia o necesidad de abrir un debate encaminado a la reforma del sistema de impugnación de acuerdos sociales, lo que, unido a la reciente difusión de la propuesta de Código Mercantil emanada de la Comisión General de Codificación, constituye, sin duda, un marco propicio para esa reflexión, que habrá de situarse en el contexto de la reconstrucción general del Derecho societario que el trance de un nuevo Código supone. La cuestión, en el caso concreto de la impugnación, como ocurrirá en otros, es la de acertar, por un lado, con la orientación general adecuada, en cuanto a criterios básicos, que un nuevo sistema de impugnación deba tener, y, por otro, la de delimitar, con claridad de contenido y buena técnica, los aspectos concretos del régimen de la impugnación que deben ser revisados, así como en qué sentido o con qué alcance deben serlo en cada caso. De una respuesta correcta a ambas cuestiones dependerá que el nuevo modelo tenga equilibrio, proporción y coherencia en un tema tan delicado.

Palabras clave: Derecho societario, impugnación de los acuerdos sociales, normativa aplicable.

Abstract: The author starts by considering whether or not it would be necessary or appropriate to start a debate with the aim of reforming the system for challenging corporate resolutions, which, in addition to the recent publication of the proposed Commercial Code by the General Codification Committee, constitutes, without doubt, a suitable framework for this debate, which ought to be considered within the context of the reconstruction in general terms of Company Law that a new Code would entail. The aim, in the specific case of challenging resolutions, as will also occur in other cases, is to ensure, on the one hand, that the general orientation that a new system of challenges ought to have is correct, with regard to basic criteria, and on the other hand to limit, in clearly-defined terms and with good techniques, the specific aspects of the régime governing challenges that need to be reviewed, as well as the direction or the scope of the changes in each case. By finding the correct answer to these two questions it will be possible to ensure that the new model is balanced, proportionate, and coherent in what is a delicate issue.

Keywords: Company Law, challenging corporate resolutions, applicable regulations.

N. del A.: El presente trabajo se integra entre los realizados bajo el manto del proyecto de investigación «La impugnación de acuerdos sociales: propuestas para una reforma» (DER 2011-29198), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

La vigente Ley de Sociedades de Capital, como era obligado al tratarse de un texto refundido, no introdujo cambio significativo alguno en el modelo preexistente, más allá de alguna adecuación formal: por ejemplo, rotular, como correspondía, el artículo 207 como «*procedimiento de impugnación*» (el artículo 118 anterior lo titulaba «*competencia*»), o bien sustituir la referencia a los accionistas por una más genérica a los socios, acorde con la naturaleza común y la aplicación indistinta del sistema de impugnación a sociedades anónimas y limitadas, que antes ya se producía por la expresa remisión que hacía el artículo 56 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 a la Ley de Sociedades Anónimas en esta materia, cuando cada tipo societario tenía su propia ley reguladora.

Este ha sido, en síntesis, el devenir de los «hechos jurídicos» en lo que al sistema de impugnación se refiere. Y cabrá afirmar, aunque pueda parecer una toma de posi-

ción anticipada, que un modelo regulador, en un tema tan sensible, que ha estado vigente durante más de sesenta años, debe necesitar alguna adecuación, modernización o reforma, sin prejuzgar ahora su orientación o alcance. Porque es evidente que los «hechos societarios», que son el contexto en que opera el sistema de impugnación, han evolucionado mucho en ese tiempo, de modo que las bases sobre las que se construyó el modelo a mediados del siglo XX son muy distintas a las que hoy, entrado ya el siglo XXI, deben ser consideradas en una configuración actualizada del modelo.

En opinión bastante generalizada, con la que coincido, y resumiendo el amplio análisis crítico que se ha acumulado a lo largo del tiempo, aunque con más insistencia en los últimos años, puede afirmarse que el sistema vigente de impugnación de acuerdos presenta tres deficiencias serias que conviene mencionar:



- En primer lugar, y desde el punto de vista de la técnica jurídica, sigue sin ofrecer un estándar suficiente de seguridad, en el doble sentido de certeza en cuanto a su contenido y de previsibilidad en cuanto a su aplicación. La delimitación de las categorías de supuestos de impugnación, la sanción jurídica correspondiente a cada caso, la debida proporción entre la gravedad de la causa y tal sanción, tanto en sí mismas como por los efectos que tienen en la atribución de legitimación, o en el transcurso de los plazos de caducidad de la acción, o en las consecuencias de la sentencia estimatoria, siguen configurando un marco aquejado de incertidumbre y, en muchos casos, poco sensible al equilibrio entre los intereses en juego y la trascendencia de los acuerdos afectados. Es cierto que la abundante y variada jurisprudencia recaída, lo mismo que la rica aportación doctrinal interpretativa o integradora, han ido clarificando aspectos, sugiriendo límites, incorporando requisitos o adecuando efectos, lo que vendría a constituir una razón añadida para una revisión razonable del modelo.
- En segundo lugar, el sistema no es acorde con lo que podemos considerar el panorama societario actual, ni en la perspectiva tipológica, ni en la dimensión funcional. Cuando se construyó a mediados del pasado siglo, el panorama societario era básicamente unitario y uniforme; baste observar, por ejemplo, que la tendencia a la diferenciación tipológica entre sociedades anónimas cerradas y abiertas, o cotizadas, no estaba siquiera esbozada, y hoy es bien evidente que tal distinción reclama espacios crecientes de especialización normativa, en la misma medida en que los intereses afectados y los potenciales conflictos a resolver plantean necesidades de tratamiento particular. No solo eso: funcionalmente, el sistema de impugnación se configuró a partir de una determinada visión de los conflictos intrasocietarios propia de la época, muy relacionada con la finalidad de poner a disposición de la minoría un instrumento de protección de sus intereses frente al eventual abuso de la mayoría. Y no es que tal perspectiva haya perdido vigencia, especialmente en las sociedades cerradas, sean limitadas o pequeñas anónimas; lo que ha ocurrido es que la

casuística conflictual se ha hecho cada vez más compleja a medida que la diversificación de intereses se ha intensificado. Junto con el clásico conflicto mayoría-minoría, hoy se objetivan y se sustancian conflictos entre grupos de socios, entre accionistas significativos o de control y accionistas externos y dispersos, entre socios y administradores, entre socios estables e inversores transitorios o de oportunidad, etc. Se postula, además, algún reconocimiento cualitativo al propio interés social en distintas variantes (la continuidad de la sociedad, su estabilidad financiera, su posición en el mercado, etc.) que de algún modo lo diferencie del interés del conjunto de los socios o del interés de la mayoría, y hasta se contrapone el abuso de minoría, incluso como límite a la impugnación, al tradicional abuso de mayoría que inspiró el sistema clásico. En el caso concreto de las sociedades cotizadas, y con notable singularidad en el contexto de los grupos de sociedades, son especialmente perceptibles los fenómenos apuntados.

- En tercer lugar, el sistema español tampoco está actualizado desde la perspectiva comparada, y ni siquiera desde la perspectiva de nuestra propia evolución legal (obsérvese la tendencia recogida en el régimen de impugnación de fusiones y escisiones en la Ley de Modificaciones Estructurales), además de la ya señalada evolución jurisprudencial en la interpretación de causas y efectos. En el ámbito comparado, en efecto, algunas reformas todavía recientes en ordenamientos de nuestro entorno (Italia, Alemania o Portugal son buenos ejemplos, además de la orientación de algunas directivas comunitarias en temas concretos) han incorporado novedades muy significativas, sea en el régimen general de la impugnación (limitación de la legitimación a la minoría en acuerdos anulables, con alternativa rescritoria, exigencia de la condición de socio en el momento de la convocatoria, etc.), sea en el caso especial de determinados acuerdos (variaciones de capital, especialmente si el aumento o la reducción ya han sido total o parcialmente ejecutados, aprobación de cuentas, modificaciones societarias, singularmente las de alcance estructural, etc.). Es cierto que en el conjunto de esas reformas se percibe una orientación general limitativa

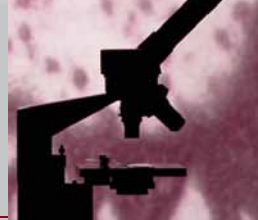
de la impugnación por diversas vías, lo que no debe obstar a una reflexión ponderada en la búsqueda de un resultado equilibrado y útil en el contexto societario actual.

Las consideraciones precedentes avalan, creo que suficientemente, la conveniencia, o la necesidad, de abrir un debate encaminado a la reforma del sistema de impugnación de acuerdos sociales. La reciente difusión de la propuesta de Código Mercantil emanada de la Comisión General de Codificación constituye, sin duda, un marco propicio para esa reflexión, que habrá de situarse en el contexto de la reconstrucción general del Derecho societario que el trazo de un nuevo Código supone. La cuestión, en el caso concreto de la impugnación, como ocurrirá en otros, es la de acertar, por un lado, con la orientación general adecuada, en cuanto a criterios básicos, que un nuevo sistema de impugnación deba tener, y, por otro, la de delimitar, con claridad de contenido y buena técnica, los aspectos concretos del régimen de la impugnación que deben ser revisados, así como en qué sentido o con qué alcance deben serlo en cada caso. De una respuesta correcta a ambas cuestiones dependerá que el nuevo modelo tenga equilibrio, proporción y coherencia en un tema tan delicado.

II. ORIENTACIÓN GENERAL DE UNA POSIBLE REFORMA: CRITERIOS BÁSICOS

La formulación de una propuesta razonable de reforma del sistema de impugnación exige resolver previamente algunas cuestiones de orientación general en las que podrían plantearse opciones diversas. Se trata, pues, de fijar criterios básicos iniciales para el conjunto del modelo que permitan luego abordar los aspectos concretos del régimen jurídico de la impugnación.

A estos efectos, el debate de orientación general puede plantearse distinguiendo tres niveles de discusión, muy relacionados entre sí: si el sistema de impugnación debe ser único y aplicable a todas las sociedades, o debe ser diverso; si debe ser homogéneo para todo tipo de acuerdos sociales, o hay acuerdos que deben tener tratamiento propio; si debe ser objeto de revisión el conjunto de los aspectos que integran el régimen de la impugnación, y con qué alcance en cada caso. En suma, qué sociedades, qué acuerdos y qué aspectos, como gráficamente



te se ha expresado en ocasiones el debate de la impugnación.

Por un lado, y teniendo en cuenta la diversidad tipológica de las sociedades afectadas, se trata de optar por un régimen general o común de impugnación sobre el que se introduzcan especialidades en mayor o menor volumen, o apostar por regímenes plurales y diferenciados en que, junto con algunas coincidencias inevitables, predomine lo específico con soluciones diversas. Me inclino abiertamente por la posición intermedia: frente a la dicotomía régimen único y general–regímenes especiales, la configuración de un régimen común básico, con especialidades que pueden ser importantes en ciertos supuestos, aporta coherencia al modelo y permite combinar la homogeneidad en lo fundamental con la diversidad en lo particular. Tal opción resulta especialmente significativa en el caso de la sociedad cotizada, probablemente el contexto donde las peculiaridades de régimen tienen más sentido y deben tener mayor alcance.

Por otro lado, y en una línea similar, parece razonable y coherente que la apuesta por un régimen básico con especialidades relacionadas con la diversidad tipológica tenga cierta continuidad desde la perspectiva de los acuerdos afectados. Como ya se apuntó anteriormente, hay determinados acuerdos que, por su naturaleza, por los efectos que generan, por los intereses que afectan o por las implicaciones que tienen para la sociedad, deben admitir especialidad en la impugnación, sea restringiendo las causas, sea limitando la legitimación, sea reduciendo el plazo, y todo ello a partir de un régimen básico común aplicable a los acuerdos con carácter general y supletorio en lo que proceda. Se mencionaron supuestos como las variaciones significativas de la cifra de capital o las modificaciones estructurales, poniendo énfasis en los aumentos y reducciones de capital ya ejecutados y en las fusiones o escisiones ya inscritas, por su impacto sobre la estabilidad o sobre la posición de la sociedad. Pero hay también otros casos (el acuerdo de aprobación de las cuentas, diverso del de formulación, y con distinta incidencia si son cuentas auditadas o no, y aun si lo están con o sin reservas; el propio acuerdo de disolución, o bien el de solicitud de declaración de concurso adoptado por la junta general, etc.) que pueden ofrecer algún flanco a la especialidad de tra-



tamiento parcial por alguno de los motivos indicados.

Con independencia de que los cambios a introducir tengan mayor o menor dimensión, parece conveniente extender la voluntad reformadora al conjunto de los aspectos o materias que integran el régimen de la impugnación, tanto en el ámbito procesal como en el mercantil

Finalmente, y con independencia de que los cambios a introducir tengan mayor o menor dimensión, parece conveniente extender la voluntad reformadora al conjunto de los aspectos o materias que integran el régimen de la impugnación, tanto en el ámbito procesal como en el mercantil. En efecto, se han mencionado reiteradamente los aspectos mercantiles o sustantivos (causas y efectos de la impugnación), o aquellos otros vinculados (sanación, legitimación, caducidad), como susceptibles de revisión, pero la oportunidad no es menor en el ámbito procesal (el arbitraje y el laudo, las medidas cautelares, las garantías, el margen de arbitrio judicial, etc.), e incluso en el registral, especialmente a propósito de los efectos

de la sentencia sobre actos posteriores debidamente inscritos.

El resultado final de tal orientación parece bastante adecuado: un régimen básico general o común de impugnación, con especialidades en alguno o en varios de los aspectos que lo integran, relacionadas con la diversidad tipológica o con la peculiaridad de determinados acuerdos sociales. Obviamente, las especialidades habrán de ser de aplicación preferente cuando las haya, mientras que el régimen general será de aplicación supletoria en esos casos y de aplicación directa cuando no las haya.

A partir de estos criterios, puede abordarse el examen más concreto de los aspectos particulares del régimen de la impugnación con el fin de analizar sintéticamente las conveniencias de reforma que pueden plantearse en cada uno de ellos.

III. LOS ASPECTOS CONCRETOS OBJETO DE REVISIÓN

El régimen jurídico de la impugnación se integra por un conjunto de aspectos que, aun teniendo sustantividad propia, se encuentran en íntima relación entre sí: fácilmente se comprueba que la causa concreta de impugnación y la calificación vinculada a ella como sanción jurídica influyen decisivamente sobre la legitimación para impugnar en cada caso, sobre las posibilidades efectivas de subsanación, sobre



el plazo para ejercer la acción y, en última instancia, sobre los efectos de la sentencia estimatoria. Siendo esto así, es conveniente, no obstante, proceder a un breve examen diferenciado de cada aspecto con el fin de precisar mejor el alcance particular de una eventual revisión.

1. Las causas de impugnación

Tradicionalmente, las causas de impugnación se han venido configurando a partir de tres categorías (acuerdos ilegales, antiestatutarios y lesivos del interés social) ciertamente consolidadas en la dogmática jurídica. Pero los problemas de aplicación no derivan tanto de tal configuración como del automatismo con que se deduce la calificación jurídica de cada categoría y de la consiguiente sanción jurídica (nulidad o anulabilidad) derivada de esa calificación. Sería oportuno proceder a una delimitación más estricta de las causas de impugnación que implican nulidad del acuerdo mediante una enumeración exhaustiva de los supuestos a que queda reservada, por su gravedad, tal sanción. La elaboración de un *numerus clausus* de acuerdos nulos tendría también un efecto indirecto especialmente significativo: los demás acuerdos ilegales no expresamente mencionados, al igual que los antiestatutarios y lesivos, resultarían afectados de anulabilidad, convertida de este modo en regla general supletoria e implícita para cuando no opere la nulidad explícita. Obviamente, la principal dificultad en el uso de esta técnica de tasación de la nulidad, por la ponderada valoración que implica, estriba en definir correctamente el ámbito de gravedad en que la sanción de nulidad resulte proporcionada. Habrá casos singularmente claros, ya enunciados en otros ordenamientos: así, los acuerdos ficticios o inexistentes, los falsos, los adoptados fuera del orden del día, o prescindiendo totalmente del procedimiento o de los requisitos esenciales de adopción (el ejemplo de la junta pretendidamente universal a la que no concurrió todo el capital es bien conocido). Pero, en otros, resultará imprescindible introducir criterios más abiertos que luego habrán de ser valorados por el juzgador en el caso concreto, en la medida en que se basan en algún elemento jurídico indeterminado que implica cualificar el acuerdo: sería el caso de los acuerdos adoptados con infracción grave de los requisitos legales o estatutarios que disciplinan el procedimiento de celebración de la junta (convocatoria,

constitución, formación de la voluntad corporativa, etc.), con violación grave del derecho de información (en cuanto haya incidido directamente en la emisión del voto y en la formación de la mayoría requerida), con grave lesión de derechos de socio, con contrariedad de los principios configuradores del tipo o de las normas esenciales de protección de los acreedores sociales. Asimismo, dentro del espacio reservado a la nulidad habrán de tener cabida los acuerdos contrarios al orden público, circunscritos a los que lo sean por su causa o contenido, y no por vicios o defectos del procedimiento, ya acogidos en los supuestos específicos de nulidad.

Por su parte, la delimitación de la nulidad con carácter exhaustivo debe servir también, con dimensión negativa, para acoger la denominada *prueba de resistencia*, que tiende a la conservación de los acuerdos adoptados, excluyendo de la impugnación aquellos supuestos (participación en la reunión de personas no legitimadas, emisión de votos inválidos o errores de cómputo) en que el vicio o defecto no es determinante para la válida constitución de la junta o para la consecución de la mayoría exigida.

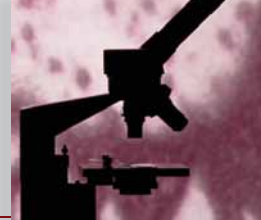
Finalmente, sería oportuno clarificar en este punto la distinción entre la impugnación y anulación de acuerdos determinados y la impugnación y anulación de la junta con carácter general, con el fin de evitar pretensiones selectivas de anulación impugnando solo determinados acuerdos, cuando para ello se aleguen vicios o defectos que invalidan la celebración de la junta general en su conjunto. Cualquiera de las dos soluciones posibles (bien impedir impugnaciones selectivas, si se objeta la validez global de la junta; bien extender la anulación a todos los acuerdos adoptados, cuando se estime una causa de impugnación que afecte a la validez de la junta y aunque solo alguno o algunos de ellos hubieren sido objeto de impugnación) puede ayudar al mismo objetivo, que no es otro que el de impedir un ejercicio incoherente, abusivo o marcadamente parcial de la facultad de impugnación, con amparo en la regla de congruencia entre la demanda y la sentencia. Tal vez pudiera llegarse a este resultado por otras vías procesales razonablemente usadas por el juzgador en el caso concreto, pero es evidente que un reconocimiento explícito de la distinción aportaría seguridad y certeza en cuanto a

los efectos de la impugnación y de la eventual sentencia estimatoria.

2. La legitimación

La legitimación para ejercer la acción de impugnación constituye un aspecto fundamental de su régimen jurídico, en la medida en que el criterio a adoptar para atribuirle condiciona decisivamente su efectividad real. El sistema actual, como es sabido, configura la legitimación como un derecho individual del socio, reconocido a todos los socios sin distinción cuando el acuerdo sea nulo y limitado para los acuerdos meramente anulables a los supuestos de ausencia, discrepancia formal y privación ilegítima del voto, todo ello sin perjuicio de la legitimación de los administradores, en todo caso, y de los terceros que acrediten interés legítimo frente a acuerdos nulos. Tal criterio, además de generar inseguridad interpretativa respecto al alcance de las condiciones exigidas, resulta hoy poco equilibrado, si se tiene en cuenta la tendencia cada vez más extendida de distinguir con más intensidad las causas de impugnación y la sanción jurídica del acuerdo afectado.

Resultaría oportuno, en esa línea, introducir aquí una modificación significativa, consistente en configurar como derecho de minoría discrepante, sin otras condiciones añadidas, la legitimación para impugnar los acuerdos anulables. En el caso de los acuerdos nulos, es razonable mantener la regla de legitimación amplia (los socios, como derecho individual, los administradores, los terceros con interés legítimo), porque se trata de facilitar su impugnación. Pero, en el caso de los acuerdos anulables, resulta desproporcionado el reconocimiento de legitimación individual, aun añadiendo otras condiciones a los socios que pretendan ejercerla. Parece adecuado, manteniendo la legitimación de los administradores que, estando afectados por el deber de ejecución, deben poder impugnar para eludir la eventual responsabilidad, vincular la legitimación de los socios a una posición más cualificada, en cuanto expresión de una porción de interés relevante, que es lo que normalmente ocurre con los derechos de grupo o minoría. Obviamente, la minoría puede ser ostentada por un socio individual que la detente o por socios agrupados para alcanzarla, y deberá tratarse no de un porcentaje fijo de capital, sino de un porcentaje variable, cuantitativamente proporcionado por tramos a la cifra de capital, para evitar



que en sociedades de gran volumen (las cotizadas, en particular) se produzca por esta vía una exclusión práctica del derecho a impugnar. La minoría, en todo caso, debería estar integrada por socios que hayan adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo (en la legislación alemana, se exige tener la condición de socio en el momento de la convocatoria de la junta general) y que hayan votado en contra del acuerdo anulable a impugnar, sin que baste la ausencia o la abstención, pudiendo con carácter general los estatutos reducir, y no aumentar, la porción de capital exigida en el concepto legal de *minoría*.

Cabría establecer, como ya han hecho otros ordenamientos, un derecho específico de resarcimiento o indemnización del perjuicio ocasionado por el acuerdo en cuestión. Dicha técnica ya conoce algún precedente en casos, como el de la fusión inscrita, donde la impugnación ha quedado excluida o reducida en ciertos casos

En la medida en que este criterio pueda menoscabar derechos de socios privados de legitimación, cabría establecer, como ya han hecho ordenamientos que han acogido este sistema de minoría, y con interesante alcance alternativo, un derecho específico de resarcimiento o indemnización del perjuicio ocasionado por el acuerdo en cuestión. Dicha técnica ya conoce algún precedente en casos, como el de la fusión inscrita, donde la impugnación ha quedado excluida o reducida en ciertos casos.

Por lo demás, la reforma en esta materia debiera proporcionar también ocasión para incorporar al sistema la regla de denuncia previa y tempestiva del vicio o defecto de forma en el proceso de adopción del acuerdo, como presupuesto para la legitimación posterior, cuando quien pretenda impugnarlo hubiera podido hacerlo en el momento oportuno.

Finalmente, la especificidad de la sociedad cotizada debe propiciar la extensión de legitimación tanto a las asociaciones de accionistas, al menos cuando agrupen una porción de capital que alcance minoría, como al supervisor (la CNMV, que podrá pe-

dir la suspensión del acuerdo impugnado y deberá publicar como hecho relevante la interposición de la demanda.

3. Los plazos de impugnación y la sanación de acuerdos viciados

Los plazos de impugnación, con efecto típico de caducidad de la acción, han venido estando también relacionados con las causas de impugnación y con la naturaleza de la sanción jurídica aplicable a los acuerdos afectados. No parece que haya inconveniente en mantener esa distinción ni en estimar razonable el tradicional plazo de un año para el caso de los acuerdos nulos, con la excepción de la no caducidad de los acuerdos contrarios al orden público, una vez establecido que esta categoría se circunscribe a los que lo son por su causa o contenido.

Sin embargo, en el caso de los acuerdos anulables, hay otras circunstancias a considerar: especialmente, la conversión de la legitimación individual en derecho de minoría aconseja disponer de un plazo más amplio que el vigente, de cuarenta días, habida cuenta de que la consecución de la porción de capital que alcance minoría puede necesitar de un tiempo prudencial para la agrupación, formalización, etc. Parecería, pues, razonable ampliar el plazo de caducidad (tres meses puede ser una buena referencia) para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos anulables.

Junto con ello, deberían eliminarse algunas incertidumbres en la determinación del *dies a quo* para el comienzo del cómputo. El sistema actual lo fija con carácter general en la fecha de adopción del acuerdo, pero permite usar la fecha de publicación en el *BORME*, si el acuerdo fuera inscribible, sin distinguir en ese caso si el acuerdo hubiera sido efectivamente inscrito o no, lo que genera dudas sobre la extensión real del plazo de caducidad. Es deseable una mayor certeza en la aplicación de reglas de las que depende la pervivencia de la acción y, a tal efecto, hay tres circunstancias que merecen consideración: en primer lugar, partir del hecho cierto de la inscripción, sin invocar el carácter inscribible o no del acuerdo, para iniciar el cómputo, en ese caso, desde la publicación en el *BORME* de los datos esenciales del acuerdo; en segundo lugar, habría que introducir la distinción entre acuerdos adoptados en junta y acuerdos adoptados por otro procedimiento que

pueda admitirse (por ejemplo, por escrito y sin necesidad de junta), pues así como en aquellos la fecha de adopción es un hecho más constatable, en estos debiera tomarse como referencia la fecha de recepción de la copia del acta; finalmente, debería considerarse también la hipótesis en que aquellos que pretenden impugnar hayan solicitado certificación de los acuerdos y las actas, ya que entonces el inicio del cómputo debería comenzar cuando los solicitantes hayan recibido de los administradores tal certificación.

Aunque es evidente que la temática de la sanación del acuerdo viciado, haciendo improcedente su impugnación cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, tiene sustantividad propia, resulta aconsejable incluir aquí una reflexión al respecto, teniendo en cuenta que el plazo de impugnación es el espacio natural de tiempo en que tal técnica puede operar con más eficacia. A tal efecto, debe distinguirse bien el momento: si aún está transcurriendo el plazo de impugnación y no hay demanda presentada, la iniciativa de revocar o sustituir el acuerdo es íntegramente de la propia sociedad; si ha transcurrido el plazo y no se ha producido la impugnación, el acuerdo ha quedado sanado una vez caducada la acción y ya no será necesario revocarlo o sustituirlo, aunque la sociedad pueda hacerlo por otras consideraciones. Pero si el acuerdo ha sido impugnado dentro del plazo y está ya bajo jurisdicción, el Juez mercantil que conoce del asunto debe tener un amplio margen de arbitrio propio para instar la sanación en alguna de las formas previstas, siempre que considere posible la subsanación de la causa de impugnación. En el sistema actual (artículo 207, 2), el Juez solo puede conceder plazo de subsanación a solicitud de la sociedad demandada, pero no de oficio o por iniciativa propia; se trataría, pues, de combinar ambas posibilidades para otorgar un plazo razonable de subsanación antes de señalar la fecha del juicio. Similar consideración cabría hacer cuando la solución del conflicto impugnatorio esté encomendada a una instancia arbitral.

Asunto distinto, y bien complejo, es el de distinguir las opciones concretas que la sociedad puede adoptar (revocar el acuerdo, renovarlo modificándolo, sustituirlo por otro, ratificarlo, etc.) y los efectos particulares que cada una de ellas tenga. Se trata de una cuestión llena de matices, en que la nítida



da diferenciación de hipótesis (eliminación del acuerdo, reiteración del mismo acuerdo con correcciones, adopción de un nuevo acuerdo con sustitución total o parcial del anterior, mera ratificación del adoptado, etc.) no siempre es sencilla. Pero probablemente se trate también de una cuestión fáctico-jurídica que tiene mejor análisis en el ámbito doctrinal como tarea de interpretación, o en el judicial como tarea de aplicación de una norma abierta al caso concreto. Pretender agotar en la norma la totalidad de supuestos y efectos no parece lo más aconsejable, a la vista de la casuística que puede aparecer.

4. El procedimiento de impugnación y el arbitraje

El procedimiento a seguir en la tramitación y resolución de la impugnación, en otro tiempo concebido con notable peculiaridad en la propia legislación societaria, fue reconducido, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2000, al juicio ordinario previsto en ella. Tal solución debe darse por válida en lo que supone de manifestación de la voluntad de suprimir procedimientos especiales, como en su momento se alegó. Posteriormente, al crearse los juzgados de lo mercantil en 2004, la competencia para conocer de las impugnaciones de acuerdos quedó residenciada en ellos, sin duda, con efectos positivos de especialización. Es notorio, no obstante, que la saturación experimentada por estos juzgados en el ámbito concursal, a

lo que se añade la prolongada duración media de las instancias posteriores, apelación y casación, no beneficia la agilidad con que los procesos de impugnación debieran quedar definitivamente resueltos, especialmente en aquellos casos en que la tardanza y la incertidumbre pueden llegar a comprometer seriamente el interés social a causa de la provisionalidad o el aplazamiento a que se ven sometidas complejas operaciones jurídico-económicas que resultan esenciales para la continuidad, la estabilidad o el desarrollo de la propia sociedad afectada, de sus socios o de sus potenciales inversores.

La reciente habilitación de la alternativa arbitral, mediante el expreso reconocimiento de la licitud de la cláusula compromisoria en los estatutos sociales en la reforma de la Ley de Arbitraje de 2011, supone, sin duda, un avance considerable, tras un largo periodo de vacilación registral y jurisprudencial, a pesar de que ciertos aspectos del régimen del arbitraje ofrecen aún dudas en una eventual regulación futura propiamente societaria. Cuestiones como la aptitud tipológica para el recurso al arbitraje (en todas las sociedades, o con excepción de las cotizadas), el tipo de arbitraje autorizado (institucional, de derecho, etc., con sus efectos en cuanto a la designación de árbitro), los requisitos y efectos de introducción de la cláusula cuando no está contenida en los estatutos originarios (acuerdo unánime de socios, mayoría cualificada, con o sin derecho de separación de discrepantes, vinculatoriedad de la cláusula, etc.), además de otros asuntos propios del régimen general

del arbitraje (delimitación de la materia arbitrable, aplicación de medidas cautelares, tramitación, ejecución del laudo, causas de anulación, recursos disponibles, etc.), necesitan aún de clarificación definitiva, aunque, obviamente, no se trata de cuestiones específicas de la impugnación.

En el marco descrito, la reflexión debería centrarse en la conveniencia de introducir algunas especialidades en el procedimiento judicial de impugnación, sin perjuicio de su trasvase a la alternativa arbitral, cuando sea procedente. A este respecto, se han sugerido, con más o menos insistencia, algunas reformas de las que me limito a dejar constancia: así, la habilitación de un trámite previo de admisión de la demanda, en el que podrían valorarse determinadas circunstancias cuando haya indicios suficientes (el uso desproporcionado de la facultad de impugnar cuando se pretende prolongar indebidamente su ejercicio frente a acuerdos que tienen alguna remota relación con otro acuerdo impugnado y anulado, el abuso patente de derecho, el abuso de minoría, la constatación de la denuncia previa del defecto ahora alegado por quien pudo hacerlo, etc.), todo ello antes de iniciarse formalmente el procedimiento de impugnación y con posibilidad de rechazar la demanda *ad limine* para no tener que resolver tales asuntos en la sentencia definitiva tras un procedimiento largo y costoso; la regulación más estricta de medidas cautelares, suspensión del acuerdo impugnado, exigencia de fianza, atribución de costas, publicidad y anotación preventiva de la demanda, etc. alguna de esas medidas serviría para estimular la prudencia y la reflexión en el ejercicio de la facultad de impugnar, actuaría como elemento disuasorio de demandas poco fundadas y, en definitiva, aportaría rapidez y seguridad, en muchas ocasiones.

Es también en este contexto procesal, sin perjuicio de su dimensión sustantiva, donde debe contemplarse la posibilidad ya aludida, por iniciativa societaria o judicial, de proceder válidamente a la subsanación del acuerdo defectuoso cuando sea posible, con los efectos consiguientes de eliminación de la pretensión impugnatoria aún no sustanciada, o de terminación del procedimiento iniciado, sea cual sea la instancia en que se encuentre, por pérdida sobrevenida de objeto.

Por lo demás, algunas precauciones ya previstas en la Ley de Sociedades de Capi-



tal tienen una innegable utilidad y deberían ser sustancialmente mantenidas: así, que la acción de impugnación se dirija procesalmente contra la sociedad; que el Juez deba nombrar a un representante procesal de la sociedad de entre los socios que votaron a favor del acuerdo cuando el demandante ostente la representación de la sociedad y la junta general no hubiere designado a nadie a tal efecto; que los socios que votaron a favor puedan intervenir a su costa en el proceso, en calidad similar a la del coadyuvante, para mantener la validez del acuerdo.

5. La sentencia de impugnación y sus efectos

La sentencia que resuelve la impugnación, una vez que alcanza firmeza, es una fuente de cuestiones y problemas de muy distinta naturaleza. Obviamente, si la sentencia es desestimatoria, el acuerdo impugnado permanece válido y habrá de levantarse la suspensión, si se hubiera dictado; en cambio, si la sentencia estima la demanda y declara nulo el acuerdo, los efectos pueden tener un alcance notable, tanto si el acuerdo no se había ejecutado aún como si, por no estar suspendido, se hubiera ejecutado en su totalidad o en parte, antes de la sentencia firme. Esta mezcla de efectos de la sentencia y del acuerdo, en esos casos, ya que cada uno tiene su propia dinámica de ejecución, suscita numerosas cuestiones, complejas y delicadas, teniendo en cuenta los diversos intereses que pueden verse afectados, sean de la sociedad, de los socios o de terceros.

Buena parte de esas cuestiones son de índole general, aunque presenten especialidades en relación con la impugnación de acuerdos, y habrán de ser resueltas aplicando reglas que están más en la Ley de Enjuiciamiento Civil que en la Ley de Sociedades de Capital. Así ocurre en relación con la ejecución de la sentencia (artículos 521 y 524, particularmente, en cuanto a su impacto registral), con el efecto de cosa juzgada (artículo 222, donde se sienta el principio de afectación de todos los socios, aunque no hubieran litigado) y con las causas de terminación del procedimiento (artículos 19 y 20, sobre renuncia y desistimiento, o artículo 22, sobre terminación por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto). Otros aspectos habrán de orientarse sobre los principios generales (materiales, procesales y registrales) que han venido afirmando la relatividad de la declaración de nulidad y la conservación de actos y contratos cele-

brados con terceros de buena fe en base al acuerdo impugnado, especialmente si, una vez adoptado, fue inscrito en el Registro Mercantil. Los conocidos principios de legitimación, presunción de validez y exactitud de lo inscrito, fe pública registral (que opera precisamente cuando el contenido del Registro resulta modificado por sentencia), oponibilidad de lo inscrito y publicado, etc., están suficientemente consolidados, tanto en el Código de Comercio como en el Reglamento del Registro Mercantil, y apoyan claramente esa tendencia limitativa de efectos, superponiéndose incluso sobre el debate tradicional del carácter declarativo o constitutivo de la sentencia, vinculado a la distinción entre nulidad y anulabilidad del acuerdo, y a la extensión *ex tunc* o *en nunc* de sus efectos.

La reciente habilitación de la alternativa arbitral, mediante el expreso reconocimiento de la licitud de la cláusula compromisoria en los estatutos sociales en la reforma de la Ley de Arbitraje de 2011, supone, sin duda, un avance considerable, a pesar de que ciertos aspectos del régimen del arbitraje ofrecen aún dudas en una eventual regulación futura propiamente societaria

Más allá de estos aspectos generales están las dos cuestiones concretas más significativas que cabe plantear desde la perspectiva de una eventual reforma.

En primer lugar, el impacto registral de la sentencia y, en su caso, del laudo arbitral. Mientras esta no es firme, solo cabe su anotación preventiva cuando disponga o permita la inscripción o cancelación de asientos registrales. Pero cuando la sentencia adquiera firmeza, el efecto registral operará a través del oportuno mandamiento judicial, sin necesidad de que se despache ejecución. Por un lado, la propia sentencia que estime la impugnación habrá de ser inscrita y publicada en el *BORME*, pero si el acuerdo impugnado está inscrito en el Registro, la sentencia determinará también la cancelación de tal inscripción, efecto que se extiende a los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella. Ocurre, pues, que el acuerdo impugnado, especialmente si no fue suspendido cautelarmente, ha po-

dido ser ejecutado, dando lugar a actos jurídicos que han tenido acceso al Registro. Y también han podido adoptarse otros acuerdos autónomos, no de ejecución, que traen causa o tienen relación con el impugnado, de modo que están en contradicción con la sentencia en la medida en que su contenido, vigencia o eficacia no pueda mantenerse una vez cancelada la inscripción del acuerdo base anulado. La cuestión es considerada en el artículo 208 de la Ley de Sociedades de Capital, que utiliza el criterio de la simple contradicción para aplicar el efecto registral expansivo de la sentencia. Ello plantea un problema de medida y de eventual ultra actividad de la sentencia, si el criterio de la contradicción se valora en términos amplios, teniendo en cuenta, además, que el fallo no tiene por qué determinar con exactitud qué asientos han de ser cancelados, ni al Juez tienen por qué constarle los asientos posteriores practicados, dejando al Registrador Mercantil tal apreciación. No es fácil eliminar por completo la incertidumbre a este respecto, pues el alcance de la cancelación dependerá del orden cronológico de los asientos, pero también del contenido material de cada uno y de la relación que exista entre ellos. Pero resultaría al menos oportuno acotar de alguna manera el ámbito de la contradicción, exigiendo que sea manifiesta, que se constate la relación entre asientos, que se motive la pérdida de contenido o eficacia de un asiento una vez cancelado el anterior, etc., de modo que el alcance del efecto expansivo se ajuste más a lo estrictamente necesario. Todo ello sin perjuicio de que la presunción de conocimiento de lo inscrito y la de su exactitud y validez permitan mantener los actos realizados frente a terceros de buena fe cuando se produzca la oportuna corrección registral.

Finalmente, aunque tenga un alcance más general, tiene relación también con los efectos de la sentencia (principalmente, en su vertiente de cosa juzgada) el problema de la reiteración de impugnaciones encadenadas o sucesivas que pretenden extender la anulación de un acuerdo indefinidamente a otros posteriores, y no solo cuando tal acuerdo ya ha sido anulado, sino también cuando está impugnado y aún no ha recaído sentencia. Los supuestos de la práctica societaria son bien conocidos: la impugnación de actos de administradores (la convocatoria de una junta, por ejemplo) cuyo nombramiento resulta luego anulado, o incluso mientras está impugnado; la impugnación de acuerdos de aprobación de



cuentas, o de acuerdos relacionados con la aprobación de cuentas (aplicación del resultado, reparto de dividendos, dotación de reservas, etc.), apoyados en la anulación o impugnación previa de cuentas anteriores; la impugnación de acuerdos o actos de ejecución derivados de modificaciones estatutarias, de la cifra de capital, estructurales, etc., previamente impugnadas. Es evidente que una eventual extensión *ad infinitum* de esta estrategia impugnatoria puede plantear situaciones de incertidumbre jurídica con grave daño para el interés social. Se trataría, por lo tanto, también aquí, de acotar la relación entre acuerdos mediante reglas claras que establezcan que la impugnación de un acuerdo solo puede ser base para la impugnación de otro si entre ambos hay una conexión directa, objetiva y sustancial, no meramente formal o remota, que impida la subsistencia del uno si no subsiste, o si decae, el otro. Muchos de los supuestos más frecuentes han sido ya objeto de sana orientación jurisprudencial, pero una regla legal clara al respecto ayudaría a fortalecer criterios más seguros y estables.

6. Aspectos relacionados

Concluida la exposición de los aspectos concretos del régimen de la impugnación que merecen análisis particular, procede una observación final complementaria que solo tiene por objeto mencionar otros aspectos relacionados.

En primer lugar, y en lo que se refiere a las bases normativas cuya infracción puede proporcionar causa de impugnación (tradicionalmente, la ley y los estatutos), hay que señalar que, en el contexto del buen gobierno corporativo, los reglamentos orgánicos (de la junta general y del consejo de administración), obligatorios en el caso de las sociedades cotizadas, han alcanzado un rango jurídico y funcional especialmente importante, subrayado por su necesaria publicidad registral y a través de la CNMV. No hay duda, en lo que aquí atañe, que su infracción puede fundamentar la respectiva impugnación de acuerdos, con efectos similares a los que derivan de la infracción estatutaria.

En segundo lugar, y como cuestión abierta, hay que mencionar la relación entre impugnación de acuerdos y pactos parasociales. Y no tanto para poner en duda el principio general de no oponibilidad a la sociedad, manifestado en la no impugnabilidad de acuerdos por desconocimien-

to o infracción del pacto parasocial, como para insistir en recientes tendencias que plantean un debate en algunos supuestos, como es el caso de los pactos omnilaterales suscritos por todos los socios en sociedades de capital fuertemente personalizadas. La eventual asimilación, ya apuntada, entre pactos omnilaterales y estatutos sociales, al menos en lo que afecta al funcionamiento interno de la sociedad, podría conllevar la aceptación de su infracción como base de impugnación. Pero probablemente se trate, al menos en esta fase de la discusión, más de una cuestión de alcance doctrinal y jurisprudencial que de un asunto de reforma legal.

El régimen de impugnación de determinados acuerdos (la aprobación de cuentas, modificaciones societarias, singularmente las estructurales, etc.) puede ser objeto de tratamiento especial que aclare su alcance y efectos de manera integrada y conjunta, teniendo en cuenta su naturaleza y los intereses afectados

En tercer lugar, como ya ha sido apuntado en algunos momentos de la exposición, el régimen de impugnación de determinados acuerdos (la aprobación de las cuentas, las modificaciones societarias, singularmente las estructurales, etc.) puede ser objeto de tratamiento especial que aclare su alcance y efectos de manera integrada y conjunta, teniendo en cuenta su naturaleza y los intereses afectados. Tal tratamiento sería preferible a la incorporación casuística de particularidades dejadas a la interpretación o a la integración normativa.

Finalmente, hay que observar que la reflexión sobre el modelo de impugnación de acuerdos está sustancialmente referida a los que proceden de la junta general de la sociedad. La aplicación supletoria de ese modelo a los acuerdos del consejo de administración, sin perjuicio de las especialidades de legitimación, plazos, etc., legalmente reconocidas, exigiría una consideración particular de adecuación normativa, teniendo en cuenta los estándares de composición, organizativos y de funcionamiento que se han extendido notablemente en las sociedades cotizadas a partir de la distinción entre la gestión y la supervisión, en el contexto de

normas y recomendaciones de buen gobierno corporativo. Porque no sería extraño que tal adecuación conllevara avances en la construcción de un régimen propio de impugnación de los acuerdos del consejo de administración que no fuera una mera extensión supletoria del de la junta general.

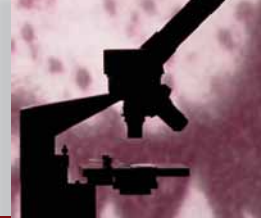
IV. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS EN LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

La propuesta de un nuevo Código Mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación y recientemente difundida por el Ministerio de Justicia contiene interesantes novedades en materia de impugnación de acuerdos sociales, muchas de ellas en línea similar a la mantenida en este trabajo. Aunque no sea esta la ocasión de proceder a un análisis pormenorizado de tales novedades, resulta oportuno añadir una breve indicación sobre su orientación.

El régimen de la impugnación de acuerdos sociales está incluido sistemáticamente en la Sección 3.ª del Capítulo IV («*Modos de adopción de los acuerdos sociales*») del Título I («*De las sociedades mercantiles*») del Libro II, dedicado al Derecho societario. El Título I recoge un conjunto amplio de normas comunes aplicables a los distintos tipos societarios, lo que supone que el régimen de la impugnación, contenido en los artículos 214-11 a 214-18, está concebido como parte de esas disposiciones.

El artículo 214-11 mantiene las categorías tradicionales de acuerdos impugnables (ilegales, antiestatutarios y lesivos), pero apunta ya a la especialidad con que debe ser contemplada la impugnación de los acuerdos sobre cuentas anuales y sobre modificaciones estructurales, además de declarar improcedente la impugnación de acuerdos dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otro.

Novedad significativa es la tasación o tipificación cerrada de acuerdos nulos, en el artículo 214-12, lo que convierte la anulabilidad en regla general explícita, tal y como establece el artículo 214-13. La lista de acuerdos nulos, como puede apreciarse, incluye los supuestos más significativos, añadiendo en algunos casos un requisito de «*gravedad de la infracción*», además de diferenciar la categoría de los acuerdos contrarios al orden público, que habrán de serlo por su causa o contenido. La delimita-



ción de lo impugnado se completa con dos circunstancias que hacen inimpugnado el acuerdo en que concurren: la participación de personas no legitimadas en su adopción y la invalidez de uno o varios votos, o su cómputo erróneo, siempre que tal irregularidad no haya sido determinante para la válida constitución del órgano o para la consecución de la mayoría exigible, expresión inequívoca de que la «prueba de resistencia» ha sido tomada en consideración en ambos casos.

El artículo 214-15 mantiene el plazo de caducidad de un año para los acuerdos nulos, con la excepción de los contrarios al orden público, pero lo eleva a tres meses para los acuerdos anulables, además de precisar mejor la cuestión del inicio del cómputo de tales plazos.

Ciertamente relevante es la novedad del artículo 214-16 en relación con la legitimación para impugnar: se mantiene la amplia legitimación tradicional para impugnar acuerdos nulos, pero, en el caso de los anulables, y para las sociedades de capital, se introduce la legitimación de la minoría, que los estatutos pueden reducir, formada por socios que no hayan votado a favor. La restricción de la legitimación se compensa con un derecho individual al resarcimiento del daño causado por el acuerdo impugnado. Además, en todo caso, se exige haber adquirido la condición de socio antes de la adopción del acuerdo y se impide la alegación de defectos de forma en el proceso de adopción a quien hubiera tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno.

Finalmente (artículos 214-17 y 214-18), se mantiene el juicio ordinario como procedimiento tipo para tramitar la demanda de impugnación, se clarifica la representación procesal en distintos supuestos y se incluye la posibilidad de que el Juez, a solicitud de la sociedad pero también de oficio, otorgue un plazo razonable para la subsanación de la causa de impugnación cuando resulte posible. Estimada la impugnación por sentencia o laudo arbitral, los efectos registrales (inscripción de la sentencia o del laudo y cancelación del acuerdo impugnado inscrito) se matizan, en relación con los asientos posteriores que deban ser cancelados, mediante una fórmula de alcance más restrictivo (los que resulten «manifestamente contradictorios con ella»).

Por lo demás, el artículo 283-22, en el ámbito de la sociedad cotizada, extiende la

legitimación para impugnar acuerdos nulos o anulables tanto a la minoría como a asociaciones de accionistas que la representen, además de la CNMV, que también puede pedir la suspensión del acuerdo, considerando la impugnación como hecho relevante, y como objeto de anotación preventiva en el Registro Mercantil cuando la demanda sea formulada por el organismo supervisor.

También reviste especialidad relevante el régimen de impugnación de la fusión previsto en los artículos 263-29 a 263-32: se distingue la impugnación del acuerdo de aprobación del balance de fusión de la impugnación del acuerdo de fusión propiamente dicho, que puede serlo antes de la inscripción y en el plazo de seis meses tras la inscripción, sin perjuicio de la aplicación del régimen de nulidad cuando se trate de fusión por creación de una nueva sociedad. Junto con ello, se acoge expresamente el principio de validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción, que no quedan afectadas por la nulidad de la fusión, así como el derecho de indemnización de socios y terceros por los daños y perjuicios que la fusión hubiere causado, de los que responden solidariamente la nueva sociedad, la sociedad absorbente y los administradores de las sociedades participantes.

Finalmente, el artículo 213-20, con excepción de la sociedad cotizada, habilita la cláusula estatutaria de arbitraje con carácter de arbitraje de derecho encomendado a una institución arbitral, con

exigencia de voto favorable de al menos dos tercios, cuando se trate de incorporar la cláusula a estatutos ya vigentes, y con mención expresa, entre otros supuestos, de la impugnación de acuerdos por socios o administradores como materia sometida al arbitraje.

Parece evidente que, visto en su conjunto, el nuevo régimen previsto para la impugnación supone una importante modernización en la materia, sin perjuicio de que haya cuestiones que puedan incorporarse o revisarse

Parece evidente que, visto en su conjunto, el nuevo régimen previsto para la impugnación supone una importante modernización en la materia, sin perjuicio de que haya cuestiones que puedan incorporarse (la distinción entre impugnación de acuerdos concretos e impugnación de la junta en su conjunto, por ejemplo) o revisarse. El proceso de información pública y tramitación parlamentaria a que la propuesta de Código Mercantil debe someterse a partir de ahora proporcionará, sin duda, ocasión para el debate y, en su caso, para la mejora de los aspectos que aquí simplemente han sido objeto de mención.



El beneficio de inventario y otras cuestiones de doctrina registral

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO
- II. IDENTIFICACIÓN DE EXTRANJEROS
- III. SOCIEDAD MERCANTIL CON OBJETO PROFESIONAL
- IV. USUFRUCTO GANANCIAL vs. USUFRUCTO CONJUNTO Y SUCESIVO
- V. DACIÓN EN PAGO BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA
- VI. HIPOTECA EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL FIADOR
- VII. ESCRITURAS OTORGADAS POR ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD MERCANTIL CON CARGO NO INSCRITO

I. ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO

La crisis económica ha hecho aumentar los supuestos de aceptación de herencia a beneficio de inventario, e incluso algún ca-



so de pretensión de reclamar al Notario por no haber asesorado sobre las consecuencias de una aceptación pura y simple.

En Derecho catalán, sin embargo, la conflictividad es menor, puesto que la actual regulación sobre la materia (arts. 461-

14 a 461-17 CCCat) supone en la práctica que la separación de patrimonios derivada del beneficio de inventario acabe por constituir el supuesto más habitual⁽¹⁾.

En ámbito de Derecho común, dos resoluciones, en los últimos meses, tratan del



tema. Empecemos por la última y más interesante, de fecha **18 de febrero de 2013**.

Se trata de una escritura de herencia, otorgada el día 12 del mes, en la que los herederos aceptan a beneficio de inventario, haciéndose constar, en relación con el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos para dicha forma de aceptación:

- Que, conforme al art. 1017 CC, se ha practicado, con treinta días de antelación, notificación por burofax al único acreedor (una entidad bancaria acreedora de un préstamo hipotecario sobre una finca integrante de la herencia), en la que se notifica que se va a proceder a la formación del inventario el día 8.
- Que los bienes, que los herederos se adjudican *pro indiviso*, quedan en administración hasta que se pague al acreedor, designándose a ambos herederos como administradores solidarios.

La Registradora aprecia dos defectos: que la citación tenía que haberse hecho por edictos y que la fecha que se anuncia para la formación del inventario no coincide con la del otorgamiento de la escritura.

Y la Dirección resuelve:

- a) Por un lado (y con este no habrían hecho falta más argumentos), que no corresponde al Registrador comprobar la legalidad de la aceptación a beneficio de inventario: de una parte, porque se trata de una situación de naturaleza personal que *«afecta exclusivamente a las relaciones entre los acreedores y herederos»*, de modo que si se ha producido la adquisición hereditaria, *«no puede negarse una inscripción con el argumento de proteger las relaciones personales, que no reales, entre los propietarios y sus acreedores»*; de otra, porque el Registrador no tiene medios para hacer esa comprobación.
- b) Pero, además, entiende la Dirección que sí *«se han cumplido todas las exigencias de la ley para la aplicación del beneficio de inventario»*, señalando, en relación con los requisitos cuestionados, que la citación por burofax se ajusta a lo previsto en el art. 1014 CC (*«La notificación ha de ser fehaciente, pero no se exige la fehaciencia notarial»*) y que la autorización de la escritura en fecha posterior a

FICHA TÉCNICA



Resumen: Análisis pormenorizado de la regulación del denominado *beneficio de inventario* en la aceptación de una herencia, así como otras cuestiones de interés tales como identificación de los extranjeros, sociedades mercantiles, etc.

Palabras clave: Herencia, beneficio de inventario, extranjeros, sociedad mercantil con objeto profesional, usufructo, dación en pago, etc.

Abstract: Xx xx xxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxx xxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxx

Keywords: xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxx

la anunciada no contradice el art. 1017 CC (*«En efecto, el inventario ha comenzado dentro de treinta días desde la citación, con la aportación de todos los datos para su confección, y ha concluido mediante el otorgamiento de la escritura de aceptación y partición de la herencia dentro de otros sesenta días, luego todo se hizo dentro del plazo que la ley establece»*).

- c) Añadiendo (pese a que no consta que esta cuestión hubiese sido planteada por la Registradora) que la administración legalmente prevista ex art. 1026 CC hasta que se pague a acreedores y legatarios *«carece de trascendencia real, por lo que no tiene acceso al Registro de la Propiedad»*.

XXXXXXXXXXXX xx xxxxxx xxxxx
 XXXXX xxxxxxx xx xxx x xxxxx xx
 xxx XXXXXXXXXXXX xx xxxxxx xxxxx
 XXXXXXXXXXXX xx xxxxxx xxxxx xxxx
 xxxxxxxx xxxxxxxx

A la luz de todo lo cual surgen algunas cuestiones de interés:

1. ¿Cuáles son los efectos de la aceptación a beneficio de inventario en un caso como el que es objeto de la Resolución?

Imaginemos el supuesto, perfectamente habitual, de que el único bien de la herencia sea el inmueble hipotecado. El efecto es obvio: dado que el acreedor no puede rechazar la subrogación del heredero en la posición del causante, se encuentra con un nuevo deudor frente al cual solo va a poder cobrar hasta donde alcance el valor del inmueble. Y dado

que en nuestro Derecho la responsabilidad del heredero a beneficio de inventario es *cum viribus* y no *pro viribus*, quiere decirse que el deudor va a poder saldar la deuda con la propia finca: la ansiada dación en pago incorporada a la hipoteca del heredero.

Ahora bien, ¿hasta cuándo se mantiene esa situación? Mientras el heredero vaya pagando sus cuotas, el acreedor no puede reclamarle la deuda, pero ¿va a poder siempre el heredero desentenderse de dicha deuda entregando la finca? Entiendo que sí, pero con condiciones: siendo la limitación de responsabilidad derivada de la aceptación a beneficio de inventario una excepción a la regla general que comporta un empeoramiento de la posición del acreedor, no debería el mismo verse incrementado como consecuencia de una eventual depreciación de la garantía respecto de su valor al tiempo de la aceptación (valor que debería, por lo tanto, en ese caso, determinar el límite mínimo de esa responsabilidad).

2. En relación con los **efectos derivados de la falta de cumplimiento de los citados requisitos**, la Dirección los deja claros: *«Los herederos quedarán con el carácter de herederos puros y simples y los acreedores del causante podrán exigirles el pago de sus créditos por entero»*.

Conviene, sin embargo, aclarar si se trata de un efecto inherente a todo supuesto de incumplimiento de esos requisitos. Concretamente, si alcanza a aquellos casos en que la aceptación tiene que ser forzosamente a beneficio de inventario, como lo es el de aceptación a través de representante legal (padres

o tutor), a menos que se obtenga autorización judicial.

Es el supuesto, por ejemplo, de que trata la **Resolución de 1 de junio de 2012**: la elevación a público de un contrato privado de compraventa en la que comparecen los hijos herederos del vendedor fallecido, haciéndolo una de las hijas en su propio nombre y, además, como tutora de su hermano incapacitado, lo que constituye, como acertadamente señala la nota de calificación, una **aceptación tácita de la herencia** (ex arts. 999 y 1000, 1.º CC), que, en el caso, no fue realizada a beneficio de inventario y tampoco con la autorización judicial que requiere para la aceptación pura y simple el art. 271.4 CC.

RIVAS MARTÍNEZ, en su obra *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo I, pág. 1290, recoge la opinión de ALBALADEJO, como propia de la doctrina dominante, de que «en los casos impuestos por la ley, con o sin tales requisitos, el heredero solo responde del pasivo con el activo. En consecuencia, la limitación de responsabilidad se mantendría aunque se infringieran las normas de garantías, por acción u omisión del heredero o su representante legal, sin perjuicio de la responsabilidad por daños a que hubiere lugar».

En el supuesto de la Resolución que se comenta, la Dirección parece acoger dicha doctrina cuando, pese a reconocer ciertamente el defecto, indica, no obstante, que el mismo «ha de considerarse **subsancionable mediante la correspondiente declaración de la tutora en documento público en el sentido de realizar la aceptación a beneficio de inventario en nombre del incapacitado**».

Al respecto, la Dirección cita su Resolución de 16 de julio de 2007, en la que una escritura de adjudicación (no se realiza formal y expresamente la aceptación) de herencia a favor de una fundación es calificada con el defecto de no cumplirse el art. 22-1 *in fine* de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, según el cual: «La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario». La Dirección señala que de dicho precepto se concluye que «la aceptación (tácita, en el caso examinado, en tanto que en ningún momento se emplea en la escritura la palabra acepta-

ción) es siempre necesariamente a beneficio de inventario, sin que para considerar producidos los efectos del mismo en favor del heredero sea preciso, por lo tanto, que el llamado declare querer utilizar dicho beneficio ex artículo 1014 del Código Civil».

De todo lo cual parece que puede concluirse:

- a) Que en aquellos casos en que la aceptación debe entenderse *ex lege* hecha a beneficio de inventario, dicha mención no tiene por qué constar expresamente en la escritura. Sería el caso, además del citado en relación con las fundaciones, de la aceptación por parte del Estado (arts. 957 CC y 20-1 LPAP, este último aplicable también a la sucesión testamentaria). Y, en Catalunya, todos los supuestos a que se refiere el art. 461-16 CCCat., citados en nota *ut supra*.
 - b) Que en aquellos otros en que para la aceptación pura y simple se requiere autorización judicial, la hecha a beneficio de inventario no requiere otras formalidades que la constancia de tal mención en la escritura.
 - c) Que, en uno y otro caso, el no cumplimiento de los demás requisitos previstos en los arts. 1010 y s. CC no impedirá los efectos del beneficio de inventario, que no se perderá:
 - Por no principiar o concluir este en los plazos y formas prescritos (frente a la regla general contraria del art. 1018 CC).
 - Y tampoco en los supuestos del art. 1024 CC, por dejar de incluir a sabiendas algún bien o derecho, o por enajenar los mismos sin autorización antes de completar el pago de las deudas y legados.
3. Enlazando precisamente con este último punto, y retomando el supuesto general, creo que merece destacarse la conveniencia de prestar atención, en los supuestos de **transmisión de bienes o derechos procedentes de adquisición hereditaria**, al caso de que esta hubiere sido hecha mediando aceptación a beneficio de inventario,

por cuando, **en Derecho común**, y como acabamos de ver, si el heredero no ha finalizado el pago de las deudas del causante o la entrega de los legados ordenados por el mismo, la transmisión hecha sin autorización implicará la extinción de los efectos del beneficio de inventario.

El heredero que actúa fraudulentamente en los pagos y realizaciones de bienes y, en general, en la administración de la herencia beneficiaria pierde el beneficio de inventario

En Derecho catalán no existe una norma tan clara, pero el supuesto de hecho podría dar lugar a la misma consecuencia, si se considera que el heredero ha contravenido lo previsto en el art. 461-25-5 CCCat, según el cual: «*El heredero que actúa fraudulentamente en los pagos y realizaciones de bienes y, en general, en la administración de la herencia beneficiaria pierde el beneficio de inventario*».

4. Dejo para el final dos cuestiones que, pudiendo ser de menor importancia, creo que trascienden (cuando menos, la segunda) de la mera anécdota:
- a) La primera se refiere a si es posible que, careciendo el Registrador, como dice la Resolución, de medios para controlar la legalidad de la aceptación a beneficio de inventario, la Dirección sí disponga de ellos y pueda, por lo tanto, concluir que «se han cumplido todas las exigencias de la ley para la aplicación del beneficio de inventario».

Entiendo que no. Es decir, el Registrador no tiene, efectivamente, medios para comprobar el cumplimiento de los requisitos legales de la aceptación a beneficio de inventario, porque, al margen de los que se mencionan en la calificación, hay que tener en cuenta los plazos a que se refieren los arts. 1014 a 1016 CC⁽²⁾, los cuales se cuentan, en algún caso, desde momentos de difícil o imposible determinación objetiva, como son aquel en que el interesado supiere ser tal heredero o el día en



que hubiese gestionado la herencia como heredero.

Pero la misma dificultad o imposibilidad con que se encuentra el Registrador afecta a la Dirección, por lo que esta podrá resolver en relación con los defectos planteados, pero no parece lógico que lo haga (como, sin embargo, hace), en términos generales, en relación con todos los requisitos legales.

- b) La segunda cuestión no tiene, según mi modesto entender, respuesta convincente, cual sería la que explicara por qué el criterio, sensato y coherente, que sigue la Dirección en la Resolución de 18 de febrero, según la cual «no puede negarse una inscripción con el argumento de proteger relaciones personales, que no reales, entre los propietarios y sus acreedores», no se atiende de igual modo cuando se trata de reinscribir el dominio al ejercitarse una condición resolutoria, hablando entonces de la necesidad de «tutelar el interés de cualesquiera terceros puedan proyectar algún derecho» sobre las cantidades consignadas (véase la Resolución de 25 de enero de 2012).

II. IDENTIFICACIÓN DE EXTRANJEROS

1. El supuesto de hecho

La **Resolución de 11 de abril de 2012** plantea una cuestión recurrente y, sin embargo, quizá no suficientemente aclarada, cual es la de la correcta identificación del otorgante extranjero de un documento notarial. En el caso resuelto, relativo a una constitución de sociedad en la que se hace constar como datos identificativos de un compareciente extranjero, residente en España, su NIE, la Registradora plantea el defecto de que «no consta el número de la tarjeta de residencia, porque su reseña se refiere al NIE, cuyo número no se corresponde con aquel (artículo 38.6 del RRRM)».

El artículo citado exige que se haga constar, respecto de los comparecientes extranjeros, además de las circunstancias exigibles también a los españoles, la nacionalidad y:

a) El número de:

- **identificación de extranjeros**
- *el de su **pasaporte***
- *el de su **tarjeta de residencia***
- *el de **cualquier otro documento legal de identificación**, con declaración de estar vigentes.*

- b) *Igualmente, se consignará el **número de identificación fiscal**, cuando se trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria.*

Y la Dirección interpreta correctamente el precepto señalando que «de la dicción del mismo resulta, por lo tanto, la necesidad de hacer constar dos series de números: la correspondiente al documento utilizado para identificar a la persona y la correspondiente al identificador fiscal. La dicción reglamentaria, que procede del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, no contempla la posibilidad de que ambas coincidan, cuestión respecto de la cual la regulación actual no permite ninguna duda».

Así pues, viene a decir que si consta el NIE, debe entenderse acreditado también el NIF. Pero lo que no aclara es la duda que surge de la redacción del precepto, según la cual parece que el «número de identificación de extranjeros» y el de su «tarjeta de residencia» pueden ser diferentes.

No basta con hacer constar el NIE, sino que se exige que conste también el número de la tarjeta de residencia. Esto es lógico no solo para el redactado del artículo que se cita, sino también porque en la tarjeta de identidad de extranjero figuran dos números: el que se ha dado en llamar **número de soporte** (ángulo superior derecho) y el NIE (parte inferior izquierda)

Y eso es lo que, a mi juicio, la Registradora planteaba. Para ella no basta con hacer constar el NIE (cuya equivalencia con el NIF no cuestiona), sino que exige que conste también el número de la tarjeta de residencia. Esta es una cuestión que tiene sentido plantear, si se atiende no solo al redactado

del artículo que cita, sino también al hecho de que en la tarjeta de identidad de extranjero figuran dos números: el que se ha dado en llamar **número de soporte**, que figura en el ángulo superior derecho, y el NIE, que figura en la parte inferior izquierda. Cabe, por lo tanto, preguntarse si basta con hacer constar este último, o si debe hacerse mención también del primero. La respuesta parece que ha de ser negativa, aunque la Dirección, centrándose sobre todo en la equivalencia entre el NIE y el NIF, solo de modo tangencial menciona la normativa que así lo determina.

2. Normativa aplicable

1) La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al establecer, en su art. 1, la delimitación del ámbito, después de dejar claro que «se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, los que carezcan de la nacionalidad española», y que «lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y los tratados internacionales en los que España sea parte», indica:

3.—Los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

La página web del Ministerio del Interior (<http://www.interior.gob.es/extranjeria-28/regimen-general-189>), consultada en fecha 12 de abril de 2013, incluye (sin cita de la norma, pero reproduciendo su redactado) dicho supuesto entre aquellos que «quedan excluidos del ámbito de aplicación de la citada Ley», en referencia a la Ley 4/2000.

2) El actual Reglamento de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, establece:

- En su art. 207, que: «Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse, según corresponda, mediante:

- a) El **pasaporte o documento** de viaje que acredite su identidad.
- b) El **visado**.

c) **La tarjeta de identidad de extranjero.**

Excepcionalmente, podrá acreditarse dicha situación mediante otras autorizaciones o documentos válidamente expedidos a tal fin por las autoridades españolas».

— En su art. 210, regula la tarjeta de identidad de extranjero, señalando, en síntesis:

- a) Es el documento destinado a identificar al extranjero a los efectos de acreditar su situación legal en España.
- b) Deben disponer de ella todos los extranjeros a los que se les haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses.
- c) Deben solicitarla en el plazo de un mes desde su entrada en España (visado) o desde que la autorización sea concedida o cobre vigencia, respectivamente.
- d) Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de una autorización de residencia y trabajo de temporada.
- e) Corresponderá a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil la organización y gestión de los servicios de expedición de las tarjetas de identidad de extranjero en las oficinas de extranjería o comisarías de policía.

— Y en su art. 206, en relación con el NIE, lo define como un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial, del que serán dotados los extranjeros que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Los extranjeros a cuyo favor se inicie un procedimiento para obtener un documento que les habilite para permanecer en territorio español que no sea un visado; en este caso, deberá ser concedido de oficio por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.
- b) Aquellos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería; en este caso, deberá ser concedido de oficio por

la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

- c) Aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España; en este caso, se deberá interesar de dicho órgano la asignación del indicado número, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- Que no se encuentren en España en situación irregular.
- Que se comuniquen los motivos por los que solicitan la asignación de dicho número.

Los extranjeros podrán solicitar personalmente el NIE a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, directamente o a través de las oficinas de extranjería o comisarías de policía.

En el caso de que el extranjero no se encuentre en territorio español en el momento de la solicitud, solicitará la asignación de NIE a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a través de las oficinas consulares de España en el exterior.

El procedimiento habrá de ser resuelto en el plazo máximo de cinco días desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
XXX XXXXXXXXXXXX XX XXXXXXX XXXXX
XXXXXXXXXXXXXX XX XXXXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXX XXXXXXXXX

3) El art. 3 del 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 (que entró en vigor el 28 de marzo de 2007), artículo titulado «Derechos», establece, en su n.º 1, como tales, también en síntesis y por lo que ahora interesa, los de entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo cumplimiento de las formalidades previstas por este y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo.

A continuación, en su n.º 2, extiende dichos derechos a determinados familiares del ciudadano de la Unión, cualquiera que sea su nacionalidad.

Y en su n.º 3 señala que: «*Los titulares de los derechos a que se refieren los apartados anteriores que pretendan permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, según el procedimiento establecido en la presente norma*».

Es decir, que la disposición de tarjeta de residencia aparece contemplada únicamente en relación con el «familiar de ciudadano de la Unión», y no con el ciudadano en sí, para el cual se prevé la expedición de un certificado de registro. Así se confirma en los arts. 6, 7 y 8, en los que se hace referencia, respectivamente:

- Al pasaporte o documento de identidad en vigor, como suficiente para la estancia inferior a tres meses.
- Al certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros, para la residencia por más de tres meses.
- A la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, para la residencia por más de tres meses del familiar que no sea nacional de la Unión.

4) La Orden Ministerial de 7 de febrero de 1997, por la que se regula la tarjeta de extranjero (modificada por la Orden Ministerial de 14 de julio de 2008), al determinar, en su artículo (o número) sexto, el contenido de la tarjeta, incluye, desde luego, el NIE, pero no contiene referencia alguna al llamado *número de soporte*, que tampoco aparece en el ejemplo gráfico del Anexo a dicha Orden, siendo en posteriores emisiones cuando se introdujo el mismo.

Así, la nota informativa elaborada por la Agencia Tributaria en febrero de 2008, y circulada por la Dirección, ya se refiere a ese «*número de soporte*», aunque no le atribuye relevancia específica ninguna.

La tarjeta de identidad de extranjero puede ser, según el número quinto, dos, de la Orden Ministerial:

- Permiso de residencia.
- Permiso de residencia y trabajo.



- Tarjeta de estudiante.
- Tarjeta de régimen comunitario.
- Tarjeta de refugiado.
- Tarjeta de trabajador fronterizo.

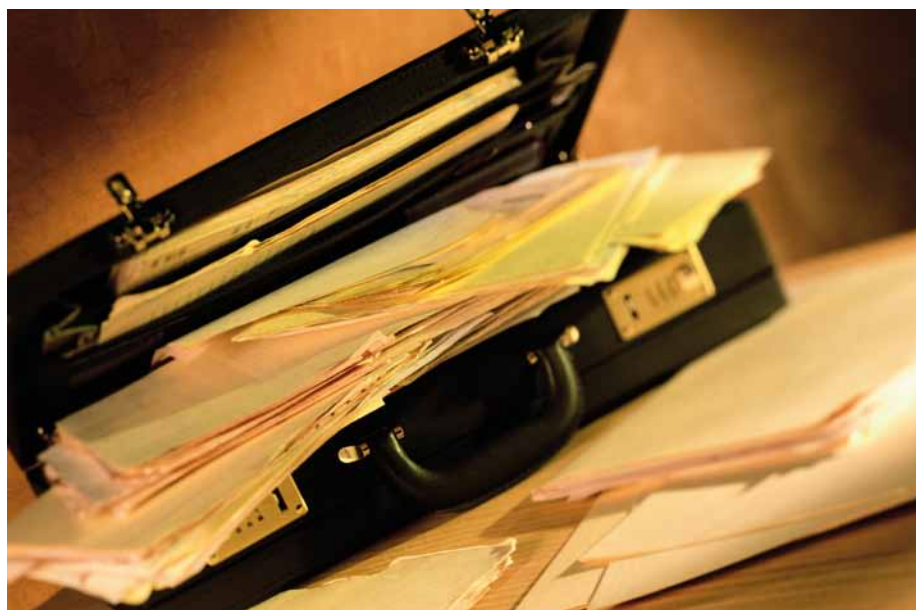
Es oportuno distinguir entre lo que serían documentos que permiten la identificación del extranjero y aquellos datos que deben hacerse constar, según los casos, para esa correcta identificación

Cuando la citada nota informativa de la Agencia Tributaria se refiere a las «variantes posibles para la identificación policial de extranjeros», recoge dichos distintos tipos de documento, que, además, parecen ser la única referencia impresa en el documento físico. Ello haría lógico plantearse si hay que especificar el tipo de permiso que dicha tarjeta incorpora. Sin embargo, de acuerdo con los números quinto y sexto de la Orden, no parece que pueda concluirse sino que tales especificaciones son menciones de un único documento con regulación legal, cual es la «tarjeta de identidad de extranjero». En consecuencia, bastaría con referirse a la misma, sin mayor concreción, y al NIE que incorpora para que la identificación deba considerarse correctamente hecha.

3. Algunas conclusiones generales

Parece oportuno distinguir entre lo que serían documentos que permiten la identificación del extranjero y aquellos datos que deben hacerse constar, según los casos, para esa correcta identificación. Y ello separando los supuestos de extranjero no residente y extranjero residente.

- Al **extranjero no residente** se le identificará, en todo caso, por su pasaporte o documento de identidad de su nacionalidad, cuyos datos se habrán de reseñar sin perjuicio de la referencia que más adelante haremos a los casos en que sea necesario un NIF.
- En cuanto al **extranjero residente**, la regla general es que se identifique con la tarjeta de identidad de extranjero, en la cual constará el NIE, único que



es necesario hacer constar a efectos identificativos, conforme a lo resuelto por la Dirección en la Resolución que comentamos. No es necesario, por lo tanto, hacer referencia ni al «número de soporte» ni al tipo de tarjeta (permiso de residencia, tarjeta de estudiante, etc.).

Dicho NIE está integrado por nueve caracteres: una letra inicial, que empezó siendo la X (una vez agotada la serie numérica correspondiente a la letra X, se continuó siguiendo el orden alfabético; así, a partir de julio de 2008, pasó a ser la Y), seguida de siete dígitos o caracteres numéricos y de un código o carácter de verificación alfabético. Puede haber, sin embargo, casos en que el extranjero alegue ser residente, pero no disponer de tarjeta. Esa es, en efecto, la situación respecto del extranjero comunitario, que desde que entró en vigor el nuevo Reglamento de Extranjería no puede tener tarjeta. Con el anterior Reglamento (Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero), si bien se reconocía al ciudadano comunitario que reuniera los requisitos pertinentes su derecho a residir sin tarjeta, se le permitía tenerla si lo solicitaba (art. 6)⁽³⁾. Ahora dicho ciudadano deberá inscribirse en el Registro Central de Extranjeros y solicitar que se le expida un certificado con su NIE, único documento acreditativo de su residencia en España. Pero, dado que tal certificado no acredita la identidad, dicha acreditación deberá hacerse mediante pasaporte o documento de identidad en vigor.

Por el contrario, el extranjero no comunitario que alegue residir legalmente en España sí deberá tener, en principio, tarjeta de identidad de extranjero. Pero también existen casos de excepción a considerar:

- a) Así, hay que tener en cuenta que el art. 210 del Reglamento de Extranjería le concede un mes para solicitar la tarjeta desde que le ha sido expedido el visado o la autorización de residencia.
- b) Y también que están exceptuados de dicha obligación (tarjeta de identidad de extranjero) los titulares de un permiso de residencia y trabajo de temporada.

Fuera de estos supuestos, que habría que acreditar, mi opinión es que no se debe aceptar una mención de residencia en España que no se acredite formalmente. Si atendemos a lo dispuesto en los antes transcritos arts. 207 y 210 del Reglamento de Extranjería, creo que puede aceptarse que el extranjero indique un domicilio en España a los efectos que se consideren pertinentes, pero que el documento notarial no debería dar por buena sin más una manifestación de residencia que no esté debidamente justificada.

Al margen de lo que es la identificación propiamente dicha, pero por la relación que indudablemente presenta con la misma, hacemos una breve referencia al NIF.

En primer lugar, para recordar que el NIE, ya conste en la tarjeta de identidad de

extranjero, ya en el certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros (caso de ciudadanos comunitarios), es, al mismo tiempo, el NIF del extranjero, conforme a lo previsto en el art. 20 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria⁽⁴⁾.

Si el extranjero no tiene NIE y la operación que va a formalizar exige disponer de NIF (y con independencia de que este pueda acreditarse con posterioridad), el extranjero podrá:

- a) Solicitar el NIE, al que tienen derecho, conforme a lo previsto en el art. 206 del Reglamento de Extranjería, *«aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España»*. Teniendo en cuenta, eso sí, que las bases de datos de los ministerios del Interior y de Hacienda no parecen estar lo sincronizadas que sería de desear, con lo que la eficacia del NIE como tal NIF no es inmediata. El procedimiento se detalla en el citado artículo, arriba extractado.
- b) Solicitar el NIF a la Administración Tributaria, conforme al ya citado art. 20 del Real Decreto 1065/2007, que así lo prevé para el caso del extranjero que vaya a realizar operaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Dicho número estará integrado por nueve caracteres: una letra inicial, que será la M, destinada a indicar la naturaleza de este número; siete caracteres alfanuméricos, y un carácter de verificación alfabético. El NIF del extranjero tendrá validez en tanto el titular no obtenga el NIE, obviamente, cuando estuviere obligado a ello⁽⁵⁾.

Excede del ámbito y propósito de estos comentarios, pero no debe dejarse de advertir, que la cuestión relativa a la residencia en España del ciudadano extranjero se complica cuando se habla de *residencia fiscal*, concepto distinto al examinado y básico, no obstante, a la hora de determinar la aplicabilidad o no de normativa como la del Impuesto sobre la Renta de No Residentes y las obligaciones que de la misma se derivan en supuestos de transmisiones de bienes.

III. SOCIEDAD MERCANTIL CON OBJETO PROFESIONAL

La **Resolución de 5 de marzo de 2013** trata de una constitución de SL que tiene

por objeto, entre otras actividades, el asesoramiento en materia administrativa, contable, fiscal, jurídica y laboral.

El Registrador rechaza la inscripción, en el artículo relativo al objeto social, de la referencia al asesoramiento jurídico, por ser *«actividad profesional sometida a la Ley específica 2/2007, de 15 de marzo»*.

La Dirección, citando la STS de 18 de julio de 2012, da la razón al Registrador, y anuncia ya el cambio de criterio respecto del que se había venido sosteniendo desde la Resolución de 21 de diciembre de 2007, que fue objeto de anulación por la Audiencia Provincial y, en último término, por la citada Sentencia del Tribunal Supremo. Recordemos que, en el supuesto de dicha Resolución, el objeto social incluía también el *«asesoramiento técnico, financiero, contable, comercial, fiscal, laboral, jurídico»*, y que la escritura contenía, igual que en la de la Resolución que comentamos, la clásica previsión de que *«quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad. Cuando la Ley exija para el ejercicio de alguna de las actividades comprendidas en el objeto social algún título profesional, deberá realizarla por medio de persona que ostente la titularidad requerida»*.

Pues bien, si en 2007 la Dirección entendía necesario que el Registrador tuviera en cuenta *«no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzcan efecto (cfr. artículos 1281, 1284 y 1285 del Código Civil)»*, ahora, por el contrario, centra toda su atención en el dato objetivo de lo que se dice que constituye el objeto social.

Así, en 2007, un objeto como el indicado, acompañado de las clásicas previsiones estatutarias antes indicadas, permitió a la Dirección entender que *«no se trata propiamente de la fundación de una sociedad profesional, sino de constituir una sociedad cuya finalidad sea, como admite la Ley especial, “la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no solo de intermediaria para que sea este último quien la realice, sino también*

de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas”».

Se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que, cuando se quiera constituir una sociedad distinta y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente

Ahora, por el contrario:

- Se renuncia a cualquier pretensión de averiguar esa supuesta voluntad de los otorgantes mediante la valoración global de las cláusulas del documento, con el fin de darle el sentido más adecuado para que produzcan efecto.
- Se considera que la citada previsión estatutaria es una *«obvia exigencia legal, pero no resuelve la cuestión central de determinar si la actuación realizada por el profesional la realiza en nombre de la sociedad, como ejecutada directamente bajo la razón o denominación social, y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente, en cuyo caso sería una sociedad profesional, o la realiza bajo su nombre y exclusiva responsabilidad, como profesional, en cuyo caso no estaríamos en presencia de una sociedad profesional»*.
- Y, finalmente, se concluye que *«una correcta interpretación de la Ley de Sociedades Profesionales debe llevar al entendimiento de que se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que, cuando se quiera constituir una sociedad distinta y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente»*.

La doctrina se ajusta a la repetida STS de 18 de julio de 2012, la cual prioriza, frente a



los criterios hasta ahora defendidos por la Dirección, lo que la Exposición de Motivos de la Ley concreta como la «*creación de certidumbre jurídica sobre las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional*».

Se puede estar de acuerdo o no con el cambio de criterio, pero la conclusión indiscutible es que la regulación prevista en la Ley de Sociedades Profesionales dista mucho de ser satisfactoria, y que los problemas no van a acabar a raíz de esta Sentencia del Tribunal Supremo o Resolución de la Dirección. Entre otras cosas, porque el método para conseguir esa certidumbre no deja de ser cambiar una presunción por otra: si con arreglo a la doctrina anterior se entendía que la repetida cláusula de estilo permitía presumir que lo que se constituía no era una propia sociedad profesional, ahora la mera inclusión de un objeto profesional obliga a presumir lo contrario.

Hay que recordar que, en su momento, la cuestión se planteó en términos de gran trascendencia, porque a 16 de diciembre de 2008 vencían los plazos previstos en la disp. trans. 1.ª de la Ley para la Adaptación de las Sociedades Profesionales, que determinaba la disolución de pleno derecho de las que no se hubieran adaptado a la nueva Ley. Y parece haberse olvidado que entonces la Dirección entendió (sin que ello la llevara a recibir apenas reproches) que la mera mención en el objeto de una actividad profesional no debía llevar a la calificación sin más de la sociedad como profesional (y, en su caso, como disuelta, por no haberse adaptado en plazo), porque resultaba de imposible apreciación por el Registrador la concurrencia del requisito previsto en el art. 1-1 LSP del «*ejercicio en común de una actividad profesional*», ya que, según dicha norma, para que el mismo exista, es necesario que «*los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social, y les sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente*».

En cualquier caso, la mayor importancia de la cuestión deriva seguramente de que el régimen de las sociedades profesionales presenta ciertas singularidades que conviene recordar sucintamente, en cuanto se refiere a la responsabilidad por las deudas de la sociedad, que se regula en el art. 11 de la Ley⁽⁶⁾, con arreglo al cual:

- Por las deudas sociales «*generales*» o «*no profesionales*», responde, según el n.º 1, la sociedad, quedando la responsabilidad del socio limitada (en las SA o SL) al valor de su aportación.
- En cambio, con arreglo al n.º 2, tratándose de deudas derivadas de actos profesionales, a la responsabilidad general anterior se le añade la responsabilidad solidaria de los profesionales intervinientes, sean o no socios.

Además, para evitar una eventual pretensión de eludir este régimen de responsabilidad reforzada, la disp. adic. 2.ª, n.º 1, de la Ley establece que el mismo «*será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley. Se presumirá que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación*».

La inscripción en el Registro Mercantil, por sí misma, no va a dar cobertura a una sociedad para evitar el régimen de responsabilidad de la Ley de Sociedades Profesionales, si se dan las circunstancias previstas en la disp. adic. 2.ª, n.º 1

De acuerdo con lo anterior, la primera pregunta que surge es cuál es la situación al respecto de todas aquellas sociedades constituidas e inscritas al amparo de la anterior doctrina de la Dirección, es decir, sociedades con objeto que incluye una actividad profesional, que, al no decirse lo contrario, la Dirección ha entendido que se trata de una sociedad de medios o intermediación. Porque si en dicha sociedad participan dos o más profesionales que, tal y como dice la norma, «*desarrollan públicamente su actividad bajo una denominación común, o emiten documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación*», les alcanzaría la norma de presunción y, por lo tanto, se les aplicaría el régimen de responsabilidad reforzada del art. 11 LSP.

¿Bastaría para evitar lo anterior el hecho de no reunir los demás requisitos de

constitución de una sociedad profesional y figurar, sin embargo, inscritas en el Registro Mercantil, para invertir la presunción y seguir aplicando la que en su día aplicó la Dirección, para no considerarla sociedad profesional?

Lo dudo, pero creo, en cualquier caso, que el problema no acaba ahí. En mi opinión, la inscripción en el Registro Mercantil, por sí misma, no va a dar cobertura a una sociedad para evitar el régimen de responsabilidad de la Ley de Sociedades Profesionales, si se dan las circunstancias previstas en la disp. adic. 2.ª, n.º 1, es decir:

- a) Una pluralidad de profesionales.
- b) Una actividad profesional en los términos del art. 1.1 de la Ley, esto es, la que exige una determinada titulación e inscripción en el correspondiente colegio profesional.
- c) Un ejercicio colectivo de la actividad, que se presumirá que existe cuando se desarrolla bajo una denominación común, o cuando bajo la misma se emiten facturas, minutas o recibos.

Y ello ocurre no solo con las sociedades inscritas como «*presuntamente no profesionales*» al amparo de la anterior doctrina de la Dirección, sino también con aquellas que, antes o ahora, se constituyan e inscriban como teóricas sociedades de intermediación o de medios y, sin embargo, reúnan esos requisitos para la aplicación de la responsabilidad extendida de la disp. adic. 2.ª, n.º 1.

Obviamente, la presunción legal podrá ser destruida por prueba en contrario, pero, en todo caso, los interesados deben saber con certeza qué tipo de sociedad quieren constituir y qué tipo de sociedad (y con qué régimen de responsabilidad) están realmente constituyendo, porque, en principio, una sociedad de medios o de comunicación de ganancias no realiza actividad alguna, profesional o no profesional, en el mercado, y, por lo tanto, no podría emitir facturas al cliente, mientras que la sociedad de intermediación sí lo hace, aunque su actividad no tiene carácter profesional, de modo que la factura que emita no podría ser una factura por servicios profesionales. Si así se hiciera, y se dieran los demás requisitos de la disp. adic. 2.ª, n.º 1, podría resultar difícil destruir la presunción legal de ejercicio colectivo de la actividad y evitar la extensión

de responsabilidad a los profesionales intervinientes.

IV. USUFRUCTO GANANCIAL vs. USUFRUCTO CONJUNTO Y SUCESIVO

La posibilidad de constituir un usufructo conjunto sobre un bien ganancial ha sido reconocida desde hace ya tiempo por la Dirección. La principal cuestión que habitualmente ha sido objeto de dudas y controversia se ha planteado en relación con la necesidad de incluir el derecho de usufructo en la liquidación de gananciales al fallecimiento de uno de los cónyuges. Esta materia ha sido objeto de tratamiento por la Dirección no solo con ocasión de una sucesión hereditaria, sino, incluso con mayor frecuencia, ante la pretensión de efectuar algún acto de disposición sobre la finca sin haber practicado la liquidación de gananciales.

Así, en la **Resolución de 30 de junio de 2012**, constando inscrito en el Registro un usufructo comprado por el marido, casado en gananciales, se pretende su cancelación al fallecimiento del mismo, alegando el Registrador que, tratándose de un derecho ganancial, hay que incluirlo en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Y en la **Resolución de 28 de noviembre de 2012** se trata de una finca inscrita a nombre del hijo en nuda propiedad por

venta que le hicieron sus padres, casados en gananciales, con reserva del usufructo vitalicio, «*que se extinguirá al fallecimiento del último de ellos*». Fallecido el marido, su viuda y el hijo pretenden disponer de la finca, exigiendo la Registradora que previamente se liquide la sociedad de gananciales o, cuando menos, que intervengan los herederos del marido difunto.

En el estudio de la materia, parece haberse impuesto la necesidad, a la hora de abordarla con pretensión de una cierta claridad, de distinguir entre lo que es la titularidad del derecho, por una parte, y su posible carácter ganancial, por otra⁽⁷⁾.

Esa titularidad va a determinar, en unos casos, la duración del usufructo, de modo que, una vez fallecido el titular, queda extinguido el usufructo, pero no siempre va a ser así, y la Dirección pone como ejemplo, en la Resolución de 30 de junio de 2012, el caso de venta del usufructo, que hace que el mismo pase a ser de titularidad del comprador, pero que su duración siga viniendo determinada por la vida del vendedor.

Pues bien, trasladando la cuestión al ámbito que tratamos, que es el del usufructo titularidad de cónyuge o cónyuges casados en régimen de gananciales, puede ocurrir algo parecido.

Salvo error u omisión, cuatro resoluciones de la Dirección han sido las que han dado lugar a los estudios más interesantes

sobre la materia: las de 10 de julio de 1975, 31 de enero de 1979, 21 de enero de 1991 y 25 de febrero de 1993. Y todas ellas aparecen citadas en una u otra de las dos resoluciones que comentamos, si no en ambas⁽⁸⁾.

Con intención didáctica, la Resolución de 28 de noviembre de 2012 plantea algunas hipótesis y ofrece su correspondiente solución, señalando, en apoyo de la misma, una, otra o varias de las cuatro resoluciones que hemos citado, a las que resulta necesario acudir para intentar entender cuál es, en último término, la doctrina del Centro Directivo. Asumiendo los riesgos de la simplificación, podría decirse que dicha doctrina tiene tres pilares básicos:

- 1) Que, como excepción a la regla general de los arts. 392 y 393 CC, relativos a la comunidad romana por cuotas, el usufructo conjunto a favor de varias personas a que se refiere el art. 469 CC constituye una comunidad que (calificada o no de *germánica*) provoca en todo caso que, al fallecimiento de una de ellas, se produzca el acrecimiento a la otra que prevé el art. 521 CC.
- 2) Esta regla no se ve alterada por el hecho de que dichas personas estén casadas en régimen de gananciales y el usufructo reúna los requisitos generales de un derecho de carácter ganancial.
- 3) Sin embargo, ese usufructo de carácter ganancial se ve sustancialmente modificado, en relación con los efectos derivados del fallecimiento de uno de los cónyuges, cuando al mismo se le añade convencionalmente la consideración de «*sucesivo*».

A partir de ahí, y esquematizando también, la Dirección distingue entre el supuesto de titularidad individual de uno de los cónyuges y el de titularidad conjunta de ambos, planteándose a continuación las consecuencias derivadas de la defunción de alguno de ellos:

- A) La hipótesis de titularidad individual trataría del supuesto en que Juan, casado en gananciales con María, adquiere a título oneroso el usufructo vitalicio de la finca. Nos encontramos con un derecho de usufructo cuya titularidad corresponde a Juan, sin perjuicio de que tenga carácter ganancial y de que, como tal, en el Registro aparezca inscrito «*para la sociedad de gananciales*» o «*con*





carácter presuntivamente ganancial», en función de lo que se hubiere hecho constar en el título de adquisición.

A.1) Fallece Juan. Es el caso de la Resolución de 30 de junio, que la Dirección resuelve aplicando la doctrina contenida en la Resolución de 31 de enero de 1979, en la que apoya su recurso el Notario. Falleciendo el adquirente, desaparece el titular del derecho, la persona «a cuya vida está unida la existencia de este derecho», el cual, en consecuencia, quedará extinguido por aplicación del art. 513.1 CC, consolidándose el pleno dominio en los nudos propietarios y, dice la Dirección, «siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal».

A.2) Fallece María. Es el supuesto preciso que la Dirección resuelve en 1979. Si el que fallece es el cónyuge del adquirente, el usufructo subsiste hasta tanto no fallezca su titular. Y es precisamente la subsistencia del usufructo, unida al fallecimiento de uno de los cónyuges, lo que obliga a determinar los derechos de los implicados, en particular, los herederos del cónyuge difunto.

No existe titularidad conjunta, sino que, «por el contrario, se trata de la adquisición por una única usufructuaria, con la particularidad de que dicha compra, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 1401, tiene el carácter de ganancial».

La consecuencia de todo ello es que «resulta necesario que a la muerte del otro esposo se requiera o que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique el bien en la forma que estimen todos los interesados, o que al menos consientan los herederos del marido en la transmisión operada».

B) Juan y María, casados en gananciales, adquieren el usufructo vitalicio de la finca sin prevención adicional alguna. Surge una titularidad conjunta de un derecho de usufructo de carácter ganancial. Fallece uno de ellos: el usufructo subsiste hasta el fallecimiento del otro cónyuge, pero ingresa en la masa ganancial disuelta y pendiente de liquidación, liquidación en la que puede in-

cluso ser adjudicado a los herederos del premuerto.

Aunque la Dirección cita como apoyo o referencia las resoluciones de 31 de enero de 1979 y de 25 de febrero de 1993, ni en una ni en otra se da una coincidencia plena con el caso hipotético que plantea: en la Resolución de 1979, porque, como acabamos de ver, había un solo titular, y en esta lo son los dos cónyuges; en la de 1993, porque en realidad el título de adquisición incluye ese «pacto de acaecimiento entre los esposos inscrito en el Registro» de que hablaba la Resolución de 1979, al que, sin embargo, la Dirección no atribuye eficacia, por haber sido estipulado en el año 1972, cuando el Código Civil todavía no permitía la contratación entre cónyuges⁽⁹⁾.

En relación con la adquisición de usufructo en favor de los dos y, a partir de la muerte de uno de ellos, en favor del cónyuge que sobreviva, su solución depende de la calificación de bien privativo o ganancial que haya de darse al derecho de usufructo

Interesa hacer notar que, en esta Resolución de 1993, la Dirección indica, en relación con la adquisición de usufructo «en favor de los dos y, a partir de la muerte de uno de ellos, en favor del cónyuge que sobreviva», que «la solución de esta cuestión depende de la calificación de bien **privativo o ganancial** que haya de darse al derecho de usufructo», pareciendo resolver, por lo tanto, que de no resultar ganancial, habría que considerarlo privativo, cuestión que en seguida veremos cómo posteriormente matiza.

C) El otro supuesto de titularidad conjunta se refiere al caso de que, cuando Juan y María, casados en gananciales, adquieren conjuntamente el usufructo vitalicio, se agrega, además, que es «sucesivo».

En el caso de la Resolución de 28 de noviembre de 2012, la cual, como decíamos, trata de la disposición de una finca por parte de la viuda y el nudo propietario, realmente la constitución del usufructo con dicho carácter se ha-

bía realizado por vía de reserva al transmitirse la nuda propiedad: la escritura decía, concretamente, «con reserva del usufructo vitalicio, que se extinguirá al fallecimiento del último de ellos, venden la nuda propiedad de esta finca», pero la inscripción se practicó «a favor de don E. T. M y doña J. M. J. con carácter ganancial». La Dirección critica «los términos equívocos en que está practicada dicha inscripción [que] obligan, para resolver el presente recurso, a determinar previamente el **carácter ganancial o conjunto y sucesivo** que se debe entender atribuido al citado usufructo, pues si por un lado se indica su carácter ganancial, por otro se especifica que solo se extinguirá al fallecimiento del cónyuge sobreviviente».

Nótese que ahora la contraposición ya no es entre usufructo ganancial y usufructo privativo, sino entre usufructo ganancial y usufructo conjunto y sucesivo, señalando la Dirección que «la indicación contenida en el título constitutivo al reservarse el usufructo (constitución por deductio) de que “no se extinguirá hasta el fallecimiento del último de ellos” [de los cónyuges] implica una **modalización** del régimen de la sociedad de gananciales que debe interpretarse en la forma más adecuada para que produzca efectos, conforme al artículo 1284 del Código Civil, y no sea una cláusula inútil o redundante».

La Dirección confirma así que el usufructo de titularidad conjunta sobre bienes gananciales no se extingue sino a la muerte del último de los usufructuarios, pero, salvo «previsión o pacto de acrecimiento», el mismo no pierde su carácter (que podríamos calificar de) «*cient por cien*» ganancial y, por lo tanto, al fallecimiento del primero de los cónyuges, debe incluirse en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Si, por el contrario, existe esa previsión o pacto, el usufructo ve moralizada su condición de ganancial, acrece al cónyuge superviviente y, por lo tanto, no debe incluirse en la liquidación. En relación con esa previsión de acrecimiento, la Dirección realiza dos pronunciamientos importantes:

a) En primer lugar, respecto al fundamento de esta postura, señala que «es obvio que si los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial (cfr. v. gr. Resolución de

25 de septiembre de 1990), pactando o no compensación a cargo de los bienes privativos y **causalizando** tal desplazamiento, conforme al principio de libertad de contratación entre cónyuges (cfr. artículo 1323 del Código Civil), también han de poder pactar respecto de un usufructo ganancial su carácter de sucesivo, de forma que persista íntegro y no se consolide ni total ni parcialmente con la nuda propiedad sino hasta el momento del fallecimiento del sobreviviente, acreciendo, entre tanto, la parte vacante por fallecimiento del premuerto al supérstite, conforme a lo pactado en el título de su constitución, en este caso, por vía de reserva (cfr. artículo 467 del Código Civil)».

- b) En segundo lugar, en relación con la forma en que puede hacerse esa atribución (y lo que ha sido más discutido: esa causalización), a la Dirección le parece suficiente —en base «al principio de innecesariedad de utilización de fórmulas sacramentales consagrado por esta Dirección General (cfr. resoluciones de 3 de noviembre de 2001 y de 9 de marzo de 2012)»— la mención en el título de que el usufructo se adquiere o se reserva por los cónyuges con carácter sucesivo (sea esa la expresión o alguna otra de las habitualmente utilizadas: «no se extinguirá hasta el fallecimiento del último», etc.). «Esta cláusula significa que, a pesar de estar constituido [...] sobre bienes gananciales, el usufructo pasa al cónyuge supérstite y queda excluido de la liquidación de gananciales».

La única aproximación a una causa típica la hemos visto en la Resolución de 21 de enero de 1991, en donde la Dirección habla de la posibilidad de donación *inter vivos*, frente a la idea del Registrador, asumida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de que se estaba ante una donación *mortis causa*, prohibida de acuerdo con el art. 1271 CC. Hoy en día, sin embargo, admitido desde hace tiempo el negocio de «comunicación de bienes» entre cónyuges sin más necesidad que la constancia de su carácter oneroso o gratuito, creo que resultaría ciertamente difícil exigir una mayor causalización para admitir el pacto estudiado.

V. DACIÓN EN PAGO BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA

El supuesto de hecho que da lugar a las resoluciones que vamos a comentar parece bastante asociado a un entorno de crisis económica, que lleva a acreedores y deudores a buscar fórmulas alternativas para la satisfacción de las deudas. Cuando esas fórmulas, de un modo u otro, incorporan algún tipo de facilidad o flexibilización para el pago de la deuda, e introducen algún bien propiedad del deudor (en el caso, bienes inmuebles) como posible forma de pago, aparece el «fantasma» del pacto comisorio, amenazando la licitud de la propuesta.

Para analizar cuándo se da y cuándo no esa licitud, es imprescindible recordar la **Resolución de 13 de marzo de 2000**, que se cita en las dos que vamos a comentar y que sustenta, según los recurrentes, la validez del negocio que se instrumenta.

La Resolución de 13 de marzo de 2000 refiere el supuesto de una escritura autorizada por Rodrigo Tena, Notario de Madrid, en la que una sociedad reconoce adeudar a unos profesionales una determinada cantidad en concepto de honorarios, regula unas formas alternativas de pago y, finalmente, se establece que «en el supuesto de que los acreedores no hayan recibido el pago de la deuda en alguna de las formas previstas, y bajo la condición suspensiva antedicha, la entidad constructora da en pago, a cada uno de los acreedores, determinadas plazas de garaje que se describen en la escritura».

El Registrador de la Propiedad califica negativamente la escritura, y en su informe señala que la dación en pago de deudas sujeta a condición suspensiva se asimila a la compraventa en garantía e implica que estamos en presencia de un pacto comisorio (arts. 1859 y 1884 CC), ya que el acreedor persigue un fin prohibido legalmente (apropiarse de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito) y, por lo tanto, nulo radicalmente.

El Notario informa, en resumen, en los siguientes términos:

- a) Que **lo fundamental es atender a la causa** del negocio, que es la que mejor revela la voluntad de las partes, y no podemos incluir en la prohibición de comiso aquellos supuestos en los que la falta de pago es un simple presupuesto de una auténtica transmisión, sino solo

aquellos en los que se busca fundamentalmente la garantía.

- b) Que, en este caso, no se busca la garantía, sino la liquidación de la deuda a través de una **dación en pago actual** de una **deuda** perfectamente causalizada que tiene un origen anterior a la escritura, que es **exigible** y que no está garantizada; lo que los acreedores **buscan es la liquidación de la deuda** en el plazo más breve posible, preferentemente, en metálico, y prueba de ello son las variadas posibilidades de pago que se ofrecen y los sucesivos aplazamientos acordados para facilitar esa primera solución.
- c) Que, por lo tanto, **el Registrador pretende tergiversar** la voluntad de las partes, al pensar que el acreedor consiente en prorrogar el vencimiento del crédito a cambio de que se le garantice el pago de la deuda con un bien que, en caso de incumplimiento, podrá ser objeto de apropiación.
- d) Señalando que, aunque así fuere, hay argumentos para excluir el juego de la prohibición, que son los que defienden la validez del pacto *ex intervallo*, y el mismo Tribunal Supremo es permisivo en este punto (entre otras, STS de 7 de febrero de 1989).

En el presente supuesto, la dación en pago, más que garantía de un préstamo impuesta por el prestamista, tiene una finalidad solutoria

Aunque el Presidente del Tribunal Superior de Justicia da la razón al Registrador, la Dirección acaba por resolver a favor del recurrente, acogiendo las razones del Notario, al decir:

En el presente supuesto, la dación en pago, más que garantía de un préstamo impuesta por el prestamista, tiene una **finalidad solutoria**, puesto que:

a) Por una parte, la deuda está ya vendida y es exigible.

b) Por otra, el hecho de que la misma esté sometida a diversas **condiciones suspensivas y el alargamiento del plazo por los acreedores revele que lo queri-**



do por los mismos es el pago de lo que se les adeuda, y no el abuso de su posición, que se podría haber dado con más claridad si no existiera la condición.

A continuación, la Dirección hace una interesante referencia a que «el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva no puede presumirse, ni esta aplicarse extensivamente».

Por lo tanto, el argumento principal sobre la base del cual se resuelve es el de excluir que la finalidad de la operación sea de garantía, y ello lo basa en que la deuda está vencida y es exigible, así como en el alargamiento del plazo por los acreedores y el mismo sometimiento de la dación a la condición suspensiva.

Pues bien, con este antecedente, se publican dos resoluciones con supuestos de hecho similares, y en las que hay que adelantar que la Dirección rechaza la dación en pago sujeta a condición suspensiva.

La primera es la **Resolución de 20 de julio de 2012**, en la que los hechos son los siguientes: un reconocimiento de deuda, en concepto de préstamo, que el deudor se obliga a devolver en el plazo de treinta días, con unos intereses del 20 %. En la misma escritura se pacta una dación en pago del deudor a favor del acreedor, sujeta a la condición suspensiva de que a la fecha prevista para la devolución de la cantidad adeudada no se hubiere hecho esta efectiva, circunstancia que se acreditaría por acta notarial de requerimiento de pago; si, por el contrario, del acta resultare que se había efectuado el pago, la transmisión devendría ineficaz.

Llega el día previsto y se requiere de pago al deudor mediante acta notarial por correo certificado con acuse de recibo, de la que no resulta actuación ni respuesta alguna por dicho deudor.

La Registradora entiende que se trata de un pacto comisorio prohibido y la Dirección así lo entiende, calificando el supuesto de «construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, puede apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor [...], que en aplicación de la jurisprudencia y doctrina expuestas obliga a su rechazo registral».

Ciertamente, si la razón que llevó a la Dirección a aceptar el supuesto de la Resolución del año 2000 era la consideración de

su finalidad solutoria, frente a la prohibida de garantía, parece que ciertas circunstancias permiten sospechar que, en este caso, puede ser al contrario. En este sentido, la Dirección llama la atención sobre el hecho de que «no solo se está reconociendo la existencia de una deuda líquida [...], sino que, además, se fija un plazo para su pago [...] y se pacta que hasta dicha fecha se devenguen intereses remuneratorios [...], de forma y manera que en la fecha en que se formaliza la dación en pago no se trata de una deuda líquida, vencida y exigible (a diferencia de lo que sucedía en el caso resuelto por la Resolución de 13 de marzo de 2000, citada por el recurrente)».

Es decir, que de los dos elementos que se consideraron que fundamentaban la idea de la finalidad solutoria en el caso anterior falta ahora el primero, puesto que no tenemos una deuda vencida y exigible. Y no la tenemos porque, dice la Dirección, se están pactando unos intereses y se está fijando un plazo para pagar capital e intereses. Aquí la Dirección no parece considerar el plazo como argumento de apoyo de la interpretación de esa finalidad solutoria, entendemos que porque, tratándose de un préstamo formalizado el mismo día (se supone que simultáneamente), la concesión de un plazo para su devolución es consustancial a la naturaleza del contrato y al interés más elemental del prestatario, y no contribuye a revelar ninguna intención solutoria en la dación en pago.

Por su parte, en la segunda, **Resolución de 22 de febrero de 2013**, existe de nuevo un reconocimiento de deuda, en este caso, derivada de ciertos trabajos de construcción, una parte de la cual se paga mediante una compensación de créditos; otra, mediante la entrega de un cheque, y en cuanto al resto, se constituye por la deudora, a favor de la acreedora, un derecho de opción de dación en pago recayente sobre diferentes inmuebles, a ejercitar dentro de determinado plazo que se inicia unos años después del otorgamiento de la escritura. Se añade la previsión de que quedaría extinguido el derecho de opción por el pago de la deuda antes de su ejercicio, pago que podría hacerse con la venta de los inmuebles, destinando necesariamente al mismo el precio obtenido (con reducciones de innecesaria mención ahora), y venta para la cual se incluye una concesión al optante de la gestión, en determinadas condiciones.

Pues bien, con todos estos elementos, la Dirección sorprende un tanto calificando el

supuesto como de *pacto comisorio prohibido*, dada su finalidad de garantía, y lo equipara no al de la Resolución de 13 de marzo de 2000, sino al de la Resolución de 20 de julio de 2012, con mención expresa de esta.

¿Cuál es el argumento? Pues, en esencia, entender que la concesión de un aplazamiento para el pago y para la efectividad de la transmisión, que en el año 2000 permitía apoyar la interpretación de la finalidad solutoria de la operación, implica ahora, en cambio, su consideración como de garantía.

Y digo que resulta un tanto sorprendente porque:

- Por un lado, el supuesto (más complejo, sin duda, en este caso, por el conjunto de su instrumentación) no parece esencialmente distinto al de entonces. Y si en aquel momento, previéndose como se preveía un plazo para el pago, se dijo y aceptó expresamente que la deuda estaba vencida y era exigible, no se entiende por qué ahora ese plazo supone que «*durante ese tiempo se mantiene la deuda como no exigible, sin que el concedente esté obligado a pagarla*».
- Por otro, porque el resto de los argumentos que apoyaban entonces una tesis son los mismos que ahora apoyan la opuesta:
 - Así, ese mismo aplazamiento, que entonces revelaba que lo querido por los acreedores «*es el pago de lo que se les adeuda, y no el abuso de su posición*», ahora significa todo lo contrario.
 - Si entonces se argumentaba a favor de la finalidad solutoria «*el hecho de que [la dación en pago] esté sometida a diversas condiciones suspensivas*», ahora resulta que la finalidad de garantía resulta apreciable, por cuanto hasta el momento en que nace la facultad de optar «*la entidad acreedora cuenta con la garantía de la opción que todavía no puede ejercitar o consumir, pero sí hacerla valer como derecho preferente frente a cualquier otro derecho que pueda constituir en ese tiempo el dueño de las fincas*».
 - Si en su día resultaron convincentes los argumentos del Notario de que constituían prueba de esa finalidad solutoria «*las variadas posibilidades de pago que se ofrecen*», ahora esas

posibilidades se vuelven en contra de dicha interpretación, porque, si se permite al deudor pagar la deuda con el precio obtenido por la venta de las fincas, antes de que el acreedor ejercite la opción, en realidad lo que ello implica es que *«en ese lapso de tiempo se refuerza la garantía del optante al establecer una limitación a la facultad dispositiva del dueño, que puede vender, pero pagando la deuda en la misma escritura de compraventa»*.

A pesar de que, como decía, en su instrumentación el supuesto es bastante más complejo que el de la Resolución del año 2000, los elementos sustanciales parecen coincidir: una deuda reconocida, a satisfacer por determinados medios, no utilizándose los cuales entraría en juego la dación en pago prevista. Una diferencia que sí cabe apreciar es que, si bien en el caso resuelto en el año 2000 los efectos de la dación estaban *«automatizados»*, en caso de no utilizarse dichos medios de pago alternativos, ahora se prevén como facultad del acreedor, que podrá ejercitar la opción o no. Sin embargo, no es este el obstáculo que la Dirección aprecia para la admisibilidad del negocio, sino el entendimiento de que el mismo implica la no exigibilidad de la deuda hasta el momento en que el acreedor puede ejercitar la opción.

Lo que es consecuencia del contenido de las resoluciones estudiadas es la posibilidad de la utilización de la dación en pago sujeta a condición suspensiva como modo de extinción de una deuda, siempre que esta no haya perdido su condición de vencida y exigible

Dejando al margen lo discutible de que unos elementos que en un caso apoyan una argumentación se puedan convertir en argumentos a favor de la posición contraria, lo que sí parece resultar consecuencia del contenido de las resoluciones estudiadas es la posibilidad de la utilización de la dación en pago sujeta a condición suspensiva como modo de extinción de una deuda, siempre que esta no haya perdido su condición de vencida y exigible. Y también que, tal y como se reconoció en la Resolución de 2000, el hecho de pactar un plazo para

el pago no implica necesariamente que la obligación deje de ser exigible: confirmándose el plazo como un mero elemento accesorio de la forma de pago acordada de una obligación vencida y exigible, y la dación como una alternativa para el caso de no efectuarse el pago en dicha forma, parece que debería admitirse el negocio; más aún cuando, como se reconoce expresamente en la Resolución del año 2000, *«el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva no puede presumirse, ni esta aplicarse extensivamente»*.

VI. HIPOTECA EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL FIADOR

Dos resoluciones recientes (tres, en realidad, aunque las dos últimas son idénticas) tratan sobre la posibilidad de garantizar al fiador el futuro crédito que surgiría a su favor para verse reembolsado por el deudor si, por no haber cumplido este su obligación, se ve obligado dicho fiador a hacerlo en su lugar.

La **particularidad** de estas resoluciones radica en que **la fianza se ha constituido sobre varias obligaciones de dicho deudor principal**, por lo que se plantea si la garantía real a favor de aquel encaja entre las posibilidades que nuestro Derecho reconoce.

En la **Resolución de 28 de junio de 2012** se plantea la Dirección si puede inscribirse una hipoteca de máximo constituida en garantía de una línea de afianzamiento concedida por una sociedad de garantía recíproca por las deudas de uno de los socios partícipes de la misma.

De entre las distintas posibles hipotecas de máximo, la Dirección señala:

- Que la constituida no encaja entre las reguladas por el **art. 153 LH**, puesto que no se trata de garantizar el saldo derivado de la apertura de una cuenta corriente.
- Y descarta también que quepa su constitución al amparo del **art. 153 bis LH**, porque el mismo solo es aplicable a las hipotecas constituidas a favor de Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios, Seguridad Social o entidades financieras reguladas por la Ley 2/1981, de 5 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, entre las que no se incluye a las sociedades de garantía recíproca.

Y entra a analizar si cabe su constitución conforme a la regulación de las hipotecas en garantía de obligaciones futuras contenida en los **arts. 142 y 143 LH y 238 RH**.

Si cabe la «fianza en garantía de deudas futuras» conforme al art. 1825 CC, debe admitirse también que la obligación derivada de la fianza pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura

Al respecto, empieza por señalar que *«la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1994 no admitió la hipoteca en garantía de avales a favor de una sociedad de garantía recíproca porque, al no existir todavía la deuda, se podría crear una reserva de rango carente de un legítimo interés actual, y porque exigía la existencia de una relación jurídica básica que vincule ya al deudor»*.

Dicho así, no se entiende muy bien el cambio de criterio, que en realidad no existe, dado que en la Resolución de 1994 el caso es sustancialmente distinto, pues la hipoteca se constituye *«en garantía de cualquier cantidad que esta última [la sociedad de garantía recíproca] hubiere de satisfacer en cumplimiento del aval concedido y de los que se pudieran conceder en el plazo máximo de quince años»*. Es decir, no es que la obligación sea futura, sino que los presupuestos básicos de su existencia y determinabilidad (la constitución de la fianza o aval) son actualmente inexistentes.

En el caso de la Resolución presente, en cambio, la Dirección descarta que exista *«una simple reserva de rango, pues se cumplen los requisitos de la hipoteca en garantía de obligación futura establecidos en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria»*.

«El único obstáculo», sigue diciendo la Dirección, *«lo podría representar la expresión “en garantía de obligación futura”, que emplea en singular el art. 142 LH, pero, en este caso, el acto básico del que surgen las obligaciones es unitario, al existir un solo contrato de afianzamiento y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de la fianza»*.

Añade la Dirección a dicho argumento el de que si cabe la *«fianza en garantía de*



deudas futuras» conforme al art. 1825 CC, debe admitirse también que la obligación derivada de la fianza pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura⁽¹⁰⁾.

De nuevo, el planteamiento resulta confuso: no se trata de que las obligaciones que se pueden garantizar mediante fianza sean **futuras**, sino de que sean **varias obligaciones**, futuras o no. Y, en último término, si dicha posibilidad existe también cuando hablamos de una garantía real, como la hipoteca.

Pues bien, curiosamente es la misma Resolución de 1994 que cita la Dirección al resolver ahora la que empieza *«advirtiendo, de entrada, que, por los efectos jurídicos reales y por su implicación en cuestiones de preferencia en conflictos de intereses que no son solo los del deudor y los del acreedor, la constitución de hipoteca en garantía de deudas futuras puede tener una solución más restrictiva que la constitución de fianza en garantía de deudas futuras»*. Y es que, en efecto, la fianza no está sujeta, como la hipoteca, al principio de especialidad, que, salvo las excepciones legalmente previstas, vincula la garantía a una sola obligación, presente o futura.

En consecuencia, la cuestión se concreta en resolver si en el caso de la hipoteca de máximo en garantía de una línea de afianzamiento se vulnera o no ese principio, y la respuesta, sin necesidad de búsqueda de símiles, la ha dado ya antes la Dirección, al señalar que *«en este caso, el acto básico del que surgen las obligaciones es unitario, al existir un solo contrato de afianzamiento y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de la fianza»*.

Dicho lo cual, sin embargo, la Dirección rechaza la inscripción, porque **la escritura no hace referencia a los arts. 142 y 143 LH, ni a la forma de concreción del nacimiento en su momento de la obligación futura, conforme a lo previsto en el art. 238 RH**, extremos que no pueden hacerse constar de oficio por el Registrador.

Es cierto que si la hipoteca encaja en el supuesto regulado, y solo en ese, la no mención de los artículos en que se apoya esa constitución no parecería argumento de peso para vetar la inscripción.

Sin embargo, también lo es que, conforme al art. 238 RH, si *«para hacer constar en el Registro que se han contraído las obligacio-*



nes futuras de que trata el art. 143 de la Ley, presentará cualquiera de los interesados al Registrador copia del documento público que así lo acredite, y, en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes», puede resultar comprensible no inscribir una hipoteca de este tipo cuando:

- No consta de modo expreso que sea efectivamente lo que se ha querido constituir.
- No se ha determinado qué tipo de documento público se habrá de presentar en su momento para acreditar que la obligación ha nacido porque el deudor principal ha incumplido y el fiador ha pagado por él.
- Y tampoco puede deducirse al menos que, mediante la referencia a los citados artículos, existe una asunción por el acreedor de la circunstancia de que, a falta de dicho documento público, la eficacia final de la garantía va a quedar condicionada a esa solicitud, que, de no ser suscrita también por el deudor, obligará a dicho acreedor a acudir al Juzgado.

Por su parte, las **resoluciones de 2 y 3 de enero de 2013** tratan la constitución de *prenda sin desplazamiento* de posesión en garantía de la deuda que pueda surgir a cargo de una sociedad cooperativa a favor de un socio de la misma como consecuencia de las cantidades que, en su caso, este haya de abonar en su calidad de fiador solidario en **dos pólizas de préstamo** relacionadas en la propia escritura de constitución. Se

señala una responsabilidad máxima y un plazo de duración de la garantía.

La Dirección empieza por señalar que lo predicable en relación con la hipoteca en garantía de obligación futura, en cuanto hipoteca propiamente dicha y no simple reserva de rango (cfr. Resolución de 26 de julio de 2012), es predicable igualmente respecto del derecho real de prenda sin desplazamiento de posesión, tanto por la analogía existente entre ambos supuestos, dada la identidad de razón que en los mismos se advierte (art. 4, n.º 1 CC), como por la aplicación supletoria de la Ley Hipotecaria prevista en la disp. adic. 3.ª de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

El principio de especialidad, en cuanto impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba, no permite constituir un solo derecho de prenda (o de hipoteca) que garantice varias obligaciones futuras sin un nexo causal común

Pero la diferencia que aprecia aquí respecto del supuesto de la Resolución de julio es que las obligaciones futuras garantizadas (las de reembolsar o indemnizar al fiador por parte del deudor, ex art. 1838 CC) son tantas como contratos afianzados (dos préstamos). Y el razonamiento que en la Resolución de julio no hace la Dirección si se incluye en estas resoluciones, señalando cómo el principio de especialidad, en cuanto impone *«la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba»* (cfr. arts. 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario), no permite constituir un solo derecho de prenda (o de hipoteca) que garantice varias obligaciones futuras sin un nexo causal común⁽¹¹⁾.

Sin embargo, y después de recordar los requisitos para la admisión de la hipoteca en garantía de cuenta de crédito⁽¹²⁾, recuerda también su doctrina de que:

La máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede

mantenerse como principio absoluto y axiomático. En este sentido, cabe admitir la constitución de una única hipoteca (y lo mismo ha de entenderse respecto del derecho de prenda) como cobertura de distintas obligaciones:

— Cuando estas tienen conexión causal entre sí o relación de dependencia recíproca [...].

— Siempre que las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores.

Y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones, de suerte que aquella **quede debidamente supeditada a estas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad** (cfr. resoluciones de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 y 17 de marzo y 24 de abril de 2008).

XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
xxx XXXXXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXXXXX XXXXXXXX

Además:

Cuando esas diversas obligaciones garantizadas mediante una relación hipotecaria de carácter unitario **no estén sometidas al mismo régimen jurídico y tengan distinto título**, para conseguir su efectividad hipotecaria será necesario, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, «por exigencias de determinación del derecho real constituido –artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria–, **establecer separadamente la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía**» (cfr. resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935, 26 y 31 de octubre de 1984, 20 de mayo y 23 y 26 de octubre de 1987, 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 y 17 de marzo y 24 de abril de 2008). Así lo exige también la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991, pues «fijada así la extensión de la hipoteca, ello afecta a los terceros que contraten fundados en el contenido del Registro en virtud del principio de publicidad».

Y, en el supuesto concreto, no se dan todas esas condiciones; más concretamente, faltan la primera y la última, porque:



- Se trata de dos pólizas de préstamo distintas, no conectadas causalmente entre sí.
- Con distinto régimen y título contractual⁽¹³⁾.

A modo de **conclusión**, podríamos entender que, en la Resolución de julio de 2012, se habría admitido la hipoteca (de haberse cumplido los requisitos formales que la Dirección señala), por cuanto, al estar constituida como contragarantía de una línea de afianzamiento, lo que se está garantizando es la obligación, única, de reembolso a cargo del deudor de cuanto el fiador hubiere pagado por la suma de la obligación o las obligaciones incumplidas por aquel.

En cambio, en las resoluciones de enero de 2013, el rechazo radica en que las obligaciones futuras son varias y no tienen un nexo causal entre sí que haga que la hipoteca quede enlazada con todas esas distintas obligaciones, con lo cual se produciría esa posibilidad que la Dirección rechaza de que la hipoteca «flote» sobre las distintas obligaciones y el acreedor pueda decidir sobre cuál de ellas la «deja caer».

VII. ESCRITURAS OTORGADAS POR ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD MERCANTIL CON CARGO NO INSCRITO

Las **resoluciones de 5 de octubre de 2012 y de 6 de noviembre de 2012** rechazan la inscripción en el Registro de la

Propiedad de determinadas escrituras (de compraventa y de novación de préstamo, respectivamente) otorgadas por el administrador de una sociedad, por el defecto de no constar dicho cargo inscrito en el Registro Mercantil, y a pesar de que el Notario da fe de suficiencia de la representación.

Según consta en las citadas resoluciones, la Notaría y el Notario autorizantes, al establecer juicio sobre la suficiencia de la representación, hacen expresa salvedad de la necesidad de inscripción de su nombramiento en el Registro Mercantil. Hecha en esos términos, la salvedad en cuestión parece ir más allá de lo que la normativa dice y de lo que la Dirección reconoce en las mismas resoluciones, cuyo contenido merece ser repasado:

*Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que **el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación.***

*La inscripción del nombramiento o poder en el Registro Mercantil **no es precisa para la válida existencia del nombramiento o poder**, aunque sí para su plena eficacia frente a terceros, incluso de buena fe (cfr. artículo 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento de Registro Mercantil).*

*La circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. artículo 94.1.5.ª del Reglamento del Registro Mercantil) **no significa que dicha inscripción en el Registro Mercantil deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad** de los actos o contratos otorgados en ejercicio de dicha representación, pues, en la legislación actual, con las excepciones contempladas en la misma, no hay ningún precepto que imponga aquella inscripción en el Registro Mercantil con carácter general y previo a la inscripción en el Registro de la Propiedad.*

Es obligación de los registradores practicar la inscripción de aquellos títulos que se ajustan a la legalidad, que es la que, en último término, delimita su poder de control y justifica su ejercicio, tal y como resulta específicamente del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y, más genéricamente pe-



ro decisivamente, del artículo 103 de la Constitución.

A la vista de lo cual uno solo esperaría un argumento adicional, que sería la referencia al art. 98 de la Ley 24/2001, para dar el recurso por ganado. Sin embargo, esta es la forma en que continúa la resolución:

El cumplimiento por el Notario de los deberes que le impone el art. 98 no se limita a facilitar en principio la prueba de la representación, sino que, según literalmente consta en la norma, hace fe suficiente, por sí solo, de la representación acreditada

En principio, el cumplimiento por el Notario de los deberes que le impone el repetido artículo 98 facilita la prueba de la representación ante el Registro y, por expresa disposición del legislador, impide al Registrador hacer un examen más detenido de la existencia y suficiencia de la representación.

Y aquí es donde la Dirección empieza a tirar por tierra las conclusiones coherentes con todo lo argumentado anteriormente. Porque el cumplimiento por el Notario de los deberes que le impone el repetido art. 98 no se limita a «facilitar en principio la prueba de la representación», sino que, según literalmente consta en la norma, hace fe suficiente, por sí solo, de la representación acreditada.

El problema está en si, en casos como el presente, es o no exigible legalmente la inscripción en el Registro Mercantil.

Honestamente, no se ve el problema si se acaba de reconocer: a) que el nombramiento ha surtido efectos desde su aceptación; b) que la inscripción en el Registro Mercantil no es precisa para su válida existencia; c) que la obligatoriedad de la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil no significa que la misma deba ser previa a la que se haya de practicar en el Registro de la Propiedad, y d) que es obligación del Registrador practicar la inscripción del título que se ajusta a la legalidad. Pero la Dirección, apoyándose reiteradamente en la «**presunción de validez y exactitud registral** establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del

Reglamento del Registro Mercantil», concluye que «en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el Registro Mercantil, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al Notario autorizante de la escritura deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral».

Prevalece así lo que no es sino una mera presunción frente al juicio en contrario hecho por el Notario bajo su responsabilidad, juicio que, de acuerdo con una norma con rango de ley, hace fe suficiente por sí solo. Sorprende incluso que la Dirección cite, en apoyo de dicha conclusión, resoluciones anteriores a la Ley 24/2001: «(vid. resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 3 de febrero de 2001 y 23 de febrero de 2001)».

Piénsese que la inscripción del nombramiento de administrador puede no practicarse por la única razón de la falta de depósito de cuentas de la sociedad, conforme a lo previsto en el art. 378 RRM. De modo que un negocio (por ejemplo, una venta) otorgado por dicho administrador puede tener vedado su acceso al Regis-

tro de la Propiedad por una circunstancia ajena a la perfecta licitud de ese nombramiento, con el consiguiente perjuicio para el comprador.

Y, para evitar esa situación, la Dirección entiende que el juicio de suficiencia del Notario debe incluir la reseña de todas aquellas circunstancias que ya han sido reseñadas por el Notario autorizante de la escritura de nombramiento de administrador, escritura que luego ha sido calificada como suficiente de nuevo por el Notario que autoriza el documento que se presenta en el Registro de la Propiedad.

Pues bien, dado que no es defendible el hecho de pretender que con dicha reseña el Registrador de la Propiedad haga una calificación que solo corresponde y solo está en disposición de hacer el Registrador Mercantil, la exigencia del Centro Directivo no puede entenderse en otro sentido que en el de haberse de mencionar, en la escritura que se presenta en el Registro de la Propiedad, que en la previa escritura de nombramiento de administrador el Notario autorizante ha dado fe de las circunstancias que la Dirección indica: validez del acuerdo, adopción por órgano social competente, cumplimiento de los requisitos de convocatoria, aceptación del nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos. Sin que, desde luego, haya que pormenorizar los datos concretos de cada una de esas circunstancias.



(1) En cierto modo, el CCCat desliga los efectos del beneficio de inventario de la aceptación de la herencia, vinculándolos más a la elaboración del inventario. Así, el art. 461-14 se limita a exigir que el heredero tome inventario, antes o después de su aceptación, y aunque acepte la herencia sin manifestar la voluntad de acogerse al mismo. El art. 461-17 va más lejos y señala que: «*La mera manifestación hecha por el heredero de aceptar la herencia de forma pura y simple no le priva de aprovechar los efectos del beneficio de inventario*». El art. 461-15 dice que «*el inventario formalizado por el heredero en documento privado que se presente a la Administración Pública competente para la liquidación de los impuestos relativos a la sucesión también surte los efectos legales del beneficio de inventario*». Y el art. 461-16 atribuye del pleno derecho el beneficio de inventario, «*aunque no lo hayan tomado*», a «*los herederos menores de edad, las personas puestas en tutela o curaduría, los herederos de confianza, las personas jurídicas de derecho público y las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública o de interés social. También disfrutan del mismo las herencias destinadas a finalidades de interés general*». De este modo, la principal regla a considerar viene a ser la prevista en el art. 461-15, que indica que: «*El inventario debe tomarse en el plazo de seis meses a contar del momento en que el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación*».

(2) Artículo 1014. El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaria, o del abintestato, dentro de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiese fuera, el plazo será de treinta días. En uno y otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciario, si les conviniere.

Artículo 1015. Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos expresados en el artículo anterior se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el Juez le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero.

Artículo 1016. Fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá este aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.

(3) De hecho, la Orden de 7 de febrero de 1997, por la que se regula la tarjeta de identidad de extranjero, todavía se refiere (véase su número quinto) a la tarjeta de régimen comunitario.

(4) Artículo 20. El número de identificación fiscal de las personas físicas de nacionalidad extranjera.

1.–Para las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española, el número de identificación fiscal será el número de identidad de extranjero que se les asigne o se les facilite de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su normativa de desarrollo.

2.–Las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española y no dispongan del número de identidad de extranjero, bien de forma transitoria, por estar obligados a tenerlo, o bien de forma definitiva, al no estar obligados a ello, deberán solicitar a la Administración Tributaria la asignación de un número de identificación fiscal cuando vayan a realizar operaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Dicho número estará integrado por nueve caracteres con la siguiente composición: una letra inicial, que será la M, destinada a indicar la naturaleza de este número; siete caracteres alfanuméricos, y un carácter de verificación alfabético.

En el caso de que no lo soliciten, la Administración Tributaria podrá proceder de oficio a darles de alta en el Censo de Obligados Tributarios y a asignarles el número de identificación fiscal que corresponda.

(5) Artículo 21. Normas sobre la asignación del número de identificación fiscal a personas físicas nacionales y extranjeras por la Administración Tributaria.

1.–El número de identificación fiscal asignado directamente por la Administración Tributaria de acuerdo con los artículos 19 y 20 tendrá validez en tanto su titular no obtenga el documento nacional de identidad o su número de identidad de extranjero.

Quienes, disponiendo de número de identificación fiscal, obtengan posteriormente el documento nacional de identidad o un número de identidad de extranjero deberán comunicar, en un pla-

zo de dos meses, esta circunstancia a la Administración Tributaria y a las demás personas o entidades ante las que deba constar su nuevo número de identificación fiscal. El anterior número de identificación fiscal surtirá efectos hasta la fecha de comunicación del nuevo.

2.–Cuando se trate de personas físicas que no tengan la nacionalidad española, el órgano de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que se determine en sus normas de organización específica podrá recibir y trasladar directamente al Ministerio del Interior la solicitud de asignación de un número de identidad de extranjero.

3.–Cuando se detecte que una persona física dispone simultáneamente de un número de identificación fiscal asignado por la Administración Tributaria y de un documento nacional de identidad o un número de identidad de extranjero, prevalecerá este último. La Administración Tributaria deberá notificar al interesado la pérdida de validez del número de identificación fiscal previamente asignado de acuerdo con lo dispuesto en el apdo. 1 de este artículo, y pondrá en su conocimiento la obligación de comunicar su número válido a todas las personas o entidades a las que deba constar dicho número por razón de sus operaciones.

(6) 1.–De las deudas sociales, responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

2.–No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos, responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

3.–Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que estas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.

(7) Aunque el modo en que lo hace la Dirección no ayuda a aclarar las cosas. Dice, en la Resolución de 30 de junio, que «*una cosa es la titularidad del usufructo y otra distinta, la vida sobre la cual se establece su duración cuando tal derecho es de carácter vitalicio. En el presente supuesto, de la escritura de constitución se deduce con claridad que, a pesar de ser el usufructo ganancial, la vida cuya duración sirve como término al usufructo es la del ahora fallecido*». Así, parece centrar la distinción entre titularidad/ganancialidad, por un lado, y



persona cuya vida determina la duración del usufructo. Entiendo preferible distinguir, como se ha venido haciendo, entre titularidad y ganancialidad, e introducir, en su caso, la vida o existencia del tercero cuando la duración del usufructo no viene determinada por la de su titular.

- (8) Tampoco en las citas está particularmente lúcida la Dirección, como puede apreciarse en la Resolución de 28 de noviembre, al citar la de 30 de junio con referencia a un supuesto distinto, resuelto también en forma diferente.
- (9) Lo que ocurre es que la Dirección no había seguido esa doctrina en otra de las cuatro famosas resoluciones citadas, la de 10 de julio de 1975. Esa antigua Resolución trataba de un caso en el que se parte de la base *«de la constancia en los libros registrales de un usufructo vitalicio a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer al sobreviviente, por lo que, fallecido uno de ellos, se cumple la previsión pactada que da lugar al acrecimiento; y de ahí que la venta realizada por el superviviente de su total derecho será inscribible, de no surgir algún otro obstáculo que pueda impedirlo»*. Es decir, aquí se entendió, sin que fuera obstáculo al respecto la prohibición de contratación entre cónyuges, que *«no es necesaria la adjudicación del mencionado usufructo, previa la disolución de la sociedad de gananciales»*, y que, por el contrario, *«según se deduce del título constitutivo reflejado en los asientos registrales, y de acuerdo, además, con los artículos 521 y 987 del Código Civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho»*.

Esta Resolución ha sido generalmente considerada una «china en el zapato» de lo que ha acabado por ser la doctrina de la Dirección en esta materia, por cuanto, frente a la misma, determinó la no necesidad de inclusión del usufructo ganancial en la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, con la perspectiva que dan el transcurso del tiempo y la lectura de algunas de las muchas aportaciones hechas por los distintos comentaristas, me planteo que quizá

la contradicción lo sea únicamente con lo que, como veíamos, resolvió la Dirección dieciocho años después, siendo en ambos casos el supuesto de hecho anterior a la reforma de 1981.

Si, como venía diciendo la Dirección, la necesidad o no de incluir el usufructo en la liquidación de gananciales deriva de la calificación de bien privativo o ganancial que haya de darse al derecho de usufructo, cuestión para cuya respuesta resulta determinante la inexistencia de previsión de acrecimiento por los cónyuges, hay que concluir que, dándose dicha previsión, el usufructo no es ganancial y, por lo tanto, es coherente entender que no debe ser incluido en la liquidación. Ahora bien, si en la Resolución de 1993 no se atendió a los efectos de semejante pacto porque el mismo databa de 1972 y, por lo tanto, se resolvió la necesidad de su inclusión en la liquidación, menos aún se debería haber atendido en 1975, cuando ni tan siquiera había cambiado la normativa, que a partir de 1981 permitió la contratación entre cónyuges.

- (10) *«A estos efectos, también es procedente considerar que cabe la "fianza en garantía de deudas futuras" conforme al artículo 1825 del Código Civil, al establecer que "puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida" [...]. Estando, en consecuencia, admitida en el Código Civil la fianza en garantía de deudas futuras, es admisible que la propia obligación de fianza resultante de un contrato de afianzamiento pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria»*.
- (11) Repite aquí la Dirección la tantas veces utilizada argumentación contraria a la hipoteca flotante, sin adaptarla al caso concreto, donde, desde luego, no se trata de *«todas las obligaciones»* que pudiera llegar a haber entre acreedor y deudor: *«Por ello, no es posible inscribir en el Registro una sola hipoteca que garantice todas aquellas obligaciones, existentes y futuras,*

que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de suerte que la hipoteca "flote" sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, se deje caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas con la garantía y ejecutar esta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de la inscripción en el Registro (resoluciones de 11 de octubre de 2004 y 25 de abril de 2005)».

- (12) *«La posición mantenida por esta Dirección General, partiendo de los artículos 9, 12, 104 y 153 de la Ley Hipotecaria, y 1256 y 1273 del Código Civil, en relación con las hipotecas en garantía de cuenta de crédito (vid. resoluciones de 27 de julio y 6 de noviembre de 1999, 10 de julio de 2001, 12 de septiembre de 2003, 11 de octubre de 2004 y 23 de julio de 2005), exige para su admisión tres requisitos distintos: 1.º la determinación en sus líneas generales de las obligaciones a cargar en cuenta o a asegurar; 2.º el no arbitrio del acreedor respecto de la inclusión de las partidas en cuenta, y 3.º finalmente, que se pacte el efecto novatorio de las obligaciones cargadas en cuenta, sin que baste que se trate de una mera reunión contable»*.
- (13) *«En este caso, no se cumplen las exigencias examinadas, pues no hay un único acto o contrato básico del que puedan surgir las futuras obligaciones (como en el caso recientemente estudiado por este Centro Directivo en su Resolución de 26 de julio de 2012, en que existía un único contrato de afianzamiento como base de una hipoteca de contragarantía), sino que las relaciones jurídicas existentes de las que podrán derivarse las obligaciones futuras garantizadas son los afianzamientos pactados en dos pólizas de préstamo distintas, por lo tanto, con distinto régimen y título contractual, no conectados causalmente entre sí, y con distintas fechas de constitución y de vencimiento»*.

Notas sobre la aplicación del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios⁽¹⁾

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA
- III. LA ETIQUETA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

I. INTRODUCCIÓN

Dictado según su disp. final 2.^a, al amparo de las correspondientes competencias que corresponden al Estado sobre la materia, el Real Decreto 235/2013 complementa, incorporándola y refundiéndola, la regulación contenida en el Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, que queda derogado. Dicho Real Decreto transponía la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, que, tras la publicación de aquel, fue modificada mediante la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010. La principal novedad del nuevo texto es su aplicabilidad a los edificios existentes, frente a la concreción que el Real Decreto 47/2007 hacía a los de nueva construcción.



Entró en vigor, según la disp. final 4.^a, al día siguiente de su publicación en el *BOE*, es decir, el día 14 de abril de 2013, aunque existen importantes normas transitorias, como veremos.

El Real Decreto consta de un único artículo, cuatro disposiciones adicionales, tres

disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El artículo único consta de dos números:

1.–Se aprueba el **Procedimiento básico para la certificación de la eficien-**



cia energética de los edificios, cuyo texto se inserta a continuación.

2.-Cuando se **construyan, vendan o alquilen** edificios o unidades de estos, el certificado de eficiencia energética o una copia de este se deberá **mostrar al comprador o nuevo arrendatario potencial y se entregará al comprador o nuevo arrendatario**, en los términos que se establecen en el Procedimiento básico.

El procedimiento a que se refiere el n.º 1 se desarrolla, a modo de Anexo al Real Decreto, en cinco capítulos y dieciocho artículos. El primero de los artículos del procedimiento básico (PB) confirma lo que el transcrito art. 1 del Real Decreto señala como objeto de la regulación en su conjunto:

- Establecer las condiciones aplicables a la metodología de cálculo de la calificación de eficiencia energética de los edificios.
- Promover la eficiencia energética mediante la obligación de suministrar a los compradores y usuarios la información contenida en el certificado de eficiencia energética.

En síntesis, el PB implica:

- a) Disponer de un «documento reconocido», consistente en un programa informático, especificaciones, guías técnicas o cualquier otro documento, debidamente aprobado (art. 3) e inscrito en el registro general creado al efecto (art. 4), que establezca las condiciones técnicas y administrativas y la metodología de cálculo —arts. 1-1 y 3, letra a)— de la «calificación de eficiencia energética» del edificio.
- b) Seguir un proceso o «certificación» para la verificación de dicha calificación de eficiencia energética.
- c) Obtener la etiqueta de eficiencia energética (EEE) y/o el certificado de eficiencia energética (CEE).

FICHA TÉCNICA

Resumen: En el presente trabajo se analiza el procedimiento regulado en el Real Decreto 235/2013 de cara a la obtención de la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

Palabras clave: Medio ambiente, eficiencia energética, urbanismo.

Abstract: Xx xx xxxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xxxx xxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xxxx xxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxx

Keywords: xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxx



II. EL CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

1. Concepto y caracteres

Se puede definir, de acuerdo con lo previsto en el art. 1-3 PB, como la documentación suscrita por técnico competente que contiene información sobre las características y la calificación energética de un edificio o parte del mismo. El contenido de la regulación resulta un tanto ambiguo en cuanto al valor real del certificado. Dice el art. 5-4 que el CEE «*dará información exclusivamente sobre la eficiencia energética del edificio y no supondrá en ningún caso la acreditación del cumplimiento de ningún otro requisito exigible al edificio. Este deberá cumplir previamente con los requisitos mínimos de eficiencia energética que fije la normativa vigente en el momento de su construcción*». Tal y como señala, a su vez, el Preámbulo del Real Decreto: «*Los requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios o unidades de este no se incluyen en este Real Decreto, ya que se establecen en el Código Técnico de la Edificación*». De ahí que no quede claro que el certificado acredite en todo caso el cumplimiento de dichos requisitos mínimos. No obstante, tratándose de edificios de nueva construcción, la obligación de que el proyecto respete los mismos debe conllevar que la acreditación de su finalización con arreglo al proyecto implique que el CEE permita dar por cumplidos aquellos.

Del mismo art. 1-3 PB, y de los arts. 7 y 8, deriva que existen tres tipos de CEE: el CEE del proyecto y el CEE del edificio terminado (art. 7), que se refieren al edificio de nueva construcción, y el CEE de edificio existente, que se refiere al que no es de nueva construcción.

Están autorizados para la expedición del CEE, según el art. 1-3, letra p) PB, los técni-

cos que lo estén para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, o para la realización de proyectos de sus instalaciones térmicas, según la Ley de Ordenación de la Edificación. También lo estarán, en su momento, quienes reúnan las condiciones que determine la Orden Ministerial que ha de publicarse al efecto, en cumplimiento de la disp. adic. 4.ª del Real Decreto.

El CEE puede definirse, de acuerdo con lo previsto en el art. 1-3 PB, como la documentación suscrita por técnico competente que contiene información sobre las características y la calificación energética de un edificio o parte del mismo

La duración del CEE (art. 11) será de diez años máximo, siendo susceptible de renovación y actualización.

Corresponderá al órgano competente de la comunidad autónoma la inspección (art. 10) y comprobación del cumplimiento de la obligación de certificación, así como la función de control (art. 9) de la calificación energética hecha constar en el CEE. A tal fin, se habilitará (disp. adic. 3.ª) un «registro de certificaciones» de ámbito territorial, que servirá, asimismo, como medio de información general sobre los certificados a los ciudadanos, siendo obligación del promotor o propietario del edificio el presentar el correspondiente CEE a dicho registro (art. 5-6 PB).

El art. 2 PB determina el ámbito de aplicación de dicho procedimiento y, en conse-

cuencia, qué tipo de edificios deben disponer, en último término, de CEE o EEE. Señala el n.º 1 de este artículo como tales:

- a) Edificios de nueva construcción.
- b) Edificios o partes de edificios existentes que se vendan o alquilen.
- c) Edificios o partes de edificios ocupados por una autoridad pública con una superficie superior a 250 m² y que sean frecuentados habitualmente por el público.

A tener en cuenta, si se atiende a la consideración del Notario como «*autoridad pública*» a los citados efectos, el contenido de esta letra c), así como el de la disp. trans. 2.ª, n.º 1 (en la que parece haber una errata al señalar la letra: debe ser la *c* y no la *d*, que no existe), que retrasa su aplicabilidad en función de los metros y de la titularidad, en propiedad o arrendaticia, del local.

El artículo único del Real Decreto determina, en su n.º 2, la obligación de suministrar el CEE al comprador o nuevo arrendatario del edificio (o unidad del mismo). La disp. trans. 1.ª retrasa, sin embargo, su exigibilidad hasta el 1 de junio de 2013

El n.º 2 del mismo art. 2 PB establece, sin embargo, unas exclusiones al ámbito de aplicación que afectarían a edificios protegidos, de culto, provisionales, industriales, de defensa o agrícolas, y, como de mayor interés por su posible mayor frecuencia en operaciones intervenidas por Notario, los de las letras:

- e) Edificios o partes de edificios aislados con una superficie útil total inferior a 50 m².
- f) Edificios que se compren para reformas importantes o demolición.
- g) Edificios o partes de edificios existentes de viviendas cuyo **uso sea inferior a cuatro meses al año**, o bien durante un tiempo limitado al año y con un **consumo previsto de energía inferior al 25 %** de lo que resultaría de su utilización durante todo el año, siempre que así conste mediante **declaración responsable** del propietario de la vivienda.

2. Exigibilidad en documentos notariales

A) Escrituras de compraventa o arrendamiento

El artículo único del Real Decreto determina, en su n.º 2, la obligación de suministrar el CEE al comprador o nuevo arrendatario del edificio (o unidad del mismo). La disp. trans. 1.ª retrasa, sin embargo, su exigibilidad hasta el 1 de junio de 2013.

La primera cuestión a resolver sería si el cumplimiento de dicha obligación debe ser controlado o no por el Notario y, de contestarse afirmativamente, en qué ocasiones y con qué extensión o consecuencias.

No existe en la normativa que estudiamos referencia específica alguna a dicho control, y menos aún en términos que impidan autorizar o inscribir la escritura, a diferencia de lo que en otras ocasiones, y en ámbitos semejantes, se establece. Sin embargo, teniendo en cuenta las referencias al fundamento legal de la regulación contenidas en el Preámbulo, que remiten al Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios y también a la Ley 2/2011, de economía sostenible⁽²⁾, no parece razonable, en aquellos supuestos que caigan dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto, prescindir de modo absoluto de ese control, sino, por el contrario, advertir del derecho que asiste al consumidor en relación con la entrega del CEE. Hecha esta advertencia, no resultaría necesario consignar si la entrega se ha realizado o no, ni la manifestación, en su caso, de no haberse hecho así debería impedir autorizar la escritura; en cualquier caso, de reflejarse tal circunstancia en la misma, no es procedente que se ampare en ningún tipo de renuncia o exoneración que pudiese vulnerar lo previsto en los arts. 8 y 10 TRLDU.

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, esto es, en qué ocasiones es exigible la entrega del CEE, recordemos que el art. 1-2 del Real Decreto dispone que «*cuando se construyan, vendan o alquilen edificios o unidades de estos, el certificado de eficiencia energética o una copia de este se deberá mostrar al comprador o nuevo arrendatario potencial y se entregará al comprador o nuevo arrendatario, en los términos que se establecen en el Procedimiento básico*».

De acuerdo con el redactado, parece que la obligación se establezca en relación

con tres casos distintos: construcción, venta y alquiler del edificio (o unidades de este). Y sin distinción, por lo que a la venta se refiere, entre la de edificio de nueva construcción y edificio existente o, en terminología más al uso, entre primera y segunda transmisión. Esta interpretación vendría apoyada por el tenor del art. 2-1 PB, que, al establecer los edificios a los que es de aplicación el mismo, señala, junto con los de nueva construcción, «*los edificios o partes de edificios existentes que se vendan o alquilen*», de nuevo sin mayores distinciones.

Sin embargo, existen algunos elementos que creo que obligan a detenerse antes de dar por buena esa conclusión y que pueden llevar a entender como limitada dicha obligación a los supuestos de operaciones empresariales:

1. En primer lugar, la misma normativa antes citada y reseñada en el Preámbulo como fundamento legal del Real Decreto. Así, el art. 2 TRLDU prevé su aplicación «*a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*», y el art. 83 LES, que establece la previsión de desarrollo reglamentario de la obligación de entrega del CEE a los compradores o usuarios, lo hace bajo el título «Transparencia e información a los consumidores».
2. La propia redacción de la norma y, en concreto, la referencia que se hace al supuesto de construcción, que, reseñado tanto en la Directiva de 2002⁽³⁾ como en la de 2010⁽⁴⁾, solo ha sido, sin embargo, recogido por el legislador nacional en este nuevo Real Decreto. Por el contrario, el Real Decreto de 2007, que, como hemos dicho, transpone la Directiva de 2002, pero regulando únicamente la materia en relación con edificios de nueva construcción, refiere la obligación de entrega en cuestión (art. 13-1) al vendedor o arrendador respecto del comprador o inquilino del edificio, resultando claro, por lo demás, dado el limitado ámbito de aplicación del Real Decreto, que no cabía entenderla extensible a la venta o arrendamiento de edificios existentes, puesto que no eran objeto de regulación⁽⁵⁾.

Que el nuevo Real Decreto, que se aplica también a las construcciones existentes, sí incluya esa referencia a la construcción puede tener el sentido de clarificar el mantenimiento del alcance de la obligación,



vinculando dicho supuesto con la entrega al comprador o arrendatario⁽⁶⁾.

En aquellos casos en que exista Libro del Edificio, se ha de incorporar el CEE, con lo cual la entrega de dicho Libro dará por cumplida su obligación de entrega. Si no se dispone de Libro, el CEE habrá de obtenerse de técnico competente

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 5, punto 7 PB, «los certificados de eficiencia energética estarán a disposición de las autoridades competentes en materia de eficiencia energética o de edificación que así lo exijan por inspección o cualquier otro requerimiento, bien incorporados al Libro del Edificio, en el caso de que su existencia sea preceptiva, o en poder del propietario del edificio o de la parte del mismo, o del Presidente de la comunidad de propietarios». Es decir, en aquellos casos en que exista Libro del Edificio, el mismo debe incorporar el CEE, con lo cual la entrega de dicho Libro dará por cumplida la obligación de entrega del CEE. Y podemos recordar que la entrega del Libro del Edificio es obligatoria, en el caso de compraventa de viviendas, por determinación del art. 64 TRLDCU y, en Catalunya, del art. 25-3 de la Llei de l'Habitatge.

Si no se dispone de Libro del Edificio, habrá de obtenerse el CEE expedido por el técnico competente a que nos referíamos más arriba.

B) Escrituras de declaración de obra nueva

Con independencia de la interpretación que se siga en relación con el sentido que puede tener la inclusión en el art. 1-1 del Real Decreto del supuesto de construcción, en tanto que vinculado o no a la actividad empresarial de quien posteriormente vende o alquila, hay que recordar que el art. 20-1 del Real Decreto Ley 2/2008, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo, señala que en la autorización de escritura de obra nueva terminada deberá exhibirse la documentación que acredite «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne [...] y los requisitos de efi-



ciencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente».

A pesar de la redacción confusa (en cuanto que habla de una inexistente autorización administrativa), ha dejado clara la DGRN en distintas resoluciones dictadas tras la modificación de dicho artículo en virtud del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, su interpretación de que tal documentación está constituida por el CEE.

Son los arts. 12 y 13 PB los que regulan la EEE a modo de distintivo con derecho a ser utilizado por quienes hayan obtenido el CEE y como obligación en determinados casos

En consecuencia, en las escrituras de declaración de obra nueva terminada o actas de acreditación de final de obras, habrá que solicitar el CEE que regula este Real Decreto 235/2013 (o el de 2007, según la fecha de terminación de las obras, y siempre que estuviere vigente), sin perjuicio de que, dado que el mismo debe quedar incorporado al Libro del Edificio, pueda bastar con la exhibición o acreditación de la existencia de este y de su inclusión en el mismo.

Al respecto, debe tenerse en cuenta el contenido de la reciente RDGRN de 2 de abril de 2013, que exige la acreditación del CEE incluso en caso de autopromotor para uso propio, rechazando el argumento del Notario de que, al igual que ocurre con el Libro del Edificio, la finalidad de la ley es proteger al consumidor. La Dirección entiende que no es así, señalando la distinta finalidad que a juicio del Centro Directivo existe en las exigencias previstas en el art. 20 LS, que respecto de los supuestos de la letra a) del mismo se centran en la protección del adquirente, y en los de la letra b) alcanzan al interés de terceros⁽⁷⁾.

Por el contrario, no cabe considerar exigible el CEE en la declaración de obra preexistente (u obra «vieja»), por cuanto el n.º 4 del mismo art. 20 LS, aplicable a la misma, no incluye ninguna mención al respecto. Incluso este mismo Real Decreto, al establecer en el art. 2-1 PB su ámbito de aplicación, se refiere únicamente, tal y como hemos remarcado, a los «edificios o partes de edificios existentes que se vendan o alquilen», dejando al margen, en principio, los edificios existentes que no son objeto de venta o arrendamiento.

III. LA ETIQUETA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

Los arts. 12 y 13 PB regulan la EEE a modo de distintivo con derecho a ser utilizado

por quienes hayan obtenido el CEE y como obligación en determinados casos.

Así, el art. 12-2 PB señala que: «La etiqueta se incluirá en toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento del edificio o unidad del edificio».

Hay que tener en cuenta, por otro lado, la obligación de exhibición de la EEE en los casos señalados por el art. 13 PB y su posible aplicabilidad en relación con los despachos notariales:

1.-Todos los edificios o unidades de edificios de titularidad privada que sean frecuentados habitualmente por el público, con una superficie útil total superior a 500 m², exhibirán la etiqueta de eficiencia energética de forma obligatoria, en lugar destacado y bien visible por el público, cuando les sea exigible su obtención.

XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX
XXXX XXXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
XXX XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX
XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX XXXXX XXXX
XXXXXXXXXX XXXXXXXX

Esta obligación entra en vigor el 1 de junio de 2013, según lo previsto en la disp. trans. 2.ª, n.º 2.

2.-Todos los edificios o partes de los mismos ocupados por las autoridades públicas y que sean frecuentados habitualmente por el público, con una superficie útil total superior a 250 m², exhibirán la etiqueta de eficiencia energética de forma obligatoria, en lugar destacado y bien visible.

Según el n.º 1 de la misma disp. trans. 2.ª, la obligación entra en vigor:

- A partir del 1 de junio de 2013, cuando su superficie útil total sea superior a 500 m²; desde el 9 de julio de 2015, si es superior a 250 m².
- Y desde el 31 de diciembre de 2015, si, siendo superior a 250 m², está en régimen de arrendamiento.

3.-Para el resto de los casos, la exhibición pública de la etiqueta de eficiencia energética será voluntaria y de



acuerdo con lo que establezca el órgano competente de la comunidad autónoma.

- (1) Las presentes notas tienen origen en la exposición hecha durante la sesión de actualización del pasado día 22 de mayo en el Colegio de Notarios de Catalunya, e intentan recoger lo que fue el sentir mayoritario de los asistentes al debate posterior. Cualquier eventual error de apreciación al respecto es solo imputable al autor de estas notas.
- (2) Artículo 83. Transparencia e información a los consumidores
1.-El Gobierno establecerá los instrumentos necesarios para asegurar que los usuarios disponen de la información sobre los costes del modelo de suministro energético, su composición, su origen y su impacto ambiental.
2.-Igualmente, las Administraciones Públicas se asegurarán de que los consumidores dispongan de información completa, clara y comprensible sobre el consumo de energía y el impacto medioambiental de los productos y equipos que utilicen energía que adquieren, de manera que puedan incorporar tales elementos a sus decisiones de consumo.
3.-Los certificados de eficiencia energética para edificios existentes se obtendrán de acuerdo al procedimiento básico que se establezca reglamentariamente para ser puestos a disposición de los compradores o usuarios de esos edificios cuando los mismos se vendan o alquilen.

- (3) Art. 7: «Los Estados Miembros velarán por que, cuando los edificios sean construidos, vendidos o alquilados, se ponga a disposición del propietario o, por parte del propietario, a disposición del posible comprador o inquilino, según corresponda, un certificado de eficiencia energética». Se determina así, respecto del supuesto de construcción, que a quien había de entregarse el CEE era al propietario de la obra, y que, como obligado a dicha entrega, se incluye, por lo tanto, al responsable de la construcción (lo que remite al edificio de nueva construcción) o rehabilitación, en su caso.
- (4) La Directiva de 2010 mantiene, en su art. 12, la llamada a los Estados Miembros para que velen «por que se expida un certificado de eficiencia energética para los edificios o unidades de estos que se construyan, vendan o alquilen a un nuevo arrendatario».
- (5) No se incluye, en cambio, como sí lo hacía la Directiva, ninguna referencia a una obligación similar por parte del responsable de la construcción en relación con el propietario de la misma, que quizá pudiera entenderse, sin embargo, como implícita, precisamente por ser objeto del Real Decreto únicamente los edificios de nueva construcción, en que el propietario asume una posición frente al constructor cercana a la del comprador frente al promotor-vendedor.
- (6) También así entendida, la referencia que se hace en la norma al objeto del negocio (edificios o unidades de estos), relacionada con la operación practicada, ad-



quiriría mayor sentido, pues una unidad de un edificio puede ser, efectivamente, objeto de venta o arrendamiento, pero mucho más difícilmente de construcción, lo que apoyaría que la operación de construcción se contemple como previa y determinativa del tipo de contrato de venta o arrendamiento.

- (7) Dispone la Resolución que *«las distintas exigencias de acreditación del artículo 20 de la Ley de Suelo, ya pertenezcan al orden urbanístico, al de protección de los consumidores o al desarrollo de políticas de protección del medio ambiente y eficiencia energética, responden, en definitiva, a distintas causas y motivaciones, y su regulación material es diferente, por lo que solo el análisis individualizado de cada uno de ellos permite determinar en qué casos y bajo qué condiciones puede modalizarse su aplicación. Como este propio Centro Directivo ha tenido ocasión de recordar (resoluciones de 15 de noviembre de 2011 y de 21 de enero de 2012), no todas las exigencias previstas en la Ley de la Edificación a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Suelo responden a la misma finalidad ni tienen una regulación material que permita una extensión automática de las causas de dispensa»*.

La distinción que hace la Dirección para no exigir el Libro del Edificio y sí el CEE en el caso del autopromotor para uso propio descansa, sin embargo, a mi juicio, sobre argumentos discutibles, cuando, más allá de la interpretación que se haga del mismo art. 20-1 LS, pretende sustentarlos en la regulación propia del CEE y en sus fundamentos legales. Para no extendernos en demasía, valga decir:

— Que la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, tiene un contenido más extenso que el Real Decreto que estudiamos o que su antecedente de 2007, vigente al tiempo del supuesto de hecho que da lugar a la Resolución. La Directiva, que se titula «Relativa a la eficiencia energética de los edificios», establece requisitos en relación con distintos sectores relacionados con la materia. Así, efectivamente, el art. 1-2 menciona *«la aplicación de requisitos mínimos a la eficiencia energética de los edificios nuevos o de nuevas unidades del edificio»*, y la Dirección destaca que el art. 6 prevé que *«los Estados Miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que los edificios nuevos cum-*

plan los requisitos mínimos de eficiencia energética establecidos de acuerdo con el artículo 4». Pero esos requisitos mínimos, tal y como veíamos, no vienen establecidos en el Real Decreto, según el mismo se encarga de recordar en el Preámbulo, sino en el Código Técnico de la Edificación.

— Que, en consecuencia, dado que el objeto de la Directiva excede al del Real Decreto, no pueden equipararse las finalidades pretendidas en uno y otro instrumento. Aceptando que la finalidad de la Directiva se enmarque, como dice la Dirección, en las políticas y acciones de la comunidad de protección del medio ambiente, lo cierto es que el Real Decreto tiene, según en el mismo se indica, un objetivo más modesto, que es (art. 1-2) *«la promoción de la eficiencia energética mediante la información objetiva que obligatoriamente se habrá de proporcionar a los compradores y usuarios en relación con las características energéticas de los edificios»*. Y dicha finalidad específica se fundamenta, como deja claro el Preámbulo, en las normas generales y particulares de defensa y protección del consumidor a que más arriba se ha hecho referencia.

Notaricia

Las cláusulas suelo: condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013

Elisabeth García Cueto
Notaria de Barcelona
Profesora colaboradora de la Facultad
de Derecho de ESADE-URL

Es frecuente encontrar en las minutas relativas a préstamos de interés variable con garantía hipotecaria firmadas entre las partes las llamadas *cláusulas techo y suelo*: las *techo* fijan un tope máximo al que los intereses pueden llegar, beneficiando (o

debiendo teóricamente beneficiar) al prestatario, mientras que las *suelo* favorecen a la entidad prestamista, pues los intereses no se pueden reducir por debajo de un mínimo⁽¹⁾.

En este marco contractual, y con este ejemplo, nos situamos ante el análisis sucinto de la reciente pronunciación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en Sentencia de 14 de marzo de 2013, declara que dichas cláusulas son contrarias a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas

en los contratos celebrados con los consumidores⁽²⁾. En este sentido, el Tribunal recuerda que la propia Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional (la entidad financiera), tanto en lo que se refiere a la capacidad de negociación como a nivel de información. En definitiva, el Juez, partiendo de estos principios, fundamento (dotar a los contratos bancarios, en este caso, de mayor transparencia) y ámbito de aplicación, considera que dichas cláusulas, entre otras, son abusivas y no vinculan al consumidor, a fin de poder lograr que vuelva el equilibrio formal en el contrato. Es por ello que concluye⁽³⁾, de modo generalista, que la legislación española es contraria a la normativa europea, especialmente en lo que se refiere a los préstamos hipotecarios firmados por todos aquellos afectados que contengan cláusulas o condiciones abusivas, como intereses de demora o vencimientos anticipados de préstamo.

El origen de esta Sentencia deriva de una cuestión prejudicial lanzada por un Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, tras una demanda presentada en enero de 2011 por el señor Aziz contra la entidad Catalunya Caixa⁽⁴⁾. Y la misma se enmarca no tanto en el control de las cláusulas, que también analiza, como en resaltar la falta de adaptación del procedimiento de ejecución directa, regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil⁽⁵⁾.





Una de las cuestiones de fondo que trata es **si esta cláusula por sí sola es o no abusiva y, en caso afirmativo, declarar la nulidad de las mismas.** Una de las complicaciones del tema dilucidado está íntimamente relacionada con el hecho de **que la validez y/o nulidad de una cláusula por abusiva no puede afirmarse con generalidad.** Es decir, que se acude al estudio del «caso por caso», ahí su dificultad. En todo caso, no hay que perder de vista que, pese a que el asunto se enmarca, como se apuntaba anteriormente, en la protección especial del consumidor, sigue existiendo la vía de protección del Derecho contractual, más generalista, quizá, pero no por ello menos eficiente.

Una de las complicaciones del tema dilucidado está íntimamente relacionada con el hecho de que la validez y/o nulidad de una cláusula por abusiva no puede afirmarse con generalidad. Es decir, que se acude al estudio del «caso por caso», de ahí su dificultad

Ahora bien, y situándonos en la parte más histórica a nivel jurisprudencial, no cabe olvidar que la controversia acerca de la validez de este tipo de cláusulas tampoco es reciente: la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla 246/2010, de 30 de septiembre, ya declaró la abusividad de la cláusula suelo. En la misma se deja claro que, en todo caso, estamos ante lo que se conoce como «condiciones generales de la contratación»⁽⁶⁾, situándolas fuera del marco de la negociación individual, predispuestas, impuestas, generalizadas en una pluralidad de contratos y prerredactadas por las entidades bancarias. Y esto es así, pues, como explica la Sentencia, el usuario no ha podido incluir modificación alguna en la misma, debiendo aceptarla y adherirse a ella, si quiere el servicio⁽⁷⁾. Todo ello sin perjuicio de que existan clientes que, por sus condiciones, especialidades, cualidades u otras razones, tengan la posibilidad de matizar o adaptar caso por caso esta cuestión.

Sin embargo, y junto con la calificación de la cláusula como una condición general de la contratación, hay que ahondar un poco más en el tema, a fin de saber



si dicho pacto es abusivo o no (y, por ende, nulo). Es cierto que este tipo de pactos suele cubrir con mayor solvencia a la parte prestamista, sin hacer lo propio con la prestataria. Así lo afirma la resolución judicial en que se justifica que sean calificados de abusivos dichos pactos, pues:

Lo cierto es que, en la mayoría de casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos. De ahí que se considere que:

1.º Un pacto que solo cubra tal interés del prestamista (cláusula suelo, únicamente) sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.

2.º Un pacto que solo cubriera tal interés del prestatario (cláusula techo, únicamente) sería, en puridad, meramente anulable por el predisponente a su voluntad, pues no se contempla análoga tutela que al consumidor, precisamente por la superioridad de aquel frente a este (art. 1302 CC).

3.º Un pacto que cubriera o pretendiera cubrir tanto los intereses del uno como del otro faltaría a la reciprocidad siempre que no guarde la prudencial o razonable relación de equivalencia o semejanza, legalmente exigible, entre la limitación al alza y a la baja de la variación de los tipos de interés.

Ahora bien, el Juzgado no entra a valorar cuál debe ser la orquilla razonable en que existiría esa relación de equivalencia.

Siguiendo la senda ya marcada por la jurisprudencia española, de manera clara se consideran abusivas dos cláusulas: la relativa a los intereses de demora y la del vencimiento total por un solo impago

Si ello lo enlazamos con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y siguiendo la senda ya marcada por la jurisprudencia española, de manera clara se consideran abusivas dos cláusulas: la relativa a los intereses de demora y la del vencimiento total por un solo impago, sin perjuicio de una tercera cuestión que luego citaré. Y todo ello sin olvidar otra importante constatación novedosa relativa al sistema de ejecución hipotecaria español. Conforme a la misma, no se está permitiendo que el prestatario-consumidor se encuentre protegido ni pueda defenderse de manera eficaz, debido a las causas de oposición previstas por la ley⁽⁸⁾. Esta resolución es probable que implique para el Estado español un nuevo cambio legislativo de vital importancia y trascendencia, de la misma manera que ya las ha tenido socialmente. Es probable



que la piedra angular en que descansa y se apoye este nuevo cambio legislativo gire en torno a la débil protección a los consumidores y usuarios existente, así como a la necesidad de que se refuerce a través de un nuevo sistema de ejecución hipotecaria, adaptándolo a la ya existente normativa de consumidores y usuarios⁽⁹⁾. No obstante, no cabe olvidar que ya han comenzado a publicarse tímidas reformas en este sector. Así, a título de ejemplo, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁽¹⁰⁾.

Para apreciar el carácter abusivo se tendrá en cuenta: la existencia de desequilibrio importante en detrimento del consumidor, la falta de buena fe y la lista no exhaustiva (anexo de Directiva) así como la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato

Finalmente, la última cuestión de la que se hace eco la Sentencia es la relativa a los mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables (incluimos en este concepto los ordinarios y los moratorios), realizados unilateralmente por el prestamista y que se encuentran íntimamente vinculados a la posible ejecución hipotecaria. En cuanto a la determinación de los mismos, considera el Tribunal que el deudor ejecutado no puede oponerse de modo alguno a la hora de cuantificar la deuda en el propio procedimiento ejecutivo⁽¹¹⁾. Y ello dificulta el acceso del consumidor a la Justicia y, por ende, el ejercicio de su derecho a la defensa a fin de lograr la suspensión de la ejecución cuando el deudor impugne una cláusula abusiva en otro procedimiento.

A modo de conclusión, se puede decir que existen cláusulas abusivas, que son nulas y que el sistema español se opone a la regulación fijada por la nor-

mativa europea. Para llegar a este punto, sin embargo, y a fin de finalizar este breve análisis de la citada Sentencia, es importante resaltar y determinar cuáles son los criterios generales que apunta el Tribunal para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, que se resumen en cuatro.

En primer lugar, la existencia de un desequilibrio importante en detrimento del consumidor y, en segundo, la existencia o no de buena fe. Estos dos elementos se podrían calificar de «abstractos»⁽¹²⁾. En tercer y cuarto lugar, la lista indicativa y no exhaustiva que existe como anexo en la Directiva⁽¹³⁾, en la que se consideran ciertas cláusulas como abusivas a título de ejemplo, así como la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, teniendo en cuenta el momento de celebración del mismo y las circunstancias que rodean ese instante⁽¹⁴⁾.

Todos ellos son de vital importancia para el órgano judicial que enjuicie la abusividad de una cláusula y para las reformas venideras al respecto, así como para el resto de los operadores jurídicos, quienes quizá deberían intervenir de una manera más activa (incluyéndose a notarios y registradores de la propiedad⁽¹⁵⁾) en este instante, en un futuro próximo.

la contratación, específicamente, en su art. 1: «Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

- (7) En este mismo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 21 de febrero de 2006.
- (8) En este sentido, es interesante la reflexión acerca de la inseguridad jurídica que puede conllevar esta situación desde un punto de vista notarial, en lo que se refiere al régimen transitorio en que queda el proceso de ejecución hipotecaria, en concreto, el extrajudicial, y la relevancia de la intervención notarial a efectos de protección de los derechos del consumidor, aportada por J. GÓMEZ MARTÍNEZ, «Ante la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo», *La Notaria*, 1/2013, p. 14-16.
- (9) Normativa de influencia claramente europea.
- (10) En este sentido, J. C. OLLÉ FAVARÓ, «La protección de los derechos del consumidor, una prioridad para los notarios», *La Notaria*, 1/2013, p. 17-18.
- (11) Deberá hacer lo propio a través de un procedimiento declarativo, el cual, por regla general, suele tener un período de resolución mayor al de la ejecución. Es decir, cuando el pronunciamiento definitivo sobre la ejecución se haya obtenido y, por lo tanto, concluido, habiendo el deudor perdido su bien hipotecado, tendrá el pronunciamiento sobre esta otra cuestión.
- (12) Así, C. BALLUGUERA GÓMEZ, «La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas», *La Ley*, año XXXIV, n.º 8088 (22 mayo 2013).
- (13) Art. 3, apdo. 3. Puede dar lugar a una importante indemnización.
- (14) Véanse los párr. 68, 69, 70 y 71 de la STJUE.
- (15) Como bien dice C. BALLUGUERA GÓMEZ, *op. cit.*, lo que parece evidente es que, de la lectura de la Sentencia, queda claro que el vencimiento anticipado por incumplimiento de una cantidad reducida de la deuda, así como la de intereses de demora por encima de 18,75 %, son nulas de pleno derecho.

- (1) A causa del revuelo social causado por esta cuestión, han sido diversas las entidades bancarias que han prescindido de dichas cláusulas en sus minutas de préstamo hipotecario. Así, BBVA, Cajamar y NCG las han suprimido con efectos de 9 de mayo de 2013.
- (2) También hay que tener en cuenta la regulación establecida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, especialmente, lo previsto en su art. 82.
- (3) Entre otras cuestiones.
- (4) Hoy en día, Catalunya Bank, SA.
- (5) El procedimiento se encuentra recogido en los arts. 681 a 698 LEC.
- (6) No hay que olvidar que, conforme a lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Desde abril de 2013 a junio 2013

Redacción de LA LEY

ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Actos Jurídicos Documentados: efectos fiscales de la denegación de la inscripción registral de préstamo hipotecario sujeto a condiciones suspensivas nulas

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de abril de 2013 (Ponente: José Antonio Montero Fernández) LA LEY 36441/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ Galicia, anulando la liquidación en concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad actos jurídicos documentados.

Hecho imponible. Préstamo hipotecario sujeto a condiciones suspensivas. Falta de inscripción en el Registro de la Propiedad por considerar la Registradora que dichas condiciones no tenían tal carácter. Efectos fiscales de la denegación de la inscripción. Dado el carácter constitutivo de la inscripción registral para dotar de eficacia la hipoteca que garantiza el préstamo, si la hipoteca no es susceptible de inscripción, nos encontramos en exclusividad ante un préstamo, no inscribible registralmente, no produciéndose el hecho imponible.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Tácita reconducción de los arrendamientos de vivienda tras la entrada en vigor de la LAU 1994

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 246/2013, de 16 de abril (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 34925/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de resolución de arrendamiento de vivienda por expiración del plazo. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandado.

Arrendamiento de vivienda. Resolución del contrato por expiración del plazo. Contrato celebrado bajo la vigencia del RDL 2/1985 y sometido a tácita reconducción en el momento de entrada en vigor de la LAU 1994. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que «la disp. transit. Primera de la LAU 1994 se ha de entender de manera que, tras la entrada en vigor de dicha norma, los contratos de arrendamiento de vivienda concertados a partir de 9 de mayo de 1985, se encuentran sometidos a una tácita reconducción de tres años, tras lo cual le es de aplicación lo establecido en los arts. 1566 y 1581 CC». Por tanto, transcurrido ese periodo de tres años el contrato se renovará de acuerdo con los plazos convenidos para el pago de la renta, anualmente o por mensualidades. De este modo rechaza el Alto Tribunal que al contrato de arrendamiento renovado por tres años deba aplicársele un nuevo plazo de tres años conforme al art. 10 LAU 1994.

Para la resolución del arrendamiento por impago del IBI es necesario haber requerido previa y fehacientemente su pago al arrendatario

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 274/2013, de 18 de abril (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 36280/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de desahucio por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas a la misma. La AP Cantabria revocó la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la demanda resolviendo el contrato por



Sentencias

impago del IBI. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la demandada, declara enervada la acción de desahucio instada por la actora y deja sin efecto la resolución del contrato.

Arrendamiento de local de negocio. Acción de resolución del contrato por impago del IBI. Desestimación. Para la reclamación del IBI es necesario un requerimiento fehaciente de pago antes de la presentación de la demanda, si lo que se pretende es la resolución del contrato, confiriendo un término de treinta días al arrendatario para que se oponga o acepte, tras lo cual podrá instarse judicialmente la resolución, debiendo acompañarse a la reclamación copia del recibo del IBI, para que el arrendatario conozca la causa de la reclamación. En el caso, el arrendatario no fue requerido previamente de pago por lo que no procede la resolución del contrato, sin perjuicio de condenarle al pago del IBI pues al acompañarse el recibo con la demanda, el demandado ha tenido oportunidad de defenderse y no consta causa alguna que le exonere de su abono.

Alcance temporal de la autorización para realizar obras en el local arrendado con el fin de adecuarlo al negocio que se piensa establecer

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 279/2013, de 19 de abril (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 45887/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de resolución de arrendamiento de local de negocio por obras incontestadas. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y estima la demanda.

Arrendamiento de local. Resolución del contrato por obras incontestadas que alteran la configuración del local. El arrendatario tapió las dos ventanas de la fachada principal que da a vía pública. Interpretación del contrato. En este se autorizaron las obras necesarias para adecuar el local al negocio que se pensaba establecer. De ello se deduce que la autorización se refería a las obras de acondicionamiento o adaptación, las que por su propia naturaleza debían efectuarse antes de iniciar el desarrollo del negocio, y, por lo tanto, próximas a la fecha de vigencia del contrato. Sin embargo, las obras efectuadas se realizaron trece años después, al amparo de una autorización que limitaba en el tiempo su eficacia.

El Tribunal Supremo declara que el plazo de prescripción de la acción para reclamar al arrendatario el pago del IBI es de cinco años

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 295/2013, de 22 de abril (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 75865/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante.

Arrendamiento de vivienda. Contrato regido por la LAU 1964. Acción de resolución por impago del IBI. Desestimación por prescripción de la misma. El Tribunal Supremo declara que el plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago del IBI es de cinco años (art. 1966.3.ª CC) por ser un pago de periodicidad anual.

BANCA

El Tribunal Supremo rechaza la responsabilidad contractual de la entidad financiera que medió en la compra de bonos de Lehman Brothers

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 243/2013, de 18 de abril (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 78704/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda y condenaron a las entidades financieras demandadas a entregar a los demandantes otros productos financieros, en sustitución de los bonos de Lehman Brothers que habían adquirido. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por los demandantes.

Adquisición de bonos de Lehman Brothers. Acción de responsabilidad contractual dirigida contra la entidad financiera que medió en la compra. Desestimación. La relación entre los litigantes fue la propia de un contrato de comisión sin que la entidad demandada estuviese obligada a prestar asesoramiento a los inversores demandantes, respecto de la concreta operación de que se trata. Por otro lado, los términos del encargo realizado por el cliente no dejaban a la comisionista, caso de aceptar, otra alternativa que la de dar cumplimiento a la comisión aceptada, conforme a las instrucciones precisas del comitente, para no incurrir en incumplimiento. Tampoco existió, a la vista de los hechos declarados probados, infracción contractual por defecto de información y diligencia. El margen de discrecionalidad que, sobre la identificación final del emisor de los bonos, se había reconocido a la comisionista, dentro del límite que significaba la necesidad de que el designado tuviera una determinada calificación de solvencia, no permite considerar la elección de Lehman Brothers (en el momento en que se hizo) un incumplimiento del mandato ni el resultado de una actuación negligente, por ser respetuosa con los criterios de determinabilidad impuestos por el comitente, calificado como experto inversor. Respecto al posible incumplimiento de la obligación de la demandada de informar a los inversores, con la máxima celeridad, de todas las incidencias relativas a la operación contratada, hubiera sido necesaria la demostración de la previsibilidad de la crisis patrimonial de quien emitió los bonos. Sin embargo, dicha previsibilidad de la futura quiebra de Lehman Brothers quedó fuera del proceso.

COMPRAVENTA

Legitimación de los socios para instar la nulidad de una compraventa realizada por la sociedad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 215/2013, de 8 de abril (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 45897/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de nulidad de compraventa de finca. La AP Albacete 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 finca perteneciente a una sociedad. Acción de nulidad del contrato interpuesta por una socia de la sociedad vendedora. Estimación de la demanda. Ilícitud de la causa. La transmi-



sión del único activo inmobiliario de la sociedad, de la que forman parte como socios por partes iguales cuatro hermanos, a favor de otra sociedad que se constituye al efecto por tres de ellos, bajo la apariencia de una compraventa, que en realidad encubre una disposición a título gratuito, pone de manifiesto la ilicitud de la causa del negocio, que no era otra que defraudar los legítimos derechos de la única hermana que no formaba parte de la sociedad adquirente. Legitimación activa de la demandante. Esta tiene interés jurídico en instar la nulidad de la compraventa pues se ve afectada como consecuencia del efecto reflejo que la enajenación del bien ha supuesto en la devaluación de sus participaciones sociales.

Resolución de compraventa de vivienda porque el retraso en la entrega motivó que el banco, debido a la crisis económica, no aceptase la subrogación hipotecaria de la compradora

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 309/2013, de 26 de abril (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 42749/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de resolución de compraventa de vivienda formulada por la compradora y estimaron parcialmente la reconvencción de la vendedora, condenando a la compradora al cumplimiento del contrato. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora, anula la sentencia recurrida y estima la demanda decretando la resolución del contrato.

Resolución del contrato por incumplimiento del plazo de entrega y falta de subrogación de la compradora en el préstamo hipotecario obtenido por la vendedora, que había sido pactada en el contrato. El retraso en el plazo de entrega (previsto para 2007 y se produjo el 2008) fue esencial en el caso ya que coincidió con la crisis económica que, es un hecho notorio, alcanzó a nuestro país a partir de 2008, lo cual impidió la aceptación bancaria en la subrogación del préstamo hipotecario. Puestas en relación una y otra circunstancia (el incumplimiento del plazo y de la subrogación), es claro que el comprador quedó sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa. Aplicación de la doctrina de la base del negocio y de la jurisprudencia emanada del TS en casos muy semejantes al de autos.

Inaplicación de cláusula penal prevista para el caso de incumplimiento de una u otra parte cuando ambas resultaron incumplidoras

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 267/2013, de 30 de abril (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 92050/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de resolución de compraventa de vivienda y condenó a la vendedora demandada a devolver al comprador demandante el dinero que le había entregado como parte del precio. La AP Castellón revocó la sentencia del Juzgado, dejó sin efecto la resolución contractual y moderó la cantidad que la demandada debía reintegrar al actor. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante y confirma la condena de la vendedora a entregar al comprador el dinero recibido como parte del precio.

Compraventa de vivienda. Resolución del contrato. Incumplimiento de ambos contratantes. Interpretación de la cláusula penal

prevista para el caso de incumplimiento de una u otra parte. En la cláusula no se contenía ninguna previsión relativa al caso de que los incumplidores fueran los dos contratantes, aunque uno incumpliera después que el otro. Por tal razón, la liquidación de la relación contractual se ha de regir por las reglas generales (con el alcance «extunc» que sanciona el art. 1124 CC), en lugar de por la específicamente establecida por los contratantes en la cláusula penal, reguladora de otro supuesto. Condena a la vendedora demandada a restituir al comprador demandante la suma recibida como parte del precio de compra.

COMUNIDAD DE BIENES

División de un conjunto de fincas cuando los condóminos no están de acuerdo en la formación de lotes y su distribución

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 298/2013, de 10 de mayo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 65221/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron tanto la demanda principal como la reconvencción y declararon resuelta la comunidad indivisa existente entre los litigantes respecto de un conjunto de inmuebles, ordenando su venta en lotes mediante pública subasta. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandados reconvinientes, anula la sentencia recurrida y remite los autos a la Audiencia para que, teniendo en cuenta los términos del debate, vuelva a resolver el recurso de apelación.

Acción de división de un conjunto de fincas cuya nuda propiedad pertenece a los litigantes. Incongruencia. Incurrió en ella la sentencia de apelación al acordar la venta de las fincas en pública subasta cuando no había sido solicitado por ninguna de las partes, que estaban de acuerdo en la división y en que ésta se materializara mediante la formación de lotes, respecto de los que no había acuerdo, ni tampoco en su reparto. Aunque algunas de las fincas sean indivisibles, el hecho de que la división se solicite conjuntamente respecto de la totalidad de ellas, como un conjunto, permite que, respetándose la indivisión de los bienes indivisibles, puedan repartirse éstos entre los condóminos, y aplicar las normas de la división de la herencia, de acuerdo con el art. 406 CC. Devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, a la vista de las pruebas practicadas, se pronuncie sobre la composición de los lotes y su distribución entre los condóminos.

CONCURSO DE ACREEDORES

Legitimación de los síndicos del concurso de acreedores para ejercitar la acción rescisoria

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 245/2013, de 18 de abril (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 66041/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de rescisión de un pago realizado por la concursada (deudora civil) al apreciar la excepción de falta de legitimación activa de la sindicatura del concurso. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por esta y, asumiendo la instancia, estima la demanda.



Sentencias

Concurso instado antes de que entrara en vigor la Ley Concursal de 2003. Bajo la normativa concursal anterior, en principio, no existía ningún obstáculo para que pudiera ejercitarse, después de la declaración de concurso, la acción pauliana o rescisoria de los actos de disposición del concursado, pues no existía prohibición al respecto. En cuanto a la legitimación para su ejercicio, corresponde a los síndicos del concurso, como órgano que representa los intereses colectivos de los acreedores que conforman la masa pasiva, destinándose lo obtenido a reintegrar la masa del concurso, para evitar una alteración de la «par condicio creditorum». En el caso de autos, procede la rescisión del pago de una deuda ajena realizado por la concursada unos días antes de solicitar el concurso de acreedores, cuando ya estaba en situación de insolvencia, distrayendo el importe satisfecho de la masa activa del concurso, con el consiguiente perjuicio a los acreedores porque disminuyó la garantía patrimonial del cobro de sus créditos.

CONFLICTO DE COMPETENCIAS

Conflicto de competencia: *dies a quo* del plazo para efectuar el requerimiento de inhibición previo

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de abril de 2013 (Ponente: Emilio Frías Ponce) LA LEY 36228/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo estima los recursos contencioso administrativos interpuestos contra el acuerdo de la Junta Arbitral del Concierto entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, debiéndose declarar mal admitido el conflicto planteado por la Xunta de Galicia, al no haberse efectuado el requerimiento previo en plazo.

Exacción del Impuesto sobre Sucesiones devengado por el fallecimiento del causante acontecido en Galicia, habiéndose autoliquidado la herencia en Gipuzkoa. Cómputo del plazo para efectuar el requerimiento de inhibición previo en caso de autoliquidación: *dies a quo*. Basta tener conocimiento formal y fehaciente de actuaciones de gestión por una Administración, aunque el procedimiento se hubiera iniciado mediante autoliquidación en otra distinta, para que el plazo para formular la reclamación de competencia comience a computarse, sin que, por tanto, sea preciso que la Administración tenga el convencimiento de que le corresponde el rendimiento de un tributo, por aplicación de los puntos de conexión. Se declara mal admitido el conflicto planteado por la Junta Arbitral al no haberse efectuado el requerimiento previo en plazo.

CONSUMIDORES Y USUARIOS

Doctrina del Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 241/2013, de 9 de mayo (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 34973/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla estimó la demanda de nulidad por abusivas de las denominadas «cláusulas suelo» incluidas por las entidades bancarias demandadas en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados con los consumidores. La AP Sevilla revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima en parte los recursos

de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la asociación de consumidores demandante, casa la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, desestima en parte la demanda y declara no ha lugar a declarar, en general, la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a contratos de préstamo a interés variable suscritos con consumidores, pero sí a declarar la nulidad de las cláusulas suelo denunciadas en el caso de autos por falta de información suficiente.

Acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación, en la que se solicitaba la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo). Legitimación activa de la asociación de consumidores demandante pese a no estar inscrita en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Apreciación de oficio por el Tribunal de la eventual nulidad de las cláusulas abusivas. Calificación de la cláusulas litigiosas como condiciones generales de la contratación referidas al objeto principal del contrato, lo cual, como regla, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, elimina la posibilidad de controlar judicialmente si su contenido es o no abusivo, si bien ello no impide someter dichas cláusulas a un control de transparencia que incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo del contrato. En el caso de autos, las cláusulas denunciadas no superan ese control de transparencia por falta de información suficientemente clara de que se refieren a un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Y aunque esa falta de transparencia no supone necesariamente que las cláusulas sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor, tales requisitos, necesarios para considerarlas abusivas, también concurren en este caso ya que las cláusulas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia, de modo que los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito. Nulidad de las cláusulas denunciadas. Condena a las entidades bancarias demandadas a eliminarlas de sus contratos y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma en la que se utilizan. Eficacia no retroactiva de la sentencia. La nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia.

CONTRATO DE GESTIÓN DE CARTERA DE VALORES

Condena a un banco por invertir el dinero de un cliente en un fondo de alto riesgo sin informarle debidamente

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 240/2013, de 17 de abril (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 28443/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia condenaron al banco demandado a pagar a un cliente la cantidad que este había perdido tras ser invertida por el banco en un fondo de alto riesgo sin informarle debidamente. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el demandado.



Inversión realizada por el banco gestor en un fondo de alto riesgo en contra del perfil conservador del cliente plasmado en el contrato. Responsabilidad del banco por la pérdida de la totalidad de la inversión. Falta de información sobre el riesgo del fondo. Inexistencia de caso fortuito. No puede considerarse como tal el hecho de que el fondo se viese afectado por el fraude internacional cometido por un conocido inversor.

Recurso extraordinario por infracción procesal. No cabe confundir la incongruencia con la disconformidad o discrepancia del recurrente con la motivación de la sentencia. Alegada incongruencia por un cambio indebido de demanda, esta infracción procesal habría exigido citar la norma relativa a la prohibición del cambio de demanda, que no es el art. 218.1 LEC ni el art. 24 de la Constitución.

Condena al BBVA a indemnizar las pérdidas sufridas por unos clientes que, a propuesta del banco, adquirieron participaciones preferentes de Lehman Brothers

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 244/2013, de 18 de abril (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 45383/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de indemnización por negligencia de la entidad bancaria demandada al adquirir para los actores participaciones preferentes de la entidad Lehman Brothers. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Responsabilidad de la entidad gestora (BBVA) por adquirir para sus clientes valores de alto riesgo como eran las participaciones preferentes de Lehman Brothers. La demandada no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo, sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes adquiridas.

DIVORCIO

Doctrina del Tribunal Supremo sobre los criterios que han de tenerse en cuenta para adoptar el régimen de guarda y custodia compartida de los hijos

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 257/2013, de 29 de abril (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 37196/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de divorcio y, entre otras medidas, atribuyeron al padre la guarda y custodia de la hija del matrimonio. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre y casa la sentencia recurrida en lo que se refiere a la denegación de la guarda y custodia compartida de la hija, aunque mantiene dicho pronunciamiento si bien por razones distintas de las que señala la sentencia recurrida.

El Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del art. 92, 5, 6 y 7 CC respecto a los requisitos que han de tenerse en cuenta a la hora de decidir si se concede o no la guarda y custodia compartida de los hijos.

El litigio comenzó con la demanda de divorcio formulada por el marido solicitando la atribución al mismo de la guarda de la hija del matrimonio. La sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la del Juzgado, accedió a dicha pretensión. La esposa interpuso recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo, que mantiene la atribución de la guarda de la hija al padre aunque por razones distintas de las señaladas por la sentencia de apelación, que la Sala no comparte en absoluto, pues la Audiencia parte de una posición inicialmente contraria al régimen de guarda y custodia compartida, planteando como problemas lo que son virtudes de este régimen, como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar su decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna.

Destaca el Tribunal Supremo, en primer lugar, que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible.

No obstante lo anterior, la Sala deja claro que un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. En este caso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni en el recurso de apelación, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas necesarias para hacer efectivo este régimen. Además, dice el Tribunal, los datos que manejan las sentencias de instancia no permiten acordarla en el interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida, pues no concurre ninguno de los requisitos que con reiteración ha señalado la Sala y que ahora fija como doctrina jurisprudencial. Estos requisitos son: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Doctrina del Tribunal Supremo sobre la reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 250/2013, de 30 de abril (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 36263/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia acordó la disolución del matrimonio por divorcio de los litigantes y declaró vigentes las medidas acordadas en la sentencia de separación excepto la pensión de alimentos de los hijos que debía abonar el padre, cuya cuantía redujo, y el pago de la hipoteca de la vivienda conyugal, cuyas cuotas serían



Sentencias

satisfechas por ambos cónyuges al 50%. La AP Jaén revocó la sentencia del Juzgado en cuanto a los pronunciamientos sobre alimentos de los hijos y pago de la cuota hipotecaria, y en su lugar, acordó el mantenimiento de lo pactado por las partes en el convenio regulador. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el padre y casa la sentencia recurrida en lo que se refiere a la medida sobre alimentos de los hijos del matrimonio, pronunciamiento que mantiene si bien por razones distintas de las que refiere la sentencia recurrida.

Solicitud de modificación de las medidas adoptadas en el convenio regulador de la separación matrimonial con relación a los alimentos de los hijos y a la hipoteca de la vivienda conyugal, debido a un cambio de circunstancias ya que el padre había tenido otros dos hijos de una nueva relación de pareja. Desestimación. Respecto a la hipoteca, en el convenio se pactó que sería satisfecha íntegramente por el padre, habiendo admitido la jurisprudencia esta clase de pactos sobre la base de que el convenio es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, permite a ambos cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a sus intereses. Respecto a los alimentos, el Tribunal Supremo formula como doctrina jurisprudencial que «el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad». En el caso de autos, no se ha probado que la nueva situación del padre suponga una merma de su capacidad económica, que puede incluso haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja y madre de los hijos, obligada también a su sostenimiento y cuyos recursos se ignoran.

Improcedencia de la concesión de una pensión compensatoria tras años de ruptura efectiva de la convivencia conyugal

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 386/2013, de 3 de junio (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 65209/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de divorcio concediendo, la de apelación, una pensión compensatoria a la esposa. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por el esposo y casa la sentencia recurrida en el sentido de dejar sin efecto la pensión compensatoria concedida.

Pensión compensatoria. Admisión de la solicitud de la misma mediante reconvencción implícita. Fue el propio esposo demandante el que, anticipándose a las alegaciones de la esposa, y en previsión de la petición formal que esta pudiera hacer al respecto, tomó la decisión de, aun sin citarla, introducir en su demanda los elementos fácticos necesarios para negar la pensión compensatoria a partir de una relación detallada tanto de su situación económica como de la de su esposa. Esta, por su parte, no se limitó a defenderse de manera genérica de las pretensiones formuladas en su contra, sino que interesó expresamente el reconocimiento de la pensión en la contestación a la demanda. Otra cosa es que la esposa tenga derecho a la misma después de siete años de ruptura efectiva de la convivencia conyugal, sin que durante todo ese período mediara reclamación alguna entre los cónyuges y sin que se haya podido constatar ninguna vinculación económica, ni de otro tipo. En esta situación lo que no puede la esposa es instrumenta-

lizar el juicio de divorcio para solicitar una prestación económica que se ha demostrado innecesaria para su sostenimiento.

ESTAFA

Ilícita utilización de poderes generales para administrar propiedades para suscribir préstamos hipotecarios

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 449/2013, de 22 de mayo (Ponente: Conde-Pumpido Tourón, Cándido) LA LEY 64790/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Islas Baleares y confirma la condena del acusado como autor de un delito continuado de estafa, con la agravante de reincidencia y la atenuante de toxifrenia, declarando la nulidad de los negocios jurídicos que sirvieron para consumir el delito.

Utilización de los poderes generales otorgados al acusado para administrar propiedades para suscribir préstamos hipotecarios que recibía en metálico y destinaba en su propio beneficio, dando como garantía los bienes y ocultando a dichos titulares tales hipotecas. El poder, fruto de un error, generado por el engaño, fue aprovechado por el acusado para generar un segundo error en los prestamistas, ofreciéndoles condiciones extremadamente ventajosas, determinando así el desplazamiento patrimonial, provocándose con ello el perjuicio para las víctimas y el beneficio ilícito para el acusado, conseguido a través de la maniobra fraudulenta.

Responsabilidad civil. Declaración de nulidad por vía del art. 6.3 y 1261 CC de los negocios jurídicos de préstamo e hipoteca que constituyen el instrumento de la estafa, así como de las inscripciones y asientos registrales. Posibilidad para los prestamistas de reclamar en el ámbito civil las cantidades entregadas al responsable del delito ex art. 1305 CC. Protección del tercero hipotecario. Un negocio radicalmente nulo, como lo son los préstamos hipotecarios que consumaron los delitos de estafa, por ilicitud penal de la causa, no deviene válido por la inscripción en el registro. En consecuencia, un negocio nulo de pleno derecho, aun inscrito, no le sirve al tercero que ha sido parte en él para invocar, en su favor, la tutela del Registro, frente al titular real. Siendo radicalmente nulo su propio negocio, no hay adquisición del tercero, pues en ese caso no juega la protección del asiento. (Existe Voto Particular).

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Exenciones

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de mayo de 2013 (Ponente: Emilio Frías Ponce) LA LEY 66549/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, cassando y anulándola, así como las liquidaciones relativas al Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1994 y 1995 de las que trae causa.

Reinversión en activos fijos. Operación de permuta que efectúa una entidad en relación a unos terrenos de su propiedad. Entidad que tiene como actividad principal la promoción inmobiliaria y ex-



plotación de inmuebles mediante arrendamiento, sin perjuicio de otras secundarias —explotación de gimnasio e instalaciones deportivas— que desde el momento en que adquiere los terrenos inicialmente rústicos desarrolló diversas actuaciones hasta conseguir su calificación como edificables para su explotación posterior en régimen de arrendamiento, por lo que no cabe negar la afectación del terreno transmitido a una actividad empresarial. Necesidad como condición indispensable para su consideración entre los elementos materiales del activo fijo en relación con la empresa que ha procedido a la transmisión de los bienes. Falta en la sentencia de instancia de una interpretación integradora de los preceptos reglamentarios que pormenorizaron los requisitos para gozar de la exención.

(Existe Voto Particular).

IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

Devengo del impuesto sobre sucesiones en un supuesto de designación de herederos en testamento ológrafo

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de mayo de 2013 (Ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero) LA LEY 66553/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ Andalucía relativa a liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre Sucesiones, confirmando la resolución judicial impugnada y el acto administrativo del que trae causa.

Sucesiones *mortis causa*. Fecha de devengo en testamentos ológrafos. El impuesto correspondiente a la adquisición *mortis causa* se devenga el día del fallecimiento del causante. La protocolización del testamento ológrafo en un plazo de 5 años (artículo 689 CC) es un requisito de validez del testamento referido a la institución de heredero que determina la existencia del hecho imponible sucesorio. Una cosa es el testamento y los requisitos para su validez y otra las disposiciones del testador (entre ellas la institución de heredero). Por tanto la efectividad de la adquisición del artículo 473.6 del Reglamento del Impuesto se entiende referida a la institución de heredero y no al instrumento en que se plasma dicha decisión (el testamento).

Reducciones de la base imponible. Improcedencia de la pretendida reducción del 90% por la adquisición del de explotación agraria en su integridad. El beneficio fiscal se supedita al cumplimiento de requisitos temporales y formales que no se han cumplido. Por una parte la explotación no ha estado en poder del adquirente por un plazo de al menos 5 años y por otro lado la adquisición debe efectuarse en escritura pública, circunstancia que tampoco concurre.

OPCIÓN DE COMPRA

Condena a la sociedad demandada al otorgamiento de la escritura pública de compraventa

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 261/2013, de 12 de abril (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 33122/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda formulada por los optantes solicitando la declaración de validez y vigencia del precontrato de opción de compra y la condena a la

concedente a otorgar escritura pública de compraventa. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y estima la demanda.

Ejercicio en plazo de la opción de compra. Condena a la sociedad demandada (concedente de la opción) al otorgamiento de la escritura pública de compraventa. Interpretación del contrato conforme a la regla «contra proferentem» (art. 1288 CC). La cláusula en la que se pactó la opción de compra, redactada por la demandada, es confusa y contradictoria ya que señala el plazo de ejercicio de la opción (del 24/12/06 al 24/12/07) y, al tiempo, impone una comunicación de que se va a ejercer «al menos tres meses antes de la fecha de finalización del presente contrato». Es decir, no aparece claro que el ejercicio de la opción finalice en septiembre, por mor del período de comunicación, o en diciembre de 2007, como reza el contrato. Conforme a la citada regla no puede realizarse una interpretación de la cláusula litigiosa favorecedora de la parte que ha ocasionado la oscuridad. Procede, en consecuencia, la declaración de validez del derecho de opción ejercitado dentro del período de vigencia mediante comparecencia ante notario el 21 diciembre 2007.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Carácter vinculante de los acuerdos comunitarios modificativos del título constitutivo que, pese a no estar inscritos en el Registro de la Propiedad, son conocidos por los comuneros

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 300/2013, de 25 de abril (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 36383/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de impugnación del acuerdo comunitario por el que se denegaba al propietario demandante el reintegro de lo que abonó para reparar su balcón. La AP Guipúzcoa revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo estima los recursos por infracción procesal y de casación formulados por la comunidad de propietarios demandada, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Impugnación del acuerdo comunitario por el que se denegaba al propietario demandante el reintegro de lo que abonó para reparar su balcón. Desestimación de la demanda. Antes de que el demandante adquiriese su vivienda, la comunidad había adoptado varios acuerdos modificativos del título constitutivo, en los que se establecía que cada propietario efectuaría por su cuenta la reparación de su balcón, y aunque dichos acuerdos no fueron inscritos en el Registro de la Propiedad, el demandante tuvo conocimiento de los mismos ya que tras adquirir su vivienda fue presidente de la comunidad durante algunos años, por lo que tuvo conocimiento de las actas en las que se reflejaban los acuerdos modificativos y, además, conocía el acuerdo adoptado en una Junta posterior en el que recordaba el contenido de dichos acuerdos modificativos. Conocidos estos, el demandante adquirió legitimación para impugnarlos. El no haberlo hecho supone que desde dicho momento son vinculantes y ejecutables.

Los propietarios excluidos por los estatutos de contribuir a los gastos del ascensor no tienen que pagar los gastos de adaptación del ascensor a la normativa vigente

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 342/2013, de 6 de mayo (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 75864/2013



Sentencias

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de impugnación del acuerdo comunitario por el que se establecía que todos los copropietarios contribuirían a sufragar los gastos derivados de las obras de adaptación de los ascensores a la normativa vigente. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes y casa la sentencia recurrida dejando sin efecto el acuerdo impugnado.

Impugnación del acuerdo por el que se establecía que todos los copropietarios contribuirían, en atención a su coeficiente de participación, a sufragar los gastos derivados de las obras de adaptación de los ascensores de la comunidad a la normativa vigente. Estimación de la demanda. Los propietarios eximidos del pago de los gastos relacionados con los ascensores en los estatutos o en el título constitutivo de la comunidad quedan excluidos del pago de los gastos generados por las obras de sustitución o adaptación del ascensor. El Tribunal Supremo reitera como doctrina jurisprudencial que las exenciones genéricas de gastos que afectan a los locales, contenidas en las cláusulas estatutarias, con apoyo en el no uso del servicio, comprenden tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios.

Nulidad del acuerdo por el que se autorizó la instalación de una chimenea en el patio del inmueble para evacuación de humos del local sito en la planta baja

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 307/2013, de 9 de mayo (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 45888/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad de acuerdo comunitario. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Nulidad del acuerdo por el que se autorizó la instalación de una chimenea en el patio del inmueble para evacuación de humos del local sito en la planta baja. Las obras efectuadas alteraron sustancialmente la configuración del edificio. El acuerdo, en cuanto afectaba a elementos comunes, solo podía adoptarse por unanimidad, y la oposición de la actora es ilustrativa de que esa no se alcanzó, unido ello a que a la demandante se le produjo un manifiesto perjuicio de carácter objetivo con la instalación de una chimenea que interrumpía el espacio existente entre las dos ventanas de su piso. El hecho de que no manifestase su disconformidad con el acuerdo en el plazo de 30 días establecido en el art. 17 LPH no conlleva la supresión de la facultad de solicitar su anulación. En cuanto a la caducidad de la acción, el plazo es de un año, de acuerdo con el art. 18.3 LPH, dado que se infringe la prohibición de alterar elementos comunes sin autorización unánime de la comunidad.

El TS reconoce legitimación para impugnar acuerdos comunitarios a los propietarios que votaron en contra sin salvar su voto

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 242/2013, de 10 de mayo (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 67759/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de impugnación de acuerdos comunitarios. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por varios de los demandantes y anula la sentencia recurrida, únicamente

en cuanto negó legitimación a los cinco propietarios que votaron en contra de los acuerdos que impugnan y no salvaron el voto, manteniendo el fallo de la misma sobre la cuestión de fondo.

Impugnación de acuerdos comunitarios. Estimación parcial de la demanda. Legitimación activa de los propietarios que votaron en contra de los acuerdos que impugnan y no salvaron el voto. El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: la expresión «hubieren salvado su voto», del art. 18.2 LPH, debe interpretarse en el sentido de que no obliga al comunero que hubiera votado en contra del acuerdo, sino únicamente al que se abstiene.

Legalidad del cerramiento del pasillo común de acceso a las viviendas permitido en los estatutos comunitarios

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 351/2013, de 16 de mayo (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 45899/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de declaración de ilegalidad y demolición de las obras de cerramiento del pasillo común de acceso a las viviendas de los demandados. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandantes.

Instalación de una puerta en un pasillo común de acceso a varias viviendas, previo acuerdo de los propietarios de las mismas. Desestimación de la demanda que solicitaba la declaración de ilegalidad de las obras y su demolición. En los estatutos, debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, se permitía el cierre de pasillos, cuando los titulares de las viviendas que a ellos daban prestaran su consentimiento, lo cual no infringe norma alguna de «ius cogens». Tampoco puede entenderse que la cláusula estatutaria fuese discriminatoria, ni que favoreciese a unos comuneros en perjuicio de otros, ni que se hubiese prerreductado por el promotor en su propio beneficio o de sus allegados. Ni siquiera trae como consecuencia una alteración de las cuotas de participación en elementos comunes, sino que se limita a conferir el uso exclusivo de un elemento común.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Doble inmatriculación

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de 4 de abril de 2013 (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 30429/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción declarativa de dominio de una finca formulada por el demandante y, ante la imposibilidad de entregarle el pleno dominio y posesión de la finca, condenaron al ayuntamiento demandado a abonarle el valor de la misma. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por el demandado y casa parcialmente la sentencia recurrida dejando sin efecto el pronunciamiento referido a la rectificación de la inscripción registral de su finca, ordenando la cancelación de la inscripción registral de la finca del demandante.

Segregación de dos fincas de la misma finca matriz quedando parte de una de ellas (la del demandante) incluida en la superficie registral de la otra (la del ayuntamiento demandado), debido a un error en la descripción de esta segunda finca con posterioridad a su segregación. Condena al demandado a abonar al demandante el



valor de su finca ante la imposibilidad de entregarle el pleno dominio y posesión de la misma ya que se encuentra afectada o destinada a viales públicos o zonas verdes en virtud de la actuación urbanística desarrollada en la zona por el demandado. Solución del conflicto mediante la aplicación de normas de derecho civil con exclusión de las normas hipotecarias. Cancelación de la inscripción registral de la finca a favor del demandante. La declaración judicial de cancelación del asiento viene impuesta, sin necesidad de petición expresa, por la propia pretensión alternativa que ha sido acogida (el pago del valor de la finca).

RESPONSABILIDAD CIVIL DE ABOGADA

Negligencia de la abogada que no solicitó la anotación preventiva de demanda impidiendo a su cliente recuperar la finca vendida

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de abril de 2013 (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) LA LEY 66042/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de indemnización dirigida, entre otros, contra una abogada por negligencia profesional. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda contra dicha abogada. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandante y estima en parte su recurso de casación, anulando la sentencia recurrida en cuanto aprecia compensación de culpas en su fundamentación. También desestima el recurso de casación interpuesto por la abogada.

Pérdida de oportunidad procesal del cliente porque la abogada interpuso demanda sin solicitar la medida cautelar de anotación preventiva de la misma. Omisión por la abogada de la diligencia exigible en el desempeño de su cometido profesional, pues no aplicó los imprescindibles conocimientos jurídicos que hubieran evitado el perjuicio sufrido por el cliente. Inexistencia de concurrencia de culpa de este. Doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad de los abogados por frustración de las acciones judiciales.

SOCIEDADES

El presidente del consejo de administración no puede levantar la sesión para evitar su destitución

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 320/2013, de 20 de mayo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 55100/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda de impugnación de acuerdos adoptados por el consejo de administración por caducidad de la acción. La AP Alicante revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad demandada, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

Sociedad de responsabilidad limitada. Impugnación por el presidente del consejo de administración del acuerdo por el que se le cesó en el cargo, adoptado por la mayoría de los consejeros después de que el propio presidente hubiese levantado la sesión y abandonado la misma. Desestimación de la demanda. El orden del día o la

relación de temas a tratar no constituye un requisito esencial para la validez de la convocatoria del consejo. Consecuentemente, en principio, pueden ser tratados todos los asuntos que el consejo considere oportunos. Por otro lado, forma parte de la capacidad autoorganizativa del consejo de administración la designación y revocación del presidente, salvo que los estatutos prevean otra cosa. En el caso de autos, antes de que el presidente diera por concluida la sesión, los consejeros que representaban la mayoría del consejo propusieron, a través del secretario, que se discutiera la remodelación de los cargos dentro del consejo, a lo que se opuso el presidente. En este contexto, en que los consejeros pretendían remover del cargo de presidente a quien lo era hasta entonces, constituye un abuso de facultades por parte del presidente evitar su destitución mediante la decisión de levantar la sesión. Formalmente, le corresponde al presidente convocar la reunión, dar por constituido el consejo, presidirlo y concluirlo, pero no puede abortar la toma de una decisión que le afecta directamente, levantando la sesión, cuando la mayoría de los consejeros había votado a favor de la discusión de ese asunto.

Alcance de la renuncia al ejercicio del derecho de adquisición preferente en las sociedades de responsabilidad limitada

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 338/2013, de 24 de mayo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 65220/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda de impugnación de acuerdos sociales. La AP Bizkaia revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación formulados por las entidades demandadas.

Sociedad de responsabilidad limitada. Comunicación por varios socios de su intención de transmitir sus participaciones. Renuncia de los restantes socios y de la sociedad al ejercicio del derecho de adquisición preferente contemplado en los estatutos, en los que también se establecía que si en el plazo de seis meses no se realizaba la transmisión proyectada, debía reiterarse la comunicación, sancionándose el incumplimiento de esta norma con el no reconocimiento de la condición de socio al adquirente. Impugnación de los acuerdos adoptados en una Junta a la que acudió como socia la adquirente de las participaciones habiendo incumplido los transmitentes la obligación de reiterar la comunicación. Estimación de la demanda. La renuncia al derecho de adquisición preferente de los socios no transmitentes y de la sociedad lo era en relación con la propuesta de transmisión comunicada inicialmente, y si, una vez alcanzada la libre transmisión por la renuncia aprobada por unanimidad en la junta de socios, no se verificaba la venta en seis meses, la facultad de libre transmisión se extinguía y era necesario volver a iniciar el proceso previsto en los estatutos para obtenerla nuevamente.

Fecha de valoración de las participaciones del socio administrador excluido mediante sentencia firme por incumplimiento de la prohibición de competencia

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 345/2013, de 27 de mayo (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 65211/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda formulada por un socio excluido de la sociedad demandada y declararon que la valoración de sus participaciones debía referirse a la



Sentencias

fecha en que fue firme la sentencia de exclusión. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la sociedad.

Sociedad de responsabilidad limitada. Exclusión del socio administrador por incumplimiento de la prohibición de competencia. En un supuesto en que, por tener el socio excluido una participación igual o superior al 25% capital social, y no estar conforme con el acuerdo de exclusión, ha resultado necesario una sentencia firme para su exclusión, los efectos de esta exclusión operan desde la firmeza de la sentencia y, por ello, también hay que referir a ese momento la valoración de sus participaciones.

TÍTULOS NOBILIARIOS

Acción declarativa del mejor derecho a poseer un título nobiliario

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 410/2013, de 13 de junio (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 83498/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción de reclamación del mejor derecho a poseer un título nobiliario. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandada, anula la sentencia recurrida y desestima la demanda.

Falta de legitimación activa de la demandante ya que los documentos aportados con la demanda no eran aptos para acreditar la filiación de la misma respecto del anterior poseedor del título. Los documentos aportados son de carácter público (certificaciones de inscripción de nacimiento y matrimonio) pero se presentaron sin cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos ya que aparecían autorizados en el extranjero sin contar con la «apostilla» exigida, se aportaron mediante fotocopia y fueron impugnados por

la parte demandada, por lo que ha de entenderse que carecen de valor probatorio.

URBANISMO

Ilegalidad de obras de construcción de varios apartamentos en suelo rústico

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de mayo de 2013 (Ponente: Eduardo Calvo Rojas) LA LEY 49101/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Galicia que confirmó la ilegalidad de unas obras de construcción y orden de reposición a su estado original.

Orden de restitución de la parcela a su estado original y ajuste del uso y destino de la edificación a los autorizados por la licencia. Parcelación urbanística ilegal. Terreno clasificado por las Normas Subsidiarias como suelo no urbanizable de protección de costas. Ha habido cambio de uso de la edificación en contra de la condición bajo la que se concedió la licencia para construcción de aparta-hotel. Complejo inmobiliario. Aunque se mantenga formalmente la unidad del inmueble, se produce la división ideal del derecho o del aprovechamiento finca, dando con ello lugar a un resultado del todo equivalente al del complejo inmobiliario mediante un artificioso juego combinado de la división horizontal y las participaciones societarias de la sociedad civil creada al efecto. Concepción amplia y finalista de la parcelación urbanística. Comunicación al Registro de la Propiedad, para su constancia, de la imposibilidad jurídica de división, segregación o parcelación de la parcela matriz en atención a su carácter indivisible. Discrepancia con la valoración de los medios de prueba no atendible en casación.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en abril, mayo y junio de 2013

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 3 de abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4314)

La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera ipso iure una vez agotado su plazo de vigencia, aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango y ya no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual solo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

Así, la Dirección deniega la cancelación de las cargas posteriores a una anotación preventiva de embargo, ordenada en un decreto judicial de adjudicación, porque, en el momento de presentar el título, la anotación de embargo se halla cancelada por transcurso de su plazo de vigencia de cuatro años.

Resolución de 4 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5016)

Deniega la práctica de un embargo frente a la herencia yacente o herederos desconocidos de una persona fallecida por falta de tracto sucesivo (art. 20 LH), ya que el embargo se ha dirigido contra sus herederos indeterminados, sin mayor precisión, cuando lo procedente hubiese sido dirigirlo contra sus herederos ciertos y determinados, o bien contra el administrador judicial.

Resolución de 17 de abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5179)

Se presenta una sentencia firme que anula una inscripción de dominio y ordena la reinscripción de la finca a nombre de

los anteriores propietarios, así como la cancelación de todos los asientos posteriores al asiento anulado. La Dirección deniega la cancelación de un embargo por deuda tributaria del titular cuyo asiento se anula, por no constar del mandamiento que el acreedor haya sido parte en el procedimiento, ni que haya sido personalmente notificado, ni conste que la demanda hubiera sido anotada preventivamente.

Resolución de 10 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6016), Resolución de 10 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6017), Resolución de 10 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6018) y Resolución de 10 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6019)

En su día se practicó indebidamente una anotación preventiva de embargo administrativo sobre una finca cuyo folio registral ya debía estar cerrado, por haber sido previamente agrupada con otra y vendida a un tercero ajeno al procedimiento. Ahora se solicita la prórroga de la anotación. En principio, habría que practicarla, pues la prórroga de una anotación no es un asiento autónomo, sino que se limita a mantener en el tiempo los efectos de la anotación primitiva, manteniendo su prioridad. Sin embargo, la Dirección deniega la prórroga, por seguridad jurídica, para no crear una apariencia de derecho que podría perjudicar al postor de buena fe, ya que el principio de prioridad impedirá en todo caso inscribir la adjudicación derivada del procedimiento. Para resolver este tipo de errores de concepto apreciados por el Registrador, es aplicable el procedimiento de los arts. 42-9 y 217 LH: convocar a todos los interesados para la suscripción unánime de un acta de rectificación (o resolución judicial, en otro caso), pudiendo pedirse, entretanto, anotación preventiva por defecto subsanable de la prórroga solicitada.



Resoluciones

Resolución de 29 de mayo de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7035)

Deniega la anotación de un mandamiento de embargo administrativo, habida cuenta de que la sociedad embargada se encuentra en concurso de acreedores en fase de liquidación, tanto las providencias de apremio como la diligencia de embargo son posteriores a la fecha de apertura de la fase de liquidación y, según el mandamiento, el crédito que causa el embargo tiene la condición de crédito contra la masa.

CONCURSO DE ACREEDORES

Resolución de 8 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3827) y Resolución de 11 de marzo de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3985)

Deniegan una anotación preventiva de embargo pretendida en virtud de apremio administrativo cuando ya consta anotado en el Registro el concurso voluntario del deudor, siendo la providencia de apremio y la diligencia de embargo posteriores a la declaración de concurso, y no existiendo pronunciamiento previo del Juez del concurso que se trata de créditos contra la masa susceptibles de ejecución separada.

Resolución de 14 de marzo de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3988)

La jurisdicción del Juez que está conociendo de un concurso de acreedores es exclusiva y excluyente para conocer, entre otras materias, de las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado (art. 8 LC). En consecuencia, la Dirección deniega la práctica de una anotación preventiva de demanda dictada por Juez diferente al que está conociendo del concurso previamente anotado sobre la finca.

Resolución de 22 de marzo de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4068)

Deniega la inscripción de un mandamiento judicial de embargo en virtud de la nueva redacción de los arts. 55 y 56 LC (redactados por el art. 43 de la Ley 38/2011), que imponen la continuidad en la jurisdicción del Juez que conoce del concurso, a quien competirá declarar la no afección de los bienes trabados a la actividad empresarial o profesional del concursado.

Resolución de 8 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5022)

Admite una anotación preventiva de embargo sobre bienes de una sociedad declarada en concurso, con convenio aprobado. Confirma la doctrina de la STS de 10 de junio de 1997: la aprobación del convenio concursal con los acreedores pone fin al expediente de suspensión de pagos, con la consecuencia de que el deudor recobra de nuevo su plena libertad de actuación, salvo que en el convenio pactado se le hubiese impuesto alguna limitación, la cual será siempre de interpretación estricta. Hoy esta solución resulta de los arts. 133 y 137 LC.

Resolución de 9 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5025)

Deniega la anotación de un embargo recaído en procedimiento de apremio administrativo contra un titular declarado en concurso, aunque la diligencia de embargo es anterior a la declaración de concurso, y el mandamiento de embargo se presenta antes que dicha declaración. Hace falta acreditar el pronunciamiento del Juez del concurso de que los bienes embargados no resultan necesarios para

la continuidad de la actividad profesional del deudor (el actual art. 55-1 LC exige este requisito para que puedan continuar los procedimientos de ejecución administrativa que ya tuviesen providencia de apremio antes de la declaración concursal).

Y todo ello con independencia de que al presentar el mandamiento no constase anotado el concurso, pues la inscripción de este no es una carga que haya de ordenarse según la prioridad registral, sino la publicación de una situación subjetiva, de modo que el Registrador deberá calificar teniendo en cuenta las fechas del auto de declaración de concurso y la del acto cuya inscripción se solicita, sin que se dé el conflicto de prioridad que resuelve el art. 17 LH. Además, el régimen de intervención o suspensión de facultades del concursado no nace con la inscripción del auto, sino que es eficaz desde la fecha del mismo (art. 21-2 LC).

Resolución de 20 de mayo de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6920)

Anotada en el Registro la declaración de concurso, no cabe anotar más embargos posteriores que los acordados por el Juez concursal (art. 24-4 LC). Ahora bien, el art. 55-1 LC 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 los bienes embargados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuestión esta de apreciación judicial, a la que no se extiende la calificación registral y respecto de la cual la Administración actuante debe pedir al órgano judicial que se pronuncie, de modo que dicha Administración recuperará sus facultades de ejecución si la decisión es negativa, mientras que perderá su competencia si es positiva (Sentencia 5.ª de 22 de junio de 2009, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción y Competencia del Tribunal Supremo). Tras la reforma de la Ley Concursal introducida por la Ley 38/2011, la competencia para la declaración de no afección corresponde exclusivamente al Juez del concurso, siguiendo la pauta de la jurisprudencia.

Sobre la base de esta doctrina, la Dirección deniega una anotación preventiva de embargo pretendida por la Tesorería General de la Seguridad Social cuando ya consta anotado en el Registro el concurso voluntario del deudor, a pesar de que la providencia de apremio y la diligencia de embargo son anteriores a la declaración de concurso, al no existir pronunciamiento previo del Juez concursal sobre el carácter necesario del bien para la actividad del concursado.

CONDICIÓN RESOLUTORIA

Resolución de 17 de mayo de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6916)

Recapitula la doctrina de la Dirección sobre requisitos para obtener la reinscripción a favor del transmitente como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita, ex art. 1504 CC: aportación del título del vendedor; notificación judicial o notarial de quedar resuelta la transmisión, hecha al adquirente y sin oposición de este (si hay oposición, hace falta pronunciamiento judicial sobre la existencia de incumplimiento grave e injustificado); documento que acredite la consignación del importe que deba ser devuelto al adquirente o que corresponda por subrogación real a los titulares de derechos extinguidos (art. 175-6 RH), teniendo en cuenta que la posible cláusula penal estipulada para el caso de resolución no puede



deducirse de la cantidad a consignar, por cuanto podría ser objeto de corrección judicial (art. 1154 CC).

Aplicando la doctrina anterior, deniega la resolución pretendida por falta de consentimiento del titular, cuya contestación al requerimiento no constituye allanamiento, pues exige previamente la entrega de ciertas facturas y de una cantidad por diferencia de repercusión del IVA.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

Resolución de 21 de marzo de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4065)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación por falta de licencia o declaración de innecesariedad. La escritura fue otorgada una vez vigente el RDL 8/2011, pero la solicitud de licencia se presentó en 1999, por lo cual el recurrente alega haberla adquirido mediante silencio administrativo positivo, de acuerdo con la doctrina permisiva que mantenía la Dirección en el momento de solicitud de dicha licencia (años 2009 y 2010).

El principio de irretroactividad impera respecto de la legislación y la jurisprudencia, pero no respecto de la doctrina que las interpreta. La Resolución de 14 de abril de 2011 declaró aplicables a las obras nuevas las normas vigentes al momento de otorgar los documentos, aunque la obra hubiese sido ejecutada antes. La Resolución de 27 de enero de 2012 denegó la inscripción de una escritura de segregación de finca rústica inferior a la unidad mínima de cultivo, aunque fue otorgada antes de la legislación que reconoce el régimen de tales unidades. El principio de irretroactividad debe matizarse. En un supuesto estrictamente registral, como sería una segregación, el Registrador debe calificar la concurrencia no solo de los controles administrativos vigentes a la fecha de otorgamiento, sino también de los aplicables a la fecha de presentación al Registro.

Resolución de 15 de abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5176)

Admite la inscripción de una compraventa de partes indivisas de varias fincas no urbanizables sitas en Andalucía a diversos compradores, donde, si bien es cierto que no existe una asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, se discute si hay elementos de juicio reveladores de posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de un núcleo de población, que precisaría de licencia o declaración de innecesariedad. Ciertamente, se reconoce que el concepto de *parcelación* trasciende hoy a la mera división material. Así, el art. 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso o cuotas *pro indiviso* de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente. Sin embargo, en el caso resuelto, no hay asignación de uso individual de partes de finca, ni indicio alguno del que se pueda extraer la sospecha de una posible parcelación.

Resolución de 16 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6175)

Constan inscritas dos fincas, de las cuales se fueron segregando, a lo largo del tiempo, varias porciones, pero sin determinar en cuál de las dos fincas registrales se ubicaba cada parte segregada, como si de una sola finca funcional agrupada se tratara. Sin embargo,

ahora la Dirección deniega la inscripción de una nueva segregación indistinta. No acreditar suficientemente la ubicación de la parte segregada en una u otra puede dar lugar a una doble inmatriculación. Cabría aplicar a este supuesto la solución del art. 306 RH, prevista, en principio, para inmatriculaciones, pero extensible a toda creación de una nueva finca registral.

La Dirección desestima el otro defecto apreciado por el Registrador: habiéndose aportado certificado municipal sobre innecesariedad de licencia de segregación, no es preciso acreditar que la porción segregada no está destinada a dotaciones públicas, viales o zonas verdes.

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Resolución de 21 de marzo de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4067), Resolución de 20 de marzo de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4064) y Resolución de 20 de marzo de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4063)

En su día, mediante escrito de la Xunta de Galicia, se instó el cambio de titularidad de unas fincas hasta entonces inscritas a nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social, que pasaron a nombre de la comunidad autónoma, todo ello en virtud de la normativa sobre transferencias. Ahora, la Tesorería General solicita la rectificación del asiento, por entender que la cesión se produjo indebidamente en propiedad, cuando debería haber sido en uso. La Dirección entiende que no estamos ante un supuesto en el que quepa la rectificación de oficio por el Registrador, por resultar el error susceptible de prueba mediante documento fehaciente independiente de la voluntad de los interesados. Para la rectificación pretendida, hará falta el consentimiento de la Administración titular o, en su defecto, resolución judicial firme.

DOCUMENTOS JUDICIALES

Resolución de 15 de marzo de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3990)

Deniega la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de un decreto judicial de adjudicación de buque recaído en procedimiento separado de responsabilidad civil. La Dirección no considera obstáculo para inscribir una adjudicación derivada de procedimiento de apremio que el embargo no haya sido anotado (o que la anotación hubiese caducado), siempre que no resulten obstáculos del Registro (art. 674-1 LEC). Los defectos que impiden la inscripción son: falta de firmeza de la resolución judicial, además, especialmente, exigida para los buques en el art. 167 RRM-1956; la no constancia en el título de que el titular registral haya sido parte en el procedimiento, ni que (tratándose de un bien inscrito como presuntivamente ganancial) su cónyuge haya sido notificado, y la falta de determinación en el título de la cuota de buque que corresponde a cada uno de los dos adjudicatarios, tal y como exige el art. 54 RH, y dada la especial trascendencia de la comunidad sobre un buque en la regulación de los arts. 589 y s. CCom.

Resolución de 1 de abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4309)

Deniega la inscripción de un auto judicial recaído en expediente de dominio inmatriculador, por el que se declara justificado el dominio de una persona sobre una finca que se dice formada con parte de la superficie de dos fincas registrales determinadas, cuya agrupación ya figuraba inscrita antes de la iniciación del expediente de dominio.



Resoluciones

La Dirección confirma la calificación registral, que apreciaba cuatro defectos. Primero, la incongruencia de la resolución judicial, al utilizarse el expediente de dominio inmatriculador, cuando lo procedente hubiese sido el de reanudación de tracto interrumpido. Segundo, la ausencia de intervención de los titulares registrales. Tercero, falta la descripción de la porción segregada y de las modificaciones en las fincas de las que procede. Cuarto, hay que determinar qué parte o porción de finca procede de cada una de las fincas matrices y agruparlas, para lo cual hace falta licencia de segregación o declaración de innecesariedad.

Resolución de 9 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6015)

Deniega la inscripción de una sentencia declarativa de dominio adquirido por usucapción extraordinaria. La demanda se dirige contra los herederos desconocidos del titular registral de la nuda propiedad, cuando es doctrina consolidada la imposibilidad de cancelar derechos inscritos a nombre de personas no citadas en el procedimiento. Por otro lado, no se acredita el fallecimiento del usufructuario cuyo derecho se declara consolidado con la nuda propiedad. Aunque el título de su derecho sea de 1887, no corresponde al Registrador sustituir ni declarar por presunción ninguno de los sistemas de prueba de la defunción contemplados en la legislación del Registro Civil.

Resolución de 11 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6169)

Rechaza la inscripción de un acta de conciliación dictada por Juez de Paz donde las partes se avienen sobre determinadas cuestiones obligacionales relativas a una vivienda suya (uso provisional y pagos), con ocasión de la ruptura de su convivencia, pero sin más datos sobre su situación personal, ni sobre si se ha presentado o no demanda de separación o divorcio.

Formalmente, no se ha cumplido la exigencia general de escritura pública, ni sus excepciones: convenio regulador homologado judicialmente, o resolución judicial. Además, el acuerdo alcanzado es meramente obligacional: no se constituye un derecho familiar de uso en atención de los hijos menores y el cónyuge que lo precise (arts. 90 y 96 CC); ni un derecho real sobre la finca, en los términos de los arts. 523 y s. CC; ni una modalización, con relevancia registral, de las reglas de administración y disposición sobre el condominio de la vivienda, al amparo de los arts. 399 CC y 2 LH.

Resolución de 17 de mayo de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6914)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara la existencia de un contrato privado de compraventa y condena al demandado a otorgar la correspondiente escritura. Ciertamente, las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria son directamente inscribibles (salvo las dictadas en rebeldía, en los términos del art. 524 LEC). Pero también es cierto que las sentencias de condena requieren, para su plena eficacia y, por lo tanto, para su inscripción, la tramitación del correspondiente proceso de ejecución (Resolución de 4 de mayo de 2010).

EXCESO DE CABIDA

Resolución de 3 de abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4313)

Deniega la inscripción de un acta de notoriedad de exceso de cabida (art. 298 RH) porque el Registrador tiene dudas fundadas

sobre la identidad de la finca. En general, tales dudas no pueden ser arbitrarias, sino fundadas y motivadas. A título enunciativo, el propio art. 298 RH ofrece ejemplos (tratarse de una finca formada por segregación, división, agrupación, o bien haberse inscrito con anterioridad otro exceso). Basta con que el Registrador tenga esas dudas fundadas (y no necesariamente completa seguridad) para que corresponda a los solicitantes la prueba de la identidad. En el caso resuelto, el Registrador funda sus dudas en que consta ya inscrito un previo exceso de cabida mediante acta promovida por un titular anterior. Existiendo un acta anterior que acreditó el hecho notorio de la cabida real de la finca, el acta actual debería justificar por qué ese «hecho notorio» es ahora distinto. Sin tal justificación, la duda del Registrador está plenamente fundada.

Resolución de 4 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5017)

Deniega la inscripción de dos excesos de cabida documentados en sendas actas de notoriedad, tramitadas conforme al art. 53-10 de la Ley 13/1996, por encontrar fundadas las dudas del Registrador en cuanto a la identidad de las fincas y en cuanto a si el exceso de cabida pretendido implica o no una invasión de terrenos colindantes. Las fincas afectadas tienen en parte linderos fijos; están identificadas en bases gráficas georreferenciadas, y existen sobre ellas previas rectificaciones de cabida, agrupaciones y segregaciones.

Para la Dirección, el informe favorable a la inscripción que fue emitido previamente por el Registrador competente, según el art. 355 RH, tiene carácter no vinculante, por exigirlo así la STS de 31 de enero de 2001, que anuló la reforma del Reglamento Hipotecario mediante el RD 1867/1998. Por otro lado, no es obstáculo para la inscripción la falta de consentimiento de los titulares de fincas colindantes, ni la falta de tracto sucesivo en cuanto a los mismos, ya que la normativa reguladora de este tipo de actas se está refiriendo a los colindantes reales, sean o no titulares registrales (Resolución de 2 de julio de 1980), y el acta no supone la inscripción de un acto traslativo, sino que los colindantes solo comparecen como posibles perjudicados. Tampoco es preciso expresar la causa de la modificación pretendida, por cuanto realmente estamos ante la registración de un exceso de cabida, es decir, ante la rectificación de un dato erróneo de superficie, basando a estos efectos con la notificación.

Resolución de 6 de mayo de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5849)

Deniega la inscripción de un exceso que duplica la cabida inscrita. Todo exceso de cabida que supere la vigésima parte de la superficie inscrita debe ser tratado como un supuesto de inmatriculación. En el caso resuelto, no se ha aportado título inmatriculador suficiente, ni certificación catastral totalmente coincidente con el título. La existencia de un mero proyecto técnico de medición tampoco sería de por sí suficiente para inscribir el exceso (además de que, conforme al art. 326 LH, no puede tenerse en cuenta en el recurso por haberse aportado después de la calificación).

FINCA DISCONTINUA

Resolución de 14 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6173)

Para la creación de una finca discontinua, no basta la mera voluntad del propietario, sino que debe acreditarse objetivamente la



unidad funcional de explotación, o que las porciones están en situación de dependencia o interdependencia por razón de propiedad (y no, por ejemplo, por un mero arrendamiento).

En aplicación de esta doctrina, la Dirección admite la inscripción de una escritura de agrupación de dos fincas no colindantes que pasan a formar una finca discontinua, por entender que la certificación de la comunidad autónoma (exigida por el Registrador) no es el único medio acreditativo objetivo idóneo, sino que, por el contrario, la posibilidad y conveniencia de una unidad orgánica y funcional entre estas dos porciones de propietario único resultan claramente de otras circunstancias recogidas en las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas aportadas a la escritura, según las cuales: el uso principal de las fincas es agrario (ambas son de secano: una de olivos y otra de almendros), no distan entre sí más de 500 m y están comunicadas por un camino comarcal de uso agrícola de carácter público.

HIPOTECA

Resolución de 7 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3825)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria por falta de requerimiento de pago al deudor no hipotecante. El requerimiento de pago al deudor, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (art. 132-1 LH) y procesal (art. 685 LEC), y su falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad.

Resolución de 8 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3826)

Una finca fue hipotecada con estipulación de extensión de la hipoteca a las «agregaciones de terrenos». Posteriormente, la finca fue agrupada con otra. Ahora se pretende dejar sin efecto la agrupación, dejando la hipoteca restringida a la finca inicialmente hipotecada. La Dirección exige el consentimiento del acreedor hipotecario, pues el pacto de extensión de la hipoteca a las «agregaciones de terrenos» se extiende a toda forma en que a la finca hipotecada se le añada otra porción, ya sea agrupación o agregación, que no difieren materialmente, sino solo en su mecanismo formal.

Resolución de 19 de marzo de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4062) y Resolución de 21 de marzo de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4066)

Deniega la expedición de una certificación de dominio y cargas —y la correspondiente nota marginal prevista en el art. 236, letra b), 2 RH— porque la hipoteca no está inscrita a nombre del ejecutante (el titular es Unicaja, mientras que el ejecutante es Unicaja Banco, SA).

La Dirección recuerda doctrina consolidada. La nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas, si bien no produce el cierre registral, opera como una condición resolutoria que determinará la cancelación de todos los asientos posteriores a la hipoteca. No es una mera publicidad-noticia, sino una notificación formal sustitutiva de notificaciones individualizadas a los titulares posteriores. Además, el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo de la inscripción respecto de la hipoteca, y su función es esencialmente protectora de la posición del deudor.

Resolución de 2 de abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4311)

Deniega la inscripción de una hipoteca mobiliaria sobre vehículos y maquinaria industrial. En cuanto a los vehículos, no basta con acompañar el permiso de circulación, sino que lo trascendente es hacer constar en el mismo la hipoteca, dadas las restricciones para su libre circulación dispuestas en el art. 37 LHMPD. Respecto de las máquinas industriales, su reseña se hace por mera referencia a un informe de tasación que se protocoliza, y con la mera mención de su depósito en la sede de la sociedad, pero sin mención de su destino a una explotación industrial (como exige el art. 16-6 Reglamento de LHMPD). Si se quiere que las máquinas sean objeto de hipoteca mobiliaria independiente, deben ser rigurosamente descritas con reseña de las mismas, expresión de sus características de fábrica, número, tipo y cuantas peculiaridades contribuyan a su identificación (art. 43 LHMPD), así como sistema de propulsión, tipo o modelo (si se designase con nombre especial) y serie. De lo contrario, solo podrán ser objeto de extensión de una hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil, o de extensión paccionada de una hipoteca inmobiliaria. Por otro lado, la falta de mención de la explotación a que se destinan solo permite hipotecar las máquinas como un elemento más del establecimiento mercantil hipotecado —art. 21, letra b) LHMPD—, o ser objeto de prenda sin desplazamiento de forma autónoma (art. 53-1 LHMPD). Por otro lado, la falta en la escritura de las declaraciones necesarias de los interesados (distribución de la responsabilidad entre los diversos bienes hipotecados, domicilio del deudor, designación del mandatario) no puede ser suplida en el escrito de recurso.

Resolución de 26 de abril de 2013 (BOE 128, 29-V-13: 5635)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia y constitución de hipoteca. La testadora había ordenado dos legados de cantidad, disponiendo que, de no haber metálico en la herencia, se satisficieran al vender bienes de la herencia, «*quedando especialmente vinculado el importe que se obtenga de la venta de la finca propiedad de la testadora en Artá*». En la escritura de herencia, dada la inexistencia de metálico, la heredera adjudica a una de las legatarias de cantidad un derecho de crédito contra la misma heredera, que se garantiza con una hipoteca sobre la finca de Artá. La inscripción de la hipoteca no es posible por falta de señalamiento de un plazo de vencimiento de la hipoteca, a partir de que se cumpla la condición suspensiva (venta de la finca), porque, de no ser así, la hipoteca nacería y vencería simultáneamente. Hay que dar un plazo para que, si se vende la finca, la heredera deba pagar el legado.

Resolución de 9 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6014)

Suspende la inscripción de una escritura de venta extrajudicial de una finca hipotecada por no haberse practicado el requerimiento de pago al deudor con ninguna de las personas previstas en el art. 236, letra c) RH.

La Dirección es favorable a interpretar flexiblemente las normas que rigen este trámite esencial, 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 proceso por haber tenido este conocimiento extraprocesal del contenido de



Resoluciones

la comunicación. Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que esta doctrina constitucional se refiere al ámbito jurisdiccional, y no puede trasladarse automáticamente a la venta extrajudicial, que, en definitiva, supone el ejercicio de un derecho privado.

El procedimiento a que se refiere esta resolución continuó, pese a que la notificación a la sociedad deudora se verificó en el domicilio del Registro, pero con persona que no recogió la cédula, por manifestar que la sociedad requerida había cambiado su domicilio, ignorando cuál era el nuevo, y que no mantiene relaciones con la misma. Existe absoluta falta de relación con el requerido. No procede interpretar el art. 236 RH, a la luz de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre notificación edictal en caso de frustración del requerimiento, pues no cabe confundir un procedimiento derivado de la potestad del Estado con el desenvolvimiento de un pacto negocial. Tampoco procede la aplicación supletoria o análoga del Reglamento Notarial, pues lo prohíbe su art. 206. Ciertamente, un requerimiento de pago al deudor quedaría frustrado por su mera negativa a identificarse o su ausencia del domicilio. Y también es cierto que, en el caso resuelto, hay conductas del deudor que podrían imputarle su propia indefensión o ponerla en entredicho: no notificó su cambio de domicilio al acreedor, ni lo hizo constar en el Registro; además, tras el requerimiento frustrado, otorgó escritura de venta de la finca (el Notario autorizante realizó advertencias sobre la constancia del procedimiento). Pero la apreciación de todas estas circunstancias corresponde a los jueces, quedando limitada la actividad del Registrador a aceptar o no la inscripción.

Resolución de 18 de mayo de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6917)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca sometida a la condición suspensiva de que al tiempo de la inscripción no exista asiento que impida mantener el mismo rango a la hipoteca novada. Según la calificación, no compete al Registrador decidir si hay alteración de rango o no. En el Registro existen dos cargas posteriores: una hipoteca a favor de la misma entidad de crédito y una servidumbre de instalación de energía eléctrica. Ambas se han reflejado en la escritura y, a pesar de ellas, las partes han manifestado su voluntad inequívoca de realizar el negocio. Por lo tanto, la condición solo produciría su ineficacia en caso de cargas preferentes no mencionadas.

Resolución de 22 de mayo de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6959)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria, por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas. El requerimiento de pago al tercer poseedor es un trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (art. 132-1 LH) y procesal (art. 685 LEC), y su falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el Registrador al tiempo de expedir la certificación (art. 659 LEC), cuyo efecto es solo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos.

Resolución de 29 de mayo de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7034)

Deniega la cancelación de una hipoteca en garantía de una obligación al portador, pretendida en virtud del art. 82-5 LH, porque en

la escritura de constitución se estipuló una determinada fecha de cumplimiento (anterior en más de veintiún años al momento de la calificación), pero estableciendo la posibilidad de prórroga por los tenedores de hasta un máximo de diez años. Por lo tanto, el plazo de veinte años para la prescripción de la acción hipotecaria, más el año siguiente sin constancia registral en contra, debe contarse desde la fecha máxima de prórroga. Este plazo aún no ha transcurrido.

Por otro lado, niega que interrumpa la prescripción la mera nota marginal a la hipoteca por la que el titular de la finca que la adquirió en un procedimiento de ejecución hipotecaria no preferente (la de los demás títulos garantizados con la misma hipoteca) fija un domicilio para requerimientos y notificaciones para una eventual ejecución de la carga subsistente. El reconocimiento de deuda que interrumpa la prescripción (art. 1973 CC) debe ser realizado por el propio deudor, una circunstancia que no concurre en el adjudicatario por ejecución de carga no preferente. Además, el mero señalamiento de domicilio no constituye manifestación relativa al crédito, sino a la configuración de la hipoteca.

INMATRICULACIÓN

Resolución de 16 de abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5178)

Admite una inmatriculación mediante escritura de herencia, complementada por acta de notoriedad autorizada por Notario de otro distrito notarial.

El art. 199, letra b) LH (a diferencia de las actas para reanudación de tracto, ex art. 203-1 LH), no exige que el acta de notoriedad para inmatriculación sea autorizada por Notario hábil para actuar en el lugar en que radiquen las fincas. Y el art. 298-1 RH se limita a prever que se tramitarán conforme al art. 209 RN, el cual no requiere la competencia territorial del Notario (el art. 210 RN sí que exigía específicamente para estas actas que fuesen autorizadas por Notario hábil para actuar en el término de la finca, pero fue anulado por la STS de 20 de mayo de 2008). Solo el Notario competente en el lugar donde radique la finca podrá practicar pruebas que requieran su presencia o actuación directa e inmediata en dicho lugar.

Resolución de 8 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6009)

Deniega una inmatriculación por doble título notarial porque la certificación catastral descriptiva y gráfica no es totalmente coincidente con el título, lo cual es una exigencia imprescindible para inmatricular fincas, cualquiera que sea el titular y el medio por el que se pretenda.

Resolución de 9 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6013)

Rechaza una inmatriculación (art. 205 LH) pretendida mediante escritura de compraventa cuyo título previo es otra escritura (otorgada el mismo día y ante el mismo Notario) de aportación a la sociedad de gananciales de los vendedores, en la que el cónyuge aportante se limita a manifestar retóricamente que a su vez había adquirido por «justos y legítimos títulos». Cabe inferir que ambos títulos han sido preparados *ad hoc* para conseguir la inmatriculación, dada su simultaneidad, la inexistencia de título original de adquisición y el nulo coste fiscal. No se estima suficiente el argumento de que, con la previa aportación, se pretende hacer partícipe al otro cónyuge de los beneficios derivados de la venta, puesto que el precio, desde su



ingreso en la cuenta bancaria referida en los medios de pago, deviene presuntivamente ganancial.

Resolución de 22 de mayo de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6961)

Admite la inmatriculación de varias fincas que incluyen edificaciones mediante la certificación eclesiástica regulada en el art. 206-1 LH, a pesar de que el párrafo 2.º de dicho artículo, relativo, entre otros actos, a las declaraciones de obra, se aplica solo a los entes públicos estatales. Para la Dirección, no es aplicable dicho párrafo 2.º, sino solo el 1.º. Es doctrina reiterada que las exigencias impuestas por la legislación urbanística para la inscripción en el Registro de la Propiedad rigen también para las inmatriculaciones de fincas con edificaciones. No hay norma urbanística que imponga la escritura para las declaraciones de obra, cuyo título puede ser otro (arts. 208 LH y 308 RH), como un auto aprobatorio de expediente de dominio para reanudar el tracto (Resolución de 18 de junio de 1991) o un título inmatriculador, como el del supuesto.

Resolución de 28 de mayo de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7033)

Admite la inmatriculación de una finca ubicada en Galicia y lindante, según el título, con «monte público». La Dirección reitera su doctrina de que el informe exigido en el art. 22 de la Ley de Montes estatal no es preceptivo en toda inmatriculación de finca ubicada en un término municipal donde existan montes demaniales, sino solo cuando se pretenda inmatricular un monte o una finca colindante con monte demanial o ubicado en un término municipal en que existan montes demaniales. Ciertamente, en el caso resuelto, dada la expresión de los linderos en el título, está justificada la exigencia de informe, si bien finalmente resulta del mismo que no se trata de un monte de dominio público: según el informe de la Xunta de Galicia, en la parroquia de ubicación de la finca no hay ningún monte demanial; además, según el informe del Concello de Vigo, el monte lindante con la finca es monte vecinal en mano común (configurados en el art. 56 de la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, como de titularidad y aprovechamiento de los vecinos en comunidad germánica, pero no de los municipios u otros entes locales).

MEDIOS DE PAGO

Resolución de 11 de marzo de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3984)

Deniega la inscripción de una escritura de reconocimiento de la deuda surgida de un contrato de préstamo fechado tres días antes. La parte acreedora no es una entidad de crédito, por lo cual no es aplicable la especial normativa de supervisión y prevención del fraude fiscal prevista para tales entidades.

El reconocimiento de deuda es un negocio por el que se asume y fija una obligación preexistente, cuyo efecto procesal es dispensar de la prueba de esta (STS de 17 de noviembre de 2006); no produce efecto extintivo de la misma, salvo que venga acompañado de una novación extintiva. Nuestro sistema no admite negocios abstractos, por lo que el reconocimiento debe tener causa, que, en el caso resuelto, se indica expresamente. La obligación de acreditar los medios de pago se aplica a los «actos y contratos onerosos» con contraprestación en dinero. El mutuo es contrato unilateral, pero también oneroso, porque, aunque solo produce obligación para el deudor, impone carga patrimonial a ambas partes. Las exigencias legales sobre acreditación de medios de pago son aplicables a las escrituras de

elevación a público de documentos privados autorizados después de la entrada en vigor de su normativa reguladora. En la escritura se confiesa haber recibido todo el préstamo, y desde el punto de vista registral solo puede considerarse como fecha del negocio la del documento público, siendo sobre tal declaración sobre la que se proyecta la exigencia de acreditación de los medios de pago.

OBRA NUEVA

Resolución de 5 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3818)

Admite la inscripción de la declaración de trece obras nuevas, respecto de las que ya no proceden acciones de disciplina urbanística, sobre un terreno que pertenece *pro indiviso* a cuatro titulares, sin exigir con carácter previo ninguna de las siguientes cuatro cosas:

- Aportación del acto administrativo que declare la situación de fuera de ordenación. No es requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido con posterioridad, ya que cabe que la construcción no se encuentre fuera de ordenación. Si el legislador hubiese optado por un sistema de previa fiscalización administrativa, solo hubiera admitido la inscripción de estas obras mediante certificación municipal. Por el contrario, sigue exigiendo al Registrador que califique la antigüedad de la construcción, que no ocupa suelo demanial, y que notifique al Ayuntamiento la inscripción practicada, lo cual solo tiene sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal.
- Acreditación completa de la efectiva extinción por prescripción del derecho de la Administración para adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, lo cual supondría fundamentalmente probar que la obra no está incluida en ninguno de los supuestos legales de excepción a la prescripción (establecidos, por ejemplo, en el art. 185 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, aplicable al caso). La prueba del plazo de prescripción, unida a la constatación de inexistencia de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística, son los únicos requisitos de inscripción exigidos en los arts. 20-4 LS y 52, letra d) RD 1093/1997.
- Aportación de licencia de ocupación o utilización. Este criterio de innecesariedad inspira la regulación del Decreto andaluz 2/2012, que regula las edificaciones y los asentamientos en suelo no urbanizable, y que declara la incompatibilidad de la licencia de primera ocupación con las edificaciones asimiladas al régimen de fuera de ordenación, como consecuencia de la caducidad de la acción de disciplina urbanística (art. 8-6).
- Licencia de parcelación. Ciertamente, el art. 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso o cuotas *pro indiviso* de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente. Pero, en todo caso, el indicio de parcelación ilegal no viene determinado por el número de titulares, sino por el uso individualizado de partes de terreno, lo que no ocurre en este supuesto.

Resolución de 2 de abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4312)

Para la inscripción de una escritura de obra nueva terminada, el requisito de la certificación energética es exigible aunque se trate de un supuesto de autopromoción para uso propio.

El legislador español aprovechó la reforma del art. 20 LS, efectuada mediante el RDL 8/2011, para incorporar esta manifestación concreta de la política de la Unión Europea en materia de medio ambiente y política energética, que es, por consiguiente, aplicable a toda edificación terminada dentro de su ámbito material y temporal. No hay pues identidad de razón con otros requisitos cuya exención ha sido admitida cuando no concurren las circunstancias de protección a terceros que justifican su existencia (por ejemplo, el Libro del Edificio).

Resolución de 15 de abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5175)

Declara inscribible una escritura de obra nueva, sita en Andalucía, declarada por transcurso del plazo de prescripción de posibles infracciones urbanísticas (art. 20-4 LS).

Confirma la interpretación del requisito legal de hacer constar en el asiento la situación de fuera de ordenación mediante aportación del acto administrativo que declare tal situación. La aportación de dicho acto no es requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido con posterioridad, ya que cabe que la construcción no se encuentre fuera de ordenación. Además, si el legislador hubiese optado por un sistema de previa fiscalización administrativa, solo hubiera admitido la inscripción de estas obras mediante certificación municipal. Por el contrario, sigue exigiendo al Registrador que califique la antigüedad de la construcción, que no ocupa suelo demanial, y que notifique al Ayuntamiento la inscripción practicada, todo lo cual solo tiene sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal.

Tampoco es exigible para este tipo de obras «antiguas» la aportación de licencia de ocupación o utilización. Este criterio inspira la regulación del Decreto andaluz 2/2012, sobre edificaciones y asentamientos en suelo no urbanizable, que declara la incompatibilidad de la licencia de primera ocupación con las edificaciones asimiladas al régimen de fuera de ordenación, como consecuencia de la caducidad de la acción de disciplina urbanística (art. 8-6).

Resolución de 6 de mayo de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5847)

Admite la inscripción de obras nuevas respecto de las que ya no proceden acciones de disciplina urbanística (art. 20-4 LS) sin exigir la previa aportación del acto administrativo que declare la situación de fuera de ordenación, aportación que no es requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido con posterioridad, ya que cabe que la construcción no se encuentre fuera de ordenación. Además, si el legislador hubiese optado por un sistema de previa fiscalización administrativa, solo hubiera admitido la inscripción de estas obras mediante certificación municipal. Por el contrario, sigue exigiendo al Registrador que califique la antigüedad de la construcción, que no ocupa suelo demanial, y que notifique al Ayuntamiento la inscripción practicada, todo lo cual solo tiene sentido si se pretende mantener el sistema que posibilita la inscripción sin necesidad de previa intervención municipal.

Tampoco es exigible, para declarar obras «antiguas», aportar licencia de ocupación o utilización. Este criterio inspira la regulación del Decreto andaluz 2/2012, que regula las edificaciones en suelo no urbanizable, y que declara la incompatibilidad de la licencia de primera ocupación con las edificaciones asimiladas al régimen de fuera de ordenación, como consecuencia de la caducidad de la acción de disciplina urbanística (art. 8-6).

Resolución de 11 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6168)

Declara inscribible una declaración de obra nueva en la vía del art. 20-4 LS, pese a tener como base una resolución del Ayuntamiento de la cual resulta (además de una antigüedad superior a seis años) que la edificación es disconforme con la ordenación, que por este mismo motivo no es legalizable y que el uso al que se destinará es de almacén-cochera, no pudiendo reconocerse el uso de vivienda al no tener justificados los servicios básicos propios de dicho uso.

El art. 20-4 LS nada dice sobre el uso a que se destine el edificio, su conformidad con las previsiones urbanísticas (de hecho, lo más probable es que esté fuera de ordenación), ni el eventual control registral al respecto. Por ello, para la inscripción, ni cabe exigir la licencia de ocupación, ni es obstáculo la declaración municipal de usos incompatibles con la descripción de la edificación. Todo ello sin perjuicio de que el uso continuado contrario al ordenamiento sea sancionable, ni de que la constancia registral de la limitación de uso sirva para dar a conocer el ilícito a terceros.

Resolución de 16 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6176)

Declara inscribible una escritura de obra nueva declarada por antigüedad (art. 20-4 LS) sin necesidad de aportar el Libro del Edificio para su depósito en el Registro —contra el parecer del Registrador, quien entendía aplicable el art. 27-1, letra c) del Reglamento de Disciplina Urbanística andaluz.

La Dirección entiende que la exigencia del Libro del Edificio queda limitada a los supuestos del n.º 1 del art. 20 LS, pero no a los del n.º 4. La acreditación de los requisitos exigibles para la inscripción es materia de competencia estatal, que, para este tipo de obras, se regula en el citado art. 20-4 LS. Ciertamente, la Dirección ha exigido el seguro decenal para declarar e inscribir obras nuevas que, aun consolidadas por razón de antigüedad, estuvieran dentro del ámbito de aplicación temporal de la Ley de Ordenación de la Edificación (*infra*. Resolución de 3 de julio de 2012, 1.ª y 2.ª), pero no porque la exigencia venga impuesta por el art. 20-4 LS, sino por el art. 20 LOEx, que exige el seguro para autorizar e inscribir obras nuevas, sin distinción entre antiguas y de nueva construcción. Por el contrario, la exigencia del Libro del Edificio como requisito de autorización e inscripción viene impuesta en el art. 20-1 LS solo para las obras de nueva construcción. Las resoluciones de 24 de marzo y de 14 de abril de 2011 mantuvieron el criterio opuesto, pero son anteriores a la reforma del art. 20 LS operada por el RD 8/2011.

OPCIÓN

Resolución de 18 de abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5586)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado de opción de compra donde el inmueble se identifica pero no se describe, y en la que no comparece el



propietario. La oferta se concreta en la incorporación de unos documentos que, según se manifiesta, suponen el pago de una señal y la recepción de la oferta por quien se dice representante de la entidad de crédito vendedora. Su eficacia no es real, sino solo obligacional, y, por ello, la siguiente Resolución de 18 de abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5587) deniega la posibilidad de obtener anotación de suspensión.

PRIORIDAD REGISTRAL

Resolución de 7 de mayo de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5850) y Resolución de 8 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6010)

En escritura otorgada ante Notario de Panamá, una sociedad panameña declara aceptar la aportación a la misma de unas fincas sitas en España realizada por una sociedad española. Posteriormente, la sociedad aportante otorga en España una escritura de ratificación de la anterior aportación. Al Registro se presentan, por este orden: la escritura de ratificación, un mandamiento judicial pidiendo anotación preventiva de demanda contra el titular registral aportante y, por último, la escritura inicial de aportación.

La Dirección confirma la prioridad del mandamiento judicial. La sola escritura de ratificación no es título inscribible a la luz del art. 2 LH. El título formal y material inscribible es la escritura de aportación otorgada en Panamá y presentada al Registro cuando ya se encontraba presentado un título contradictorio, sin que la prioridad registral de la aportación pueda retrotraerse al momento de presentación de la ratificación, ya que, cuando nuestro ordenamiento admite la ratificación de un negocio con eficacia retroactiva, tal eficacia se limita al ámbito de las partes contratantes, dejando fuera todo efecto perjudicial para terceros. El defecto que impide inscribir la ratificación es insubsanable, precisamente, debido a la imposibilidad de retrotraer sus efectos.

PROCEDIMIENTO Y PUBLICIDAD REGISTRAL

Resolución de 1 de abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4308)

Deniega la solicitud de exhibición de los libros relativos a todas las inscripciones de ciertas fincas registrales de cuyos titulares anteriores la solicitante es hija y heredera.

El interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo, conocido y legítimo. En el Registro de la Propiedad, el interés ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y la 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, que, según la Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1998, son la investigación jurídica, patrimonial y económica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales, que solo podrán ser objeto de publicidad según las normas sobre protección de datos. En el caso resuelto, la solicitante tiene interés legítimo, a pesar de que sus causantes ya no figuren como titulares de los bienes, pues esto no le impediría impugnar la transmisión posterior.

No obstante, la solicitud se deniega en cuanto a la forma de publicidad pretendida. La exhibición a la que tiene derecho la solici-

te no puede ser la del libro físico, sino la de su reproducción, y no de todo, sino solo la parte necesaria para satisfacer el interés legítimo de la solicitante.

Resolución de 8 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5021)

Deniega la solicitud de certificación de veintiséis fincas, cuyo destino es paralizar una junta de compensación, por haber sido admitida en ella una parcela que, según el solicitante, tiene solo existencia registral, pero no real, y respecto de la cual hay varios procesos penales. También se solicita que el Registrador emita juicios corroborando o rebatiendo la argumentación del solicitante.

La Dirección deniega la solicitud. El objeto de una certificación es solo poner de manifiesto el contenido del Registro en la forma legal (arts. 221 y s. LH). La solicitud de certificación debe expresar con toda claridad el contenido registral concreto que se quiere conocer (art. 229 LH). Si el interesado cree que el Registro no refleja la realidad, debe acudir al procedimiento del art. 40 LH.

Resolución de 11 de abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5173)

Se presenta al Registro Mercantil una segunda copia de una escritura de constitución de sociedad para que se hagan constar en ella sus datos de inscripción. La Registradora lo deniega por apreciar una discrepancia (en cuanto a la fecha de cierre del ejercicio social) entre la segunda copia y los Estatutos inscritos, y exige la aportación de la primera copia para poder saber si se trata de un error del Registro o del título ahora presentado. La Dirección revoca la calificación negativa: no es preciso volver a aportar la primera copia autorizada, pues todas tienen el mismo valor (art. 221 RN y Resolución de 3 de octubre de 2012); en los casos de presentación de segunda o ulterior copia de un documento inscrito, la actuación registral debe concretarse a la expresión de que el documento presentado no se inscribe por cuanto otra copia del mismo está debidamente inscrita.

Resolución de 7 de mayo de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5852)

Una vez practicados los asientos ordenados judicialmente como consecuencia de un procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados, el recurso gubernativo no es ahora cauce apropiado para conocer de la pretensión de un titular posterior a la hipoteca que alega la invalidez del título por no haber tenido en el procedimiento la posición jurídica prevista para él en el ordenamiento. El recurso solo procede contra calificaciones negativas. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 8 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6012)

Una vez practicado un asiento ordenado judicialmente, el recurso gubernativo no es ahora cauce apropiado para conocer de la pretensión del recurrente, que alega la invalidez del título. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Resolución de 9 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5024)

Deniega la inmatriculación, mediante expediente judicial de dominio, de una terraza inserta dentro de una propiedad horizontal inscrita. No es posible alterar la inscripción de la propiedad horizontal sin el consentimiento de los propietarios.



Resoluciones

Resolución de 25 de abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5592)

Deniega la inscripción de una escritura de modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal (división de un departamento y cambio de uso de los resultantes) por falta de consentimiento de los nuevos propietarios, quienes, aun habiendo adquirido su derecho después del acuerdo de junta que autorizaba la modificación, lo inscribieron antes que esta.

La Dirección no admite la alegación de que este acuerdo de junta sea un acto colectivo que no precise del consentimiento individualizado de los propietarios (ni siquiera de la relación de propietarios asistentes). La distinción entre actos colectivos y actos individualizados solo afecta a la forma de expresión del consentimiento de los titulares: con acuerdo de junta, en el primer caso, e individualmente por cada propietario, en el segundo. Pero, al margen de que la formulación del consentimiento sea colectiva o individualizada, deben aplicarse los principios hipotecarios (cierre registral, inoponibilidad) inspirados en la seguridad del tráfico y en la necesidad de evitar la clandestinidad de las cargas ocultas (arts. 13, 17 y 32 LH). El cambio de uso de una entidad y la creación de nuevos departamentos privativos constituye una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal que afecta a todos los copropietarios del inmueble (art. 5 LPH), por lo que su falta de inscripción representa una carga oculta.

Resolución de 31 de mayo de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7039)

Declara inscribible la regla estatutaria que atribuye a cada vivienda el uso de la terraza a la que da acceso, así como los gastos de su mantenimiento y limpieza, si bien las reparaciones generales de las terrazas (como elementos comunes) irán a cuenta de todas las viviendas, pero no de los locales.

La Dirección se hace eco de la evolución jurisprudencial, que ha pasado de declarar inválido el pacto de exención en gastos comunes (STS de 18 de junio de 1970) a permitir, sobre la base del actual art. 9-5 LPH, un régimen de gastos basado en módulos diferentes a la cuota (STS de 22 de mayo de 2008), si bien la exención total solo será admisible si se justifica en una causa proporcionada, como ocurre cuando se exime de pagar gastos de ascensor a los propietarios de la planta baja o de pagar gastos de portal y escalera a los dueños de los locales.

Las terrazas son elementos comunes por destino, por lo que cabe atribuir a cada vivienda su uso privativo y su mantenimiento. Pero, al mismo tiempo, el forjado que existe bajo la terraza es un elemento común por naturaleza, por lo que su conservación es una obligación común de todos los elementos del edificio. La exoneración de los locales solo es admisible si la interpretamos ceñida a las reparaciones generales que no afecten a las condiciones estructurales de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad del edificio, pues las que sí las afectan son imperativamente de cuenta de toda la comunidad.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

Resolución de 2 de abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4310)

Deniega la rectificación de una inscripción de agrupación pretendida mediante instancia privada suscrita solo por parte de los

titulares registrales, la cual se basa en unos errores e inexactitudes por los que se pide la rectificación por el procedimiento de los arts. 211 y s. LH. La Dirección lo desestima porque no hay un error material evidente que permita seguir tal procedimiento. Sin examinar el título de la agrupación, tampoco puede apreciarse si existe un error de concepto (art. 218 LH) o un error del título (art. 44 LH). Además, el asiento de agrupación fue objeto de rectificación judicial anterior, de modo que si hubieran existido más errores, se habrían resuelto en dicho procedimiento judicial.

Resolución de 19 de abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5589)

En su día, mediante escrito de la Xunta de Galicia, se instó el cambio de titularidad de unas fincas hasta entonces inscritas a nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social, que pasaron a nombre de la comunidad autónoma, todo ello en virtud de la normativa sobre transferencias. Ahora, la Tesorería General solicita la rectificación del asiento porque no fue parte en el procedimiento. La Dirección entiende que no cabe recurso contra una inscripción ya practicada. La nulidad de un asiento solo puede ser declarada por los tribunales en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes el asiento conceda algún derecho (art. 40 LH).

Resolución de 20 de abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5590)

Deniega la desagrupación de una finca, mediante la segregación de parte de la misma y la inscripción posterior a favor del solicitante, con efectos retroactivos, previa cancelación de todas las inscripciones habidas desde 1984. Para la rectificación pretendida, es imprescindible el consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial.

Resolución de 13 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6170)

Deniega la inscripción de una escritura de rectificación de descripción de una finca (modificación de un lindero y superficie) por falta de aportación del título y del antetítulo, documentos necesarios para la inscripción: el título previo es la segregación de la finca cuya descripción se rectifica, y el título de adquisición es elevación a público de la venta de la porción por segregar.

Resolución de 14 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6174)

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 suya de nacimiento y Libro de Familia) que en el momento de la compra ambos adquirentes estaban solteros, por lo cual realmente la compra debe constar inscrita 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, letra 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, en donde se ha acreditado fehacientemente el estado de solteros de los entonces compradores, pero no la porción que ca-



da uno adquirió por indiviso, para cuya determinación es ineludible el consentimiento de ambos.

Resolución de 24 de mayo de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7031)

En su día se inscribió la cesión de una finca perteneciente a varios titulares a cambio de obra futura. En 2010 se presentó escritura de resolución de la cesión, por mutuo acuerdo de las partes, que no fue calificada ni inscrita. En 2013 se vuelve a presentar la misma escritura de resolución y se reinscribe la finca a nombre de la pluralidad de cedentes. Ahora la Dirección deniega la pretensión de uno de los titulares readquirentes (quien dice, además, actuar en nombre de otros, pero sin acreditarlo) de que se rectifique la fecha de la inscripción de la resolución practicada en 2013 para hacer constar la de 2010. La fecha de la inscripción es la que corresponde al momento de la presentación que la motivó y, como todo el asiento, está bajo la salvaguarda de los tribunales.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 7 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3823)

Se refiere una participación de dos tercios de finca inscrita a nombre de dos cónyuges bolivianos, por mitad y *pro indiviso*, con arreglo a la ley que rija su matrimonio (art. 92 RH). La Dirección deniega el embargo de uno de los dos tercios dispuesto en procedimiento seguido solo contra el marido, aunque notificado a la esposa. Resulta obligatorio demandar conjuntamente a los dos cónyuges extranjeros para embargar bienes inscritos a nombre de ambos con sujeción a su régimen económico cuando no conste, por acreditación del Derecho extranjero (en este caso, el boliviano, según el art. 9-2 CC) o por conocimiento de este por el Notario o Registrador, que rige un sistema de comunidad de bienes que permita la mera notificación al cónyuge no deudor prevista en el art. 144-1 RH.

El caso se plantea antes de la entrada en vigor del nuevo art. 144-6 RH (introducido por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre), que permite embargar bienes inscritos según el art. 92 RH, siempre que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges o solo contra uno de ellos con notificación al otro.

Resolución de 9 de marzo de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3983)

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. Así, respecto de un inmueble que no es vivienda familiar (una plaza de garaje) y que la esposa adquirió de soltera, la Dirección deniega la inscripción de su adjudicación al esposo mediante convenio regulador.

Resolución de 17 de abril de 2013 (BOE 120, 20-V-13: 5285)

Habiéndose otorgado una anterior escritura en la que varios ciudadanos franceses casados en régimen de comunidad de bienes compraban una finca, se presenta ahora una escritura complementaria en la que los cónyuges de los compradores confiesan que el dinero usado en la compra era propio de los adquirentes y consienten la inscripción privativa a favor de estos. Para inscribir la escritura complementaria, debe acreditarse el NIE de los confesantes. La confesión de privatividad es acto incluido en el art. 254-2 LH no solo porque

determina una modificación de la titularidad del bien, sino también por su trascendencia tributaria (no es uno de los actos exceptuados de presentación conforme al art. 54 L-ITP).

Por otro lado, no es aplicable la doctrina de la Resolución de 7 de diciembre de 2007, que eximía de acreditar el NIF del cónyuge del vendedor, compareciente a los solos efectos de consentir la disposición de la vivienda habitual (art. 1320 CC), ya que este cónyuge no es parte, sino que solamente presta un mero asentimiento al negocio realizado por su consorte. Por el contrario, la confesión de privatividad supone un verdadero consentimiento cuyo objeto es desvirtuar el carácter común que por defecto correspondería al bien.

Resolución de 23 de mayo de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6963)

Deniega la inscripción de la constitución de un agermanamiento (arts. 38-43 de la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano) entre varias fincas pertenecientes a cada uno de dos cónyuges casados en separación de bienes por falta de expresión de la causa onerosa o gratuita. Es cierto que germanía y gananciales no son equiparables ni cabe, en general, la aplicación analógica de sus normas, pero en ambos casos se produce un desplazamiento entre masas patrimoniales separadas y, por lo tanto, resulta aplicable también a la germanía la doctrina que la Dirección ha ido perfilando en materia de gananciales, aunque aplicable a todo negocio de aportación, exigiendo la concreción de todos sus elementos constitutivos y, entre ellos, que se exprese o deduzca del título la causa, bastando mencionar su onerosidad o gratuidad.

La Dirección se entiende competente para el recurso, ya que el Estatuto de Autonomía Valenciano carece de norma competencial sobre recursos contra calificaciones registrales.

Resolución de 30 de mayo de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7037)

Deniega la inscripción de la adjudicación, hecha a la esposa en convenio regulador homologado judicialmente, de la vivienda familiar, por falta de tracto sucesivo, habida cuenta de que consta inscrita a favor de una sociedad de la que es socio único y administrador el esposo.

SOCIEDAD CIVIL

Resolución de 21 de mayo de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6956)

Deniega la inscripción de una compra hecha por una sociedad civil constituida en documento privado, pero con objeto mercantil; en concreto, el comercio de maquinaria de perforación y sondeos. Supuesto similar al de las resoluciones, citadas en los «vistos», de 20 de abril de 2010 (el objeto era comercio de ropa y representación de marcas comerciales) y de 25 de mayo de 2006 (promoción de apartamentos turísticos).

Es doctrina reiterada que el objeto de una sociedad determina su calificación como mercantil (resoluciones de 13 de diciembre de 1985, de 20 de marzo de 1986, de 1 de abril de 1997, de 30 de abril de 1997 y de 11 de diciembre de 1997) sin que la voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil sea suficiente para eludir la aplicación de las normas mercantiles (que imponen la constitución mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil), muchas de ellas imperativas por proteger el in-

terés de terceros o del tráfico. Las sociedades de estos supuestos son mercantiles por su objeto y, al conceptuarlas como civiles, el título introduce una confusión sobre el titular registral suficiente para denegar la inscripción, y ni siquiera permite determinar indubitadamente a qué tipo social se acoge el constituyente y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable. No estamos ante una sociedad mercantil en formación o irregular (Resolución de 22 de abril de 2000), ni ante una sociedad civil, por su forma y objeto (Resolución de 14 de febrero de 2001).

SOCIEDADES MERCANTILES

ADMINISTRADORES SOCIALES

Resolución de 6 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3821)

El art. 171 LSC permite distinguir dos supuestos de renuncia de administradores que dejan inoperante el órgano de administración. Si aún permanece en el cargo algún otro administrador, será inmediato el conocimiento de la renuncia por este, como receptor de la notificación a la sociedad que obliga a realizar el art. 147-1 RRM, y la posibilidad de respuesta a la situación creada es inmediata, pues el administrador subsistente, en este caso, está legalmente habilitado para convocar junta. Por el contrario, una renuncia de todos los administradores aboca a la convocatoria judicial de junta a solicitud de los socios, una solución más engorrosa y lenta, pues el conocimiento de la renuncia por los socios y su remedio pueden dilatarse.

En el caso resuelto, se inscribió en su día la renuncia del administrador único aceptada en junta general, la cual no nombró nuevo administrador. Ahora la Dirección deniega la inscripción del nombramiento del nuevo administrador en otra junta convocada por el administrador que dimitió, pues su cargo ya no está vigente. Lo procedente es la convocatoria judicial a solicitud de cualquier socio (art. 171 LSC), sin perjuicio de la posibilidad de junta universal, que eliminaría cualquier defecto de convocatoria.

Resolución de 7 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3824)

Deniega la inscripción de una escritura de modificación de Estatutos porque la nueva regla estatutaria sobre la retribución de los administradores infringe el art. 217 LSC, ya que se limita a decir que la cuantía será fijada en junta cada año. Esto supone dejar al arbitrio de cada junta el concreto sistema de retribución, cuya exacta fijación estatutaria, por el contrario, exige la Dirección, pudiendo consistir en participación en beneficios (con los límites fijados legalmente), dietas, sueldo periódico, seguros de vida, planes de pensiones, utilización de bienes sociales, entrega u opción sobre acciones, entre otros.

Resolución de 3 de abril de 2013 (BOE 97, 23-IV-13: 4315)

Admite la inscripción de un precepto estatutario de una SL que prevé, junto con la remuneración del administrador, la existencia de otras posibles relaciones remuneradas («*honorarios profesionales o salarios, en razón de la prestación de servicios profesionales o de la vinculación laboral del administrador con la compañía para el desarrollo de otras actividades en la misma*»).

Está consolidada en nuestra jurisprudencia la «doctrina del vínculo» (desde la STS de 29 de septiembre de 1988, sobre el caso

Huarte), según la cual son inherentes al cargo de administrador todos los cometidos que se refieran a la administración de la sociedad, en cuyo ámbito prevalece la relación mercantil, que desplaza y excluye otras posibles vinculaciones, ya sean laborales —en la relación del administrador con la sociedad falta la nota de dependencia y, por eso, el art. 1-3, letra c) ET la excluye de su ámbito—, ya sean civiles o mercantiles —arts. 23, letra e) y 217 y s. LSC. Sería nula la superposición de vínculos societario y extrasocietario como no fuera para retribuir cometidos que sobrepasen los propios del ejercicio de la función. Ahora bien, la cláusula debatida en este supuesto se limita a contemplar la eventualidad de que el administrador realice otras actividades, que no cabe sino entender que son ajenas a las facultades inherentes al cargo de administrador (elaboración de dictámenes profesionales, realización de cierta obra, etc.). Además, la cláusula puede entenderse referida a los servicios prestados por los administradores a los que alude el art. 220 LSC, que requieren autorización de junta en cada caso.

La Dirección también recuerda su doctrina sobre la inscripción parcial, cuya solicitud genérica, en cuanto cláusula de estilo, no puede ser aplicada sin una rogación específica que determine a qué parte de la cláusula debatida se refiere. En el supuesto concreto, la no inscripción de la regla relativa a la remuneración implicaría la entrada de la presunción de gratuidad del art. 217 LSC, en flagrante contradicción con la voluntad social expresada en el acuerdo cuya inscripción se pretende.

Resolución de 5 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5019)

Declara inscribible un precepto estatutario de una SA en el que se dice que el cargo de administrador no es retribuido, pero se fija una pensión vitalicia a favor de quien haya sido administrador durante al menos cinco años y alcance la jubilación en el ejercicio de su cargo. La pensión consistirá, como máximo, en la cantidad necesaria para completar la pensión de jubilación hasta igualar el importe de la retribución salarial percibida por ese administrador al momento de jubilarse.

No hay dudas sobre la licitud del pacto estatutario por el cual la sociedad se obliga a pagar una remuneración periódica a los antiguos administradores. En las sociedades familiares, es usual que el antiguo administrador quede vinculado a la sociedad con cargo meramente honorífico, pero susceptible de retribución, lo cual puede preverse en los Estatutos siempre que quede establecido el sistema de remuneración —art. 124-2, letra d) RRM, redactado por el RD 171/2007, sobre publicidad de los protocolos familiares. La inclusión en los Estatutos de esta cláusula la pone a salvo de una posible anulación por aplicación de la «doctrina del vínculo», tal y como sucede cuando se pacta fuera de Estatutos —en contrato laboral (típicamente de la alta dirección), civil o mercantil— una retribución por el simple ejercicio de funciones directivas y de representación.

Resolución de 30 de abril de 2013 (BOE 128, 29-V-13: 5638), Resolución de 29 de abril de 2013 (BOE 128, 9-V-13: 5637), Resolución de 27 de abril de 2013 (BOE 128, 29-V-13: 5636), Resolución de 3 de mayo de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5845), Resolución de 4 de mayo de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5846), Resolución de 6 de mayo de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5848), Resolución de 7 de mayo de 2013 (BOE 132, 3-VI-13: 5851), Resolución de 21 de mayo de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6958), Resolución de 22 de mayo de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6960), Resolución de 23 de mayo de



2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6964) y Resolución de 24 de mayo de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7032)

Deniegan la inscripción de la cláusula estatutaria que prevé que el cargo de administrador será retribuido siempre y cuando desarrolle funciones de gerente o personal de alta dirección (en el supuesto de la Resolución de 7 de mayo, se fija incluso en Estatutos la cuantía anual de la retribución, y en la Resolución de 6 de mayo, su importe máximo y mínimo, dentro del cual deberá ser concretada cada ejercicio en junta).

Para que el cargo de administrador sea retribuido, el art. 217 LSC exige preverlo así expresamente, determinando el sistema de retribución, de modo que al arbitrio de la junta solo puede quedar la determinación concreta de su cuantía en función de los parámetros que se estimen convenientes (trabajo efectivo, resultados sociales, período de permanencia, etc.).

No hay obstáculo en admitir el carácter retribuido del cargo para algunos administradores frente al resto, siempre que exista un factor de distinción. Tampoco hay obstáculo en condicionar dicha circunstancia al trabajo que desempeñen para la sociedad. Es decir, no cabrían diferencias en caso de administración solidaria o mancomunada, pero sí en caso de órgano de administración complejo, donde puede preverse que ciertos miembros lleven a cabo especiales labores (consejero delegado, consejero con poder de representación, consejo consultivo). Ahora bien, lo que no es posible es que sea la propia junta quien determine cuándo los administradores están realizando efectivamente las funciones que justifican su remuneración, porque eso supondría dejar a su arbitrio no solo la cuantía, sino también la existencia misma de la retribución, quedando los administradores desprotegidos. La cláusula debatida prevé una remuneración desigual no en razón de funciones singulares, sino de unas tareas de gestión social a las que todos los administradores están llamados, ya que las tareas de gerente o alta dirección son inherentes al cargo de administrador. Esta cláusula supone condicionar la apreciación de si el administrador ha llevado a cabo dichas tareas (y, por lo tanto, la existencia misma de la retribución) a la decisión subjetiva de la junta.

AUDITORES

Resolución de 8 de mayo de 2013 (BOE 135, 6-VI-13: 6011)

Deniega la inscripción de un nombramiento de auditor porque en el momento de la presentación del nombramiento consta ya solicitada la designación de auditor a instancias de la minoría (art. 265-2 LSC).

CAPITAL SOCIAL

Resolución de 4 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5018)

Consta inscrita la escritura de constitución de una SL a cuyo capital fue aportada una finca. Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura por la que se pretende subsanar la valoración de la finca, reduciendo su valor y, por lo tanto, la cifra de capital social, reasignándose la numeración de las participaciones sociales. Una vez inscrita la sociedad (lo cual le otorga personalidad jurídica), las alteraciones de capital, al alza o a la baja, solo podrán hacerse valer frente a terceros cuando exista y se inscriba el correspondiente acuerdo social con los requisitos del aumento o la reducción del

capital social (con independencia, en este último caso, del procedimiento seguido: reducción por pérdidas, por restitución de aportaciones o amortización de participaciones y dotación de reserva). La disminución de valor del bien produce una situación irregular en la que el capital social no está íntegramente desembolsado, sin perjuicio de poder realizar nuevas aportaciones para cubrir el déficit y de aplicar el régimen de responsabilidad solidaria por la realidad de las aportaciones (art. 77 LSC).

Resolución de 26 de abril de 2013 (BOE 128, 29-V-13: 5634)

Deniega la inscripción de una adquisición derivativa de participaciones propias realizada por una SL en ejecución de un acuerdo de reducción de capital —art. 140-1, letra b) LSC—, con la particularidad de que la reducción se hace por el importe del valor nominal de las participaciones amortizadas, mientras que el precio de adquisición es menor.

Salvo que la amortización de participaciones dejara incólume el capital social (por ejemplo, porque se aumentase el nominal de las participaciones restantes), es preciso asegurar la tutela de los acreedores sociales, lo cual se hará según sea la manera en que se haga la reducción con devolución de aportaciones por importe inferior al nominal. En primer lugar, si la sociedad hubiese entrado en pérdidas, la reducción podría ejecutarse mediante un sistema mixto de reducción con devolución de aportaciones y responsabilidad de los socios en la cuantía percibida (art. 331 LSC) y de compensación de pérdidas justificadas con balance verificado por un auditor (arts. 320 y s. LSC). En segundo lugar, la diferencia puede imputarse a reservas voluntarias, lo que supondría instrumentar la reducción del supuesto de forma también mixta: mediante devolución de aportaciones y mediante la constitución de una reserva voluntaria con responsabilidad de los socios subsistentes hasta el importe de la reserva (art. 331 LSC, n.º 1 y 2, por analogía). En tercer lugar, la diferencia puede llevarse a una reserva indisponible (art. 332-2 LSC y Resolución de 25 de enero de 2011). En conclusión, el título debería decir si el saldo diferencial se destina a compensar pérdidas o a constituir una reserva voluntaria o indisponible, con observancia de los requisitos exigidos legalmente en cada caso.

Resolución de 13 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6172)

Admite la inscripción de una reducción de capital de una SL por amortización de participaciones propias adquiridas en 2008, a pesar de que en las cuentas depositadas entre 2008 y 2011 consta la inexistencia de operaciones sobre participaciones propias.

En cuanto al alcance y valor jurídico de la información contenida en las cuentas depositadas, de cara a calificaciones ulteriores, la Dirección ha analizado dos posibles situaciones. En primer lugar, ha denegado el depósito de cuentas no conformes con el Registro o con títulos presentados simultáneamente (Resolución de 16 de septiembre de 2009, resumida en el apartado sobre transformación), ya que, si bien el art. 280-1 LSC limita la calificación de las cuentas a si los documentos presentados son los exigidos legalmente, están aprobados por la junta o los socios y constan las preceptivas firmas, la Dirección prolonga la calificación a aspectos materiales, como la coincidencia del capital social consignado en las cuentas con el inscrito (Resolución de 17 de diciembre de 2012, resumida en el apartado sobre depósito de cuentas), en aras de los derechos de información y publicidad que el depósito de cuentas pretende.

En segundo lugar, también se ha analizado la situación inversa: pretender la inscripción de un acuerdo no reflejado en las cuentas depositadas (Resolución de 16 de marzo de 2011). Mientras que los actos inscritos gozan de la presunción de exactitud y validez, los efectos protectores de la publicidad registral tienen efectos limitados cuando se refiere a las cuentas depositadas, de modo que el contenido de estas no puede condicionar una inscripción como la del supuesto.

Resolución de 17 de mayo de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6915)

Se refiere a un aumento del capital de una SA por importe de 560.000 euros mediante la creación de 10.353 nuevas acciones de 54,090841 euros de valor nominal cada una. La Dirección admite la inscripción, a pesar de que en el acuerdo se dice que las nuevas acciones tienen el mismo valor nominal que las ya existentes, pero, según el Registro, el nominal es de 54,091089 euros (lo que se correspondería con un aumento de capital de 560.005,04 euros). No cabe aplicar a este caso la doctrina de la pervivencia del art. 21 de la Ley 46/1998, sobre introducción del euro, en cuya virtud la Resolución de 28 de octubre de 2009 entendió que no hay inconveniente para que, una vez consolidada la vigencia del euro, exista una discordancia aritmética entre el importe de una ampliación de capital y la suma de los valores nominales de las nuevas participaciones creadas, siempre que la cuantía de la ampliación se corresponda con el efectivo desembolso y el desajuste esté motivado por la reducción a dos decimales de la cifra de capital. Lo cierto es que, en el caso resuelto, al haberse ampliado el capital en una cifra inferior no como consecuencia de redondeo, sino por voluntad unilateral, el resultado es que las nuevas acciones son de nominal inferior al de las preexistentes, y dejan de representar, respecto de las antiguas, partes alícuotas de capital social. No obstante, la Dirección no tiene en cuenta dichas consideraciones, ya que fueron puestas de manifiesto en el informe, pero no en la calificación inicial, ni en la sustitutiva, que se limitaron a señalar el mero dato registral del nominal inscrito.

FUSIÓN

Resolución de 6 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5020)

Se refiere a una fusión por absorción de varias sociedades que se encuentran en distinta demarcación registral. En este caso, la competencia para calificar la fusión corresponde al Registrador Mercantil del domicilio de la sociedad absorbente (arts. 17 y 232-2 RRM). La intervención del Registrador del domicilio de las sociedades absorbidas solo está legalmente prevista en dos momentos, y con ámbito de calificación acotado: para recibir en depósito el proyecto de fusión por absorción (art. 32 de la Ley de Modificaciones Estructurales), y para hacer constar, en el título y al margen del último asiento, la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida (art. 231 RRM), pero no obstáculos referidos al fondo del negocio, sino al Registro (obstáculos como falta de tracto sucesivo o depósito de cuentas, prohibición judicial de asientos, etc.).

En el caso resuelto, al solicitarse en el Registro del domicilio de una de las sociedades absorbidas la nota del art. 231 RRM, el Registrador la deniega por motivos referidos al fondo del negocio de fusión (la sociedad absorbida está indirectamente participada por la absorbente y no se acredita debidamente la aprobación de los balances de las sociedades absorbidas). La Dirección revoca esta calificación por extralimitación competencial.

JUNTA GENERAL, ACUERDOS SOCIALES Y SU ANULACIÓN

Resolución de 24 de abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5591)

Deniega la inscripción de un acta notarial de junta debidamente convocada y con asistencia de todo el capital social en lo relativo a un determinado acuerdo (sobre el nombramiento de un auditor de cuentas) porque dicho asunto no figuraba en el orden del día y una de las socias minoritarias votó en contra del acuerdo.

La junta universal está contemplada por nuestro legislador como una excepción a la regla general de junta convocada, por lo que deben cumplirse de forma estricta sus requisitos, que, para el Tribunal Supremo (SSTS de 16 de marzo de 2010 y de 18 de junio de 2012), son tres: presencia personal o por representación de todo el capital social; aceptación unánime de su celebración, y aceptación unánime del orden del día. Del acta notarial calificada resulta el cumplimiento de los dos primeros requisitos. En cuanto al tercero, en cambio, parece que el voto contrario de la socia disidente implica una negativa no solo al nombramiento de un concreto auditor, sino también al debate e inclusión en el orden del día de este asunto (en el acta se dice que «*hace constar expresamente su oposición*» al acuerdo «*a efectos de su posterior impugnación judicial*»). Pero, en todo caso, la cuestión de si la disidente aceptó o no la inclusión de la cuestión debatida en el orden del día no solo es jurídica, sino también factual, no siendo el recurso gubernativo el cauce apropiado para la resolución del conflicto planteado.

Resolución de 18 de mayo de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6918)

En su día se inscribieron dos aumentos de capital acordados en la misma junta y, posteriormente, una renovación de cargos y otro aumento de capital. Más tarde, se canceló el primero de los aumentos como consecuencia de una sentencia firme de impugnación del correspondiente acuerdo, que se limitaba a ordenar la cancelación de dicha inscripción, sin referencia alguna a la cancelación de asientos posteriores contradictorios. Ahora, mediante instancia privada del socio disidente, se pretende la cancelación de los otros aumentos de capital sin mención a los demás asientos (la renovación de cargos), que podrían verse también afectados por la nulidad. La Dirección lo deniega: no cabe exigir la cancelación de asientos posteriores sin orden de la autoridad judicial (al menos en los términos generales del art. 208 LSC), a mera instancia de parte y en relación con solo parte de los asientos afectados, y máxime teniendo en cuenta que se podría haber instado la medida cautelar de suspensión de los acuerdos sociales (art. 727-10 LEC) o, al menos, la anotación preventiva de demanda (arts. 727, 5.ª y 6.ª LEC y 155 RRM).

Resolución de 20 de mayo de 2013 (BOE 152, 26-VI-13: 6919)

Deniega la inscripción de un aumento de capital de una SA porque en los anuncios de la convocatoria de junta se hace constar el derecho de los socios a obtener gratuitamente y a examinar en el domicilio social el texto de la modificación y el informe justificativo, pero no se incluye el derecho de los socios a solicitar el envío gratuito de dichos documentos.

El derecho de información de los socios en la modificación estatutaria es unitario (comprende el examen de los documentos y todas las formas posibles de llevarlo a cabo), por lo que la omisión total o parcial de esta exigencia determina un vicio en la convocatoria y la invalidez del acuerdo. Esta rigurosa doctrina ha sido mitigada en



casos de escasa relevancia que no comprometan los derechos del socio (Resolución de 8 de febrero de 2012). Por el contrario, en el caso resuelto, los accionistas minoritarios han considerado violados sus derechos, pues consta que han ejercitado acción de nulidad de la convocatoria y los acuerdos adoptados.

Resolución de 30 de mayo de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7036)

Admite la inscripción de una elevación a público de acuerdos de una SA (cese y nombramiento de administrador, modificación total de Estatutos, cambio de domicilio, reducción y aumento simultáneos de capital), otorgada para adecuar la sociedad a una sentencia firme que ha declarado la nulidad de todas las juntas y los acuerdos adoptados a partir del 29 de mayo de 1989, así como la cancelación de sus inscripciones.

La Dirección acoge un criterio flexible en cuanto a la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad en el ámbito societario: no se produce automáticamente la restitución al estado de cosas anterior al acuerdo anulado, ya que esto sería contrario a la seguridad jurídica, al perjudicar los derechos adquiridos por los socios y los terceros. Los sucesivos actos organizativos adoptados por la sociedad, una vez declarada nula la causa jurídica de los mismos, deben ser convalidados o regularizados mediante nuevo acuerdo de la junta, convocada por los administradores. Se trata de un acto debido: si la sociedad no adopta el acuerdo, lo impondrá el Juez. Los nuevos socios procedentes de un aumento de capital declarado nulo tienen derecho a ser mantenidos en la condición de socios, salvo que opten por la restitución de su aportación. Tampoco los acreedores deben ser perjudicados por la nulidad: tienen derecho a que la restitución de aportaciones a los nuevos socios que opten por salir de la sociedad se instrumente como una reducción de capital.

Sobre la base de esta doctrina, se rechazan los obstáculos de la calificación. Es correcto que los acuerdos calificados partan del último capital inscrito (consecuencia de un aumento de capital anulado por la sentencia), para reducirlo con la devolución de aportaciones y la amortización de las nuevas acciones, con simultáneo aumento suscrito por los accionistas originales para conseguir la cifra mínima de las anónimas y eludir la disolución legal impuesta en la disp. trans. 6.ª LSA-1989. La declaración de nulidad del nombramiento de un administrador no produce la nulidad absoluta de todo acuerdo adoptado en junta convocada por él, sino que se limita a los actos incompatibles con la declaración de nulidad de dicho administrador. La Dirección se aleja del rigorismo formal y entiende respetado el derecho de información de los socios en la convocatoria de la junta (sin perjuicio de la posibilidad de impugnar judicialmente el acuerdo, debe mantenerse su eficacia, habida cuenta de la especial trascendencia que una eventual declaración de nulidad tendría sobre los actos posteriores). En lugar de privar de derecho de voto a los socios nuevos, la Dirección considera escrupuloso y correcto haber sometido cada acuerdo a tres votaciones separadas (socios antiguos, socios nuevos y la totalidad), en la vía del art. 293 LSC, que prevé este procedimiento en relación con acuerdos que afecten a una determinada clase de acciones.

OBJETO SOCIAL

Resolución de 19 de marzo de 2013 (BOE 92, 17-IV-13: 4061)

Admite la inscripción de una escritura de constitución de sociedad cuyo objeto es «la mera administración del patrimonio de los socios». Reitera la doctrina de la Dirección sobre la necesidad de que el objeto

acote suficientemente un sector económico o un género de actividad mercantil legal o socialmente demarcados. En este caso, se trata de una actividad lícita y posible —arts. 1271 y 1272 CC, y 56-1, letra e) LSC—, la cual, al ceñirse al patrimonio de los socios, acota suficientemente una determinada actividad económica que incluso tiene reconocimiento legal en la disp. adic. 27.ª-2 de la Ley General de Seguridad Social.

PARTICIPACIONES SOCIALES

Resolución de 8 de abril de 2013 (BOE 115, 14-V-13: 5023)

Deniega la posibilidad de tomar anotación preventiva de embargo sobre las participaciones sociales pertenecientes al socio de una SL.

Salvo en el momento inicial de la constitución social, y en caso de unipersonalidad sobrevenida o de cambio de socio único, la titularidad de las acciones o participaciones fluye al margen del Registro Mercantil, de suerte que no es posible constatar registralmente la transmisión, gravamen, embargo, prohibición de disponer y demás actos relativos a tales partes del capital social.

SOCIEDAD PROFESIONAL

Resolución de 5 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3820)

Deniega la inscripción de la actividad integrante del objeto social «asesoramiento jurídico» por ser una actividad profesional sometida a la Ley 2/2007. La sociedad profesional, en sentido estricto, es el centro subjetivo de imputación del negocio, y se le atribuyen los derechos y obligaciones derivados del mismo, a diferencia de las sociedades de medios, comunicación de ganancias e intermediación, que quedan fuera de la Ley de Sociedades Profesionales. Ahora bien, en relación con esta materia, la STS de 18 de julio de 2012 sienta como principios el carácter imperativo de la regulación especial y la exigencia de certidumbre jurídica. Así, 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 Ley de Sociedades Profesionales. No cambia este criterio la inclusión de una cláusula que exija la intervención de una persona titulada cuando la Ley exija un determinado título profesional para alguna de las actividades del objeto, pues esta obvia exigencia legal no resuelve la cuestión central de determinar si la actuación del profesional la realiza en su nombre y bajo su responsabilidad o para la sociedad.

Resolución de 16 de marzo de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3991)

Sienta la misma doctrina y deniega por la misma razón la inscripción de una constitución de sociedad en cuyo objeto se incluye la realización de actividades médicas (traumatología), ortopedia y fisioterapia. La sociedad debe constituirse como profesional o hacer constar expresamente que es de medios, comunicación de ganancias o intermediación.

Resolución de 13 de marzo de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3987)

Deniega la inscripción de una elevación a público de una certificación del órgano de administración de una SAP en la que simplemente se certifica que determinada persona ha dejado de ser socia, y



Resoluciones

que otra persona ha pasado a serlo con carácter de socio profesional. Para la inscripción del cambio de socio, el título debe expresar las circunstancias esenciales del negocio que ha dado lugar al mismo (arts. 8 y 12 LSP): identificación de los socios profesionales y los no profesionales y, en relación con aquellos, número de colegiado y colegio profesional de pertenencia; identificación de transmitente y adquirente, y de las acciones o participaciones transmitidas, así como acreditación del consentimiento de los demás socios. También hay que expresar el cumplimiento de los requisitos del art. 122 LSC, o la solicitud de anotación en el Libro de Registro de la sociedad en cuanto a acciones necesariamente nominativas (art. 17 LSP).

Resolución de 12 de abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5174)

Admite la inscripción de una transmisión de participaciones de una SL profesional sin necesidad de que los profesionales adquirentes declaren en la escritura que no están incurso en causa de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión.

No pueden ser socios profesionales las personas en quienes concurran causa de incompatibilidad o de inhabilitación (art. 4-4 LSP). Respecto de la inexistencia de inhabilitación en el momento de la constitución social, en la escritura deberá acreditarse el colegio de pertenencia y el número de colegiado, mediante certificación colegial —art. 7-2, letra b) LSP. La Ley de Sociedades Profesionales no contiene normas sobre control de ausencia de incompatibilidad de los nuevos socios profesionales para el ejercicio de su profesión, si bien esta cuestión entra en la calificación registral. No obstante, no hay norma alguna que imponga a los otorgantes un deber de acreditación negativa, manifestando la inexistencia de causas de suspensión o de exclusión del ejercicio profesional, sin perjuicio de que el registro profesional colegial pudiese ser accesible de oficio al Registrador Mercantil.

TRANSFORMACIÓN

Resolución de 12 de marzo de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3986)

Admite la inscripción de una transformación en SL de una SA incurso en la causa de disolución prevista en la disp. trans. 6.ª-2 LSA-1989, por no haber presentado en el Registro Mercantil el acuerdo de aumentar el capital social, al tener a dicha fecha un capital inferior a 10 millones de pesetas.

Dicha disposición transitoria ha sido derogada por la Ley de Sociedades de Capital. El art. 238-1-2 RRM contempla la transformación como alternativa a la disolución de pleno derecho para el caso de que el capital fuese inferior al mínimo establecido por la Ley (principio de «conservación de la empresa»). El art. 5 de la Ley de Modificaciones Estructurales permite la transformación de sociedades en liquidación siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios, sin exigir para ello el acuerdo de reactivación previsto en el art. 370 LSC. La Ley de Modificaciones Estructurales es especial y, por lo tanto, de aplicación preferente a la Ley de Sociedades de Capital.

SUCESIONES

Resolución de 5 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3819)

Deniega una anotación preventiva de legado de cantidad sobre una finca rústica de la testadora, para cuya obtención se aportan tes-

timonios notariales de los tres últimos testamentos de la causante y de una escritura de elevación a público de entrega de legado, otorgada solo por algunos herederos (los que, a su vez, son legatarios).

El art. 56 LH exige el consentimiento de los restantes herederos (o el que de ellos hubiese resultado adjudicatario de la finca en la partición) o, en su defecto, mandato judicial. Por otro lado, el testimonio notarial tiene la consideración de instrumento público (art. 144 RN), pero solo la matriz y la copia autorizada (art. 221 RN) son escrituras públicas a la luz del art. 3 LH. Por lo tanto, los testimonios por exhibición se admiten para su toma en consideración como documentos complementarios, pero no para obtener la inscripción del título.

Resolución de 14 de marzo de 2013 (BOE 90, 15-IV-13: 3989)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia basada en un testamento en el que la testadora, sin perjuicio de la legítima que la ley reserva a los ascendientes y que la otorgante reconoce a sus padres, instituye heredera a una hermana. En la escritura de herencia se expresa que la instituida renuncia pura y simplemente y que, como consecuencia de ello, acrece toda la herencia a los padres legitimarios nombrados en el testamento, quienes se adjudican los bienes por mitad. Como consecuencia de la renuncia, lo procedente hubiera sido abrir la sucesión intestada, sin que exista derecho de acrecer a favor de los herederos forzosos. Para la tesis doctrinal mayoritaria, la legítima del Código Civil no es una *pars reservata bonorum*. Es evidente la voluntad de la testadora de nombrar a una sola heredera (sin sustituto), por lo que la reserva de la legítima a favor de los padres debe entenderse a título de legado, motivo por el cual no puede tener lugar el derecho de acrecer entre ellos.

Resolución de 18 de abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5586)

La testadora, que carecía de legitimarios, distribuyó toda la herencia en legados y atribuyó al albacea contador-partidor las más amplias facultades para partir aquella y entregar estos, así como vender dos inmuebles determinados, distribuyendo el dinero obtenido entre ciertos legatarios. Ahora la Dirección admite la inscripción de una escritura de entrega de legado en la cual el albacea entrega los dos inmuebles a los legatarios favorecidos, quienes adquieren *pro indiviso* en la misma proporción en que la testadora había dispuesto el reparto del dinero, expresando que no están interesados en la venta «como consecuencia de la situación del sector inmobiliario».

Al tratarse de una herencia carente de legitimarios e íntegramente distribuida en legados, los legatarios ocupan el lugar de los herederos, y la única actuación necesaria para la entrega de inmuebles determinados es la del albacea y los legatarios favorecidos —arts. 891 CC y 81, letra d) RH. La Dirección interpreta teleológicamente la voluntad de la testadora, cuyo deseo no puede ser obligar a malvender los bienes, sino beneficiar con los mismos, en la mayor medida posible, a los legatarios, encomendando al albacea su realización presumiblemente para evitar los habituales conflictos generados por la indivisión. La escritura calificada no puede entenderse contraria a la voluntad de la testadora, ni al art. 886 CC. El legado ordenado convierte a los legatarios en acreedores de una suma, por lo que caben opciones solutorias alternativas al estricto pago en dinero, para lo cual hace falta el consentimiento de los herederos y legatarios (quienes, en este caso, ocupan el mismo lugar) y del albacea. Entre las facultades del albacea contador-partidor, está la interpretación



del testamento, que solo se puede rechazar en sede registral si resulta claramente ajena a las pautas del art. 675 CC, al margen de la posible impugnación judicial.

Resolución de 25 de abril de 2013 (BOE 127, 28-V-13: 5593)

Deniega la inscripción de una adjudicación consecuencia de un procedimiento de ejecución de títulos judiciales por infracción del principio de tracto sucesivo (arts. 20 LH y 105 RH). Según los antecedentes del Registro, el embargo practicado en su día estaba dirigido contra el esposo (entonces vivo) y, respecto de la esposa premuerta, contra sus herederos desconocidos y herencia yacente, con nombramiento incluso de administrador judicial de la misma. El procedimiento de ejecución causante de la adjudicación se siguió contra el propio esposo (que falleció durante el mismo) y contra un hijo y heredero de los titulares, declarado en rebeldía, pero respecto del cual no se acreditan las exigencias resultantes del art. 166 RH: título de heredero, condición de heredero único y haber sido demandados también los demás herederos desconocidos y herencia yacente del marido (exigencia esta última que sí se cumplió respecto de la esposa).

TRACTO SUCESIVO

Resolución de 23 de mayo de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6962)

Deniega una anotación preventiva de embargo sobre una finca propiedad de una sociedad unipersonal, ordenada en procedimiento de ejecución contra su socio único, en el que se traban simultáneamente todas las participaciones sociales, pero sin haber demandado a la sociedad. La atribución de personalidad jurídica produce la independencia de patrimonios y responsabilidad, de modo que la traba de las participaciones (aun siendo todas las que integran el capital social) de ningún modo conlleva la de los bienes sociales. Para levantar el velo de una sociedad, es inexcusable que sea demandada.

Resolución de 31 de mayo de 2013 (BOE 154, 28-VI-13: 7038)

Deniega la inscripción de una venta por estar la finca inscrita a nombre de personas distintas de los vendedores. Tampoco procede anular mediante recurso gubernativo el asiento que el recurrente considera incorrecto, porque los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales.

UNIÓN DE HECHO

Resolución de 13 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6171) y Resolución de 21 de mayo de 2013 (BOE 153, 27-VI-13: 6957)

Deniegan la inscripción de sendas escrituras de disposición de vivienda (una ampliación y modificación de préstamo hipotecario, en la Resolución de 13 de mayo, y una compraventa, en la del 21) otorgadas en la Comunidad Valenciana, por una persona soltera, por no constar su manifestación de que no ha constituido unión de hecho formalizada en dicha comunidad autónoma o que el inmueble no constituye el domicilio de aquella. Y todo ello pese a que ni del título ni del Registro resulte la existencia de una unión de hecho formalizada según la Ley valenciana 5/2012, de 15 de octubre. Remite a la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 35 de Barcelona, de 19 de abril de 2006, que anula la Resolución de 18 de junio de 2004 (en un caso de conflicto de leyes que el Juez resuelve observando los requisitos de la Ley catalana 10/1998, de uniones estables de pareja).

URBANISMO

Resolución de 6 de marzo de 2013 (BOE 87, 11-IV-13: 3822)

Deniega la inscripción de una sentencia firme que anula un instrumento de ordenación urbanística (estudio de detalle) y la ulterior reparcelación basada en él, porque no han sido parte ni notificados en el procedimiento judicial los demás titulares de derechos afectados por el procedimiento urbanístico, y porque no resulta del título presentado una pormenorización de las fincas registrales afectadas.

Resolución de 16 de abril de 2013 (BOE 118, 17-V-13: 5177)

Rechaza la inscripción de una operación jurídica complementaria a un proyecto de reparcelación firme e inscrito porque no consta el consentimiento expreso de los titulares y las modificaciones que se pretenden inscribir exceden de meras rectificaciones de errores materiales o de meras previsiones complementarias del proyecto de reparcelación originario (la modificación pretendida es la más relevante, pues consiste en la alteración del titular registral del dominio). Tal modificación exigiría consentimiento de los titulares registrales afectados o resolución judicial (art. 40 LH).

El Notario es «el auténtico garante de los intereses generales en el ámbito de las relaciones particulares y de los derechos de los ciudadanos cuando contratan con grandes operadores y con la misma Administración»

Conferencia conmemorativa del 151º aniversario de la Ley del Notariado en el Senado

Con motivo del 151º Aniversario de la Ley del Notariado, Joan Carles Ollé, Decano del Colegio de Notarios de Cataluña y Vicepresidente del Consejo General del Notariado, pronunció, el pasado 28 de mayo, en el Senado, la conferencia «Constitución y seguridad jurídica. Valor de la función notarial ante los retos del siglo XXI» (publicada íntegramente en esta edición). Ollé destacó *«la posición clave del Notario en el marco de la seguridad jurídica en el siglo XXI»*, una posición que, dada su doble dimensión de funcionario público y profesional del Derecho, le erige en *«el auténtico garante de los intereses generales en el ámbito de las relaciones particulares y de los derechos de los ciudadanos cuando contratan con grandes operadores y con la misma Administración»*.

Partiendo del principio constitucional de la seguridad jurídica, recogido en el art. 9.3 CE, Joan Carles Ollé aseguró que *«la seguridad jurídica se convierte en principio determinante del ejercicio de libertad del ciudadano, que ha de conocer la ley anticipadamente a su actuar»*, porque la sociedad *«requiere de la existencia de leyes claras y suficientes y de su aplicación efectiva en los tribunales»*.

En el acto estuvo acompañado por Juan José Lucas, Vicepresidente del Senado; Fernando de Rosa, Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial; José Manuel García Collantes, Presidente del Consejo General del Notariado; Francisco Fonseca, representante de la Comisión Europea en España; José Manuel Sieira, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo; Eduardo Ortega, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y Francisco Javier Vieira, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otras autoridades.

En cuanto a la función notarial, Ollé aseguró que *«la existencia de intereses generales en toda relación jurídica entre particulares demanda la presencia de un representante de la Administración que vele por su respeto y realización»*. A continuación, también señaló que *«el control preventivo del cumplimiento de la legalidad se convierte en su más eficaz defensa, con el fin de que el acto se amolde estrictamente al imperio de la ley y nazca válido, lícito y eficaz»*.

Uno de los retos más inminentes, destacó, se centra en la protección de los derechos del consumidor, siendo *«el impulso y la potenciación de la dimensión social de la función notarial una de las grandes prioridades de la corporación notarial para el futuro inmediato»*. Otro reto es *«asegurar que las nuevas tecnologías, en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, estén bajo el control estricto de un fedatario público y mantengan las garantías que ofrece el sistema de seguridad jurídica preventiva»*. Asimismo, recordó que *«contar con un buen sistema de seguridad jurídica preventiva, en colaboración con los otros países europeos, constituye un importante factor de inversiones y de reactivación económica»*.

En referencia al papel notarial en los procedimientos de resolución alternativa de conflictos, Ollé afirmó que *«los nuevos contextos y planteamientos van a posibilitar que el Notario recupere*



Joan Carles Ollé, Decano del Colegio de Notarios de Cataluña y Vicepresidente del Consejo General del Notariado en el Senado, durante la conferencia conmemorativa del 151º aniversario de la Ley del Notariado

«La Administración y la sociedad demandan cada vez más la existencia de un representante del Estado con la misión de garantizar el control preventivo del cumplimiento de la legalidad en el ámbito de las relaciones privadas»

muchas funciones, no estrictamente contenciosas, que había ejercido desde tiempos inmemoriales hasta el siglo XXI».

Finalmente, señaló que «la Administración y la sociedad demandan cada vez más la existencia de un representante del Estado con la misión de garantizar el control preventivo del cumplimiento de la legalidad en el ámbito de las relaciones privadas». En este sentido, «es el Notario quien debe garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos, para que así el acto jurídico se constituya, desde su origen, válido, lícito y eficaz».

Por todo ello, «el colectivo notarial se erige como el auténtico garante de los intereses generales en el ámbito de las relaciones entre particulares. Pero a su vez, también se erige en garante de los derechos de los ciudadanos ante grandes operadores o la propia Administración». Justo antes, había asegurado que «ahora más que nunca debemos sumar esfuerzos y trabajar en la construcción de una sociedad

que continúe bien estructurada jurídicamente y que sea la base para superar estos momentos y salir reforzados de cara al futuro».

Ollé evidenció la evolución del Notariado a la par que la sociedad, «manteniéndonos siempre fieles a los principios esenciales de la función notarial». Así, aseguró: «Hoy, como siempre, desde el Notariado ofrecemos un elemento de solidez, de certeza y de compromiso social e institucional», así como «son los propios ciudadanos, más allá de la ley, quienes nos han otorgado y otorgan la vigencia de la función, en la medida que sigue siendo sustancialmente útil y beneficiosa para la sociedad».

La inauguración del acto correspondió a Juan José Lucas, Vicepresidente del Senado, quien señaló que «todo servidor público debe creer en el deber y la ley del Notariado es un ejemplo de ello. Esa ley fue la contribución de los notarios a la consolidación de la seguridad jurídica, el orden y la paz». Finalmente, la clausura corrió a cargo del Presidente del Consejo General del Notariado, José Manuel García Collantes, quien afirmó que «coincidimos en un día y en un lugar señalados porque hoy, 28 de mayo, es el 151º Aniversario de la promulgación de la Ley del Notariado y porque fue en el Senado de la época donde más se discutió esta norma, que aún continúa vigente, y con la que el Estado asumió la fe pública como uno de sus servicios».

«Si los notarios somos capaces, como hemos venido haciendo, de adaptarnos a los cambios de los tiempos y de mantener la confianza personal e institucional, dentro de 151 años es posible que sigamos hablando de la Ley del Notariado y de sus sucesivas reformas», concluyó.

Barcelona, sede de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado

En la reunión plenaria de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), que se celebró en Vilnius (Lituania) los pasados 3 y 4 de mayo, se decidió por unanimidad que Barcelona sea la sede permanente de las reuniones de la CAE. Los motivos alegados para tomar esta decisión han sido «las cualidades del Notariado



Vida corporativa

en nuestro país, de amplia trayectoria y compromiso en el desarrollo de las relaciones notariales internacionales, a las que se añaden las magníficas condiciones de la ciudad y la disposición del Colegio a acoger esta Comisión».

Esto supondrá que, una vez al año, la CAE se reúna en nuestra ciudad, y que la sede física sea el Colegio. Además, esto implica que el Colegio será la sede de la Academia Notarial Euro-

pea, hasta ahora con sede a Roma, que tiene entre los objetivos fundacionales la formación de los notarios europeos; profundizar y promover el conocimiento de las leyes y el Derecho nacional europeo; promover la publicación de trabajos y la comunicación entre los notariados europeos para coordinar y armonizar sus actividades, y estudiar temas de Derecho comparado y Derecho internacional privado en los ámbitos de actuación del Notariado, en cooperación con otras instituciones nacionales y supranacionales. Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, ha afirmado recientemente que el hecho «es de gran importancia desde una doble vertiente: por una parte, porque sitúa la ciudad como punto de referencia del Notariado en Europa, suponiendo una importante proyección internacional de la ciudad como centro neurálgico europeo del Notariado y, por extensión, del mundo jurídico, a la vez que supone una apuesta por el modelo de seguridad jurídica de nuestro país, reconocido internacionalmente como uno de los más garantistas del mundo». Ollé también ha destacado que la designación «consolida Barcelona como foco de atracción de interés internacional, transmitiendo aquellos valores intrínsecos al Notariado como la excelencia y el prestigio».



Germà Gordó....., Joan Carles Ollé y

Barcelona ha sido escogida por su amplia trayectoria y compromiso en el desarrollo de las relaciones notariales internacionales así como por las magníficas condiciones de la ciudad y disposición del Colegio

El pasado 1 de julio tuvo lugar la primera reunión del Bureau de la CAE, que contó con la asistencia de su Presidente, el italiano Mario Miccoli, y de los vicepresidentes Pierre Becque (Francia) y Ernesto Tarragón (España), entre otros miembros del Bureau (o Consejo Directivo). El objetivo central del encuentro consistió en marcar la hoja de ruta de la primera reunión plenaria de la CAE, que se fijó para los cercanos 22 y 23 de noviembre, en la sede colegial, y a la que se prevé la asistencia de más de 150 representantes de los 36 países que forman parte (y cinco más como observadores).

En el transcurso de esta reunión se presentarán diversos estudios sobre deontología, una cuestión que, según Mario Miccoli, «en un momento de crisis no tan solo económica sino de valores morales toma más importancia que nunca». El Presidente de la CAE también quiso destacar, en este sentido, el importante estudio que se presentará sobre la autenticación de los documentos notariales, «un tema de gran relevancia en un mundo cada vez más globalizado». Entre los principales retos de la Comisión, Miccoli destacó el objetivo de «trasladar a los países geográficamente europeos pero políticamente fuera de la Unión Europea todo el desarrollo jurisprudencial y legislativo de la Unión», y definió la CAE como «un puente entre la Europa política y la geográfica».

De este modo, Barcelona se ha convertido en una de las tres ciudades de referencia en el ámbito del Notariado europeo, junto a Bruselas, que acoge el Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE), y Roma, sede de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL).



Conferencia de Eugeni Gay, Exvicepresidente del Tribunal Constitucional, sobre la Constitución

En los actuales tiempos de crisis «se han perdido muchos derechos, como la educación o la sanidad»; en relación con el principio de división de poderes «hay incumplimientos flagrantes», como por ejemplo «la reserva de ley en materia financiera o tributaria»

El pasado 26 de junio, Eugeni Gay Montalvo, Exvicepresidente del Tribunal Constitucional, pronunció en el Colegio la conferencia «La Constitución ante los actuales retos sociales, económicos y políticos». Después de afirmar que «en época de crisis, la característica principal es la confusión general por lo que se refiere a valores sociales, unos valores que no sabemos o no queremos encontrar», Gay centró el discurso en el marco legal que otorga la Constitución, a la que definió como «un punto de encuentro entre gente que había participado en los acontecimientos que llevaron a la Guerra Civil y quienes habían enquistado el anterior régimen en que el dictado creaba la norma y la sumisión a la norma era absolutamente incuestionable». Así, afirmó que la Constitución, «un texto muy influenciado por las constituciones precedentes de toda Europa y por la misma Constitución republicana», es fruto de la voluntad «de un cambio en el que nadie impusiera a otros su ideología, de la pacificación del país y de un pacto para que todo el mundo pudiera expresarse con libertad». En definitiva, «de convertir a los ciudadanos en sujetos, en verdaderos soberanos».

Después de hacer un repaso a varios artículos de la Constitución (entre ellos, las referencias a los valores, a los derechos de las autonomías o a la seguridad jurídica), planteó algunas reflexiones. Entre ellas, cómo es posible que viviendo en un Estado social de Derecho, con un principio de legalidad y una reserva de ley, se utilice cada vez más el real decreto y el real decreto ley, y también cómo está respondiendo la Constitución a las cuestiones más fundamentales. En este sentido, fue crítico con la respuesta en los actuales tiempos de crisis, en los que «se han perdido muchos derechos, como la educación o la sanidad», además de considerar que en la división de poderes «hay incumplimientos flagrantes, el primero de los cuales es la reserva de ley en materia financiera o tributaria, por ejemplo».

Otra reflexión que quiso exponer fue la conveniencia o no de que el debate político se centre en los medios de comunicación o en la sociedad civil. En este sentido, afirmó que el debate corresponde hacerlo «al Parlamento, dado que la expresión genuina de la voluntad de un pueblo reside en sus órganos legislativos». Y criticó el hecho de que «tanto el partido que gobierna como la oposición, en un momento determinado, recurrieron todas las leyes del Tribunal Constitucional, lo que hace que me pregunte dónde está el debate parlamentario».

Por lo que a la división de poderes se refiere, afirmó que «el poder judicial es independiente, pero emana del pueblo», mientras que cuestionó el poder ejecutivo preguntándose si responde

también a la intencionalidad del constituyente y si el centro de decisiones es actualmente el Gobierno o bien recae en las secretarías de los partidos políticos. Fruto de este razonamiento, Gay recordó que la doctrina del Tribunal Constitucional, como instrumento supremo de la Constitución y como organismo de control de los tres poderes, tendría que ser pacíficamente respetada tanto por los gobiernos como por los poderes.

En cuanto a las comunidades autónomas y sus competencias, recogidas en diversos artículos de la Constitución, afirmó que «el constituyente dejó algunas cuestiones muy abiertas,



El pasado 26 de junio, Eugeni Gay Montalvo, Exvicepresidente del Tribunal Constitucional, pronunció en el Colegio la conferencia «La Constitución ante los actuales retos sociales, económicos y políticos»



Vida corporativa

«Los valores de una sociedad únicamente pueden ser defendidos y garantizados en un Estado de Derecho, de respeto, de tolerancia, donde las diferencias se debaten en los parlamentos y no en la calle»

y recogió una realidad diversa y aportaciones de todos los pueblos de España». Y continuó: «Actualmente nos referimos contrapuestamente a Estado y a comunidades autónomas, pero estas son el Estado». No obstante, afirmó que «la Constitución resolvió en falso la cuestión de las comunidades autónomas para dar salida a territorios con aspiraciones, que no eran diecisiete». Por otro lado, aseguró que «el Tribunal Constitucional ha intentado suplir las carencias de una verdadera cámara territorial y ha hecho como si fuera una cámara más de las cámaras parlamentarias».

Por lo que respecta al Estatut de Cataluña, cuestionó el hecho de que se hubiera recurrido, mientras que no se hizo lo mismo con otros estatutos, y afirmó que «la Constitución es el único camino para resolver los problemas; se tiene que defender, porque todos los cargos políticos de este país la han jurado con un consenso espectacular, y todos los experimentos que se hagan fuera de la Constitución entiendo que son peligrosos». Así, aseguró que «los valores de una sociedad únicamente pueden ser defendidos y garantizados en un Estado de Derecho, de respeto, de tolerancia, donde las diferencias se debaten en los parlamentos y no en la calle». Y continuó afirmando que «lo primero es el sometimiento al Estado de Derecho, a la Constitución», una norma que, por otro lado, «creo que se tendría que reformar, pero con mucho cuidado».

Preguntado sobre la posibilidad de crear un Tribunal Constitucional europeo, afirmó que «si no hubiera llegado esta crisis, ya lo tendríamos», y aseguró que «el Tribunal de Estrasburgo está destinado a ser el Constitucional europeo». En cuanto al sistema de renovación de los miembros del Tribunal, comentó que «posiblemente el sistema español es el mejor de todos».

Finalmente, Gay afirmó que «el Tribunal Constitucional ha sido tratado injustamente, y ha hecho una tarea impagable para el Estado y para las comunidades autónomas y unos esfuerzos importantes para pacificar el país». Asimismo, se mostró preocupado por el momento de crisis actual, en el que más que nunca quiso destacar que «el Derecho fundamental recae en la persona [...], y el Estado de Derecho es la materialización de algo siempre que lo mueva la moral y la ética».

Seminario Internacional sobre la Unificación del Derecho Internacional Privado

El 16 de mayo, en el Aula Magna de la Universitat de Barcelona, y el 17, en el Colegio, tuvo lugar el Seminario Internacional sobre la Unificación Convencional y Regional del Derecho Internacional Privado. En el marco del seminario, se celebró el acto de homenaje a Alegria Borràs, catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universitat de Barcelona.

El Seminario reunió a profesores de Derecho internacional privado de toda Europa y notarios para compartir contenidos nuevos sobre esta materia común. La conferencia inaugural corrió a cargo de Alegria Borràs, que expuso «La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado: De la adopción de las normas a su aplicación». Posteriormente, la primera parte del Seminario se dedicó a «La aplicación del Derecho internacional privado en materia civil», con la intervención, entre otros, del Notario Martín Garrido Melero, que habló sobre «Protocolo notarial y emigración (algunas reflexiones sobre la práctica)». La segunda parte, centrada en la apostilla electrónica, contó con la presencia de Christophe Bernasconi, Secretario General Adjunto de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, que expuso el programa de la apostilla electrónica (e-APP), mientras que José Alberto Marín Sánchez, Vicedecano del Colegio, explicó la aplicación del programa en España.

En su exposición, Bernasconi calificó de «gran éxito» la implantación de la apostilla electrónica y remarcó, especialmente, que «el valor de la convención es que hace la vida más fácil

La aplicación del programa de la apostilla electrónica en España «supone un aumento espectacular de eficiencia y seguridad respecto de la apostilla papel»



a todo el mundo, porque tiene un impacto directo en la vida de la gente y en los negocios, las transacciones o los inversores que quieren invertir fuera. En definitiva, crea un entorno legal más

fácil para moverse e invertir». Así, habló tanto de la apostilla electrónica como de los registros electrónicos, y afirmó, en cuanto a la primera, que «todo el sistema se basa en que la e-APP tiene que ser reconocida en otros países, del mismo modo que pasa con la apostilla papel», mientras que, por lo que respecta a los registros electrónicos, habló de los diferentes sistemas de funcionamiento actualmente utilizados en todo el mundo.

Por su parte, Marín desarrolló en profundidad la aplicación del programa de la apostilla electrónica en España y afirmó que «supone un aumento espectacular de eficiencia y seguridad respecto de la apostilla papel». Haciendo un repaso a la normativa española, repasó aspectos como por ejemplo la emisión de apostillas, la regulación del Registro de Apostillas Electrónicas, la apostilla electrónica sobre documentos notariales, la forma de la apostilla, la validez de las apostillas electrónicas extranjeras y su verificación, entre otros.

Finalmente, por lo que se refiere a los países que generan un mayor número de legalizaciones, destacó que la estadística del 2012 pone de

manifiesto que estos son Chile, Argelia, Brasil, Uruguay y China, mientras que, en cuanto a apostillas, los cinco primeros países en el ranking son actualmente Rusia, Colombia, Ecuador, Venezuela y, a una cierta distancia, Argentina. Por continentes, América del Sur (5.849), seguida de África (4.559) y, en tercer lugar, Asia (4.640), son los principales en generar legalizaciones, mientras que, en lo que concierne a apostillas, lo son América del Sur (32.094), Asia (14.374) y Europa (11.992). En último lugar, diferenciando los documentos generados por personas físicas de los generados por personas jurídicas, los datos muestran que el 65 % corresponde a personas físicas, frente a un 35 % que corresponde a personas jurídicas. En total, el Colegio gestionó 85.542 legalizaciones y apostillas en el 2012.

El Seminario acabó con una tercera parte dedicada a la aplicación del Derecho internacional privado en materia mercantil, en la que intervino el Notario Ricardo Cabanas Trejo para exponer el tema «Formalización e inscripción de la fusión transfronteriza intracomunitaria».



Los días 16 y 17 de mayo en el Aula Magna de la Universitat de Barcelona y en el Colegio respectivamente, tuvo lugar el Seminario Internacional sobre la Unificación Convencional y Regional del Derecho Internacional Privado. En el marco del mismo, se celebró el acto de homenaje a Alegria Borràs, catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universitat de Barcelona

PUBLI

Reglas para la publicación de trabajos en **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
2. **REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
3. **EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
4. **ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
5. **PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
6. **NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.

PUBLI